

LA RÉTROACTIVITÉ DANS LE CONTRAT

La rétroactivité occupe une place fondamentale en droit des contrats. On la retrouve en effet dans des institutions aussi variées que la nullité, la résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, la condition suspensive et résolutoire, la confirmation des obligations nulles, la ratification des actes accomplis sans pouvoir, le *mutuus dissensus*, la clause de rétroactivité, etc.

Omniprésente, la rétroactivité demeure cependant mystérieuse. La matière fourmille en effet de controverses théoriques et de difficultés pratiques qui s'expliquent aussi bien par la fascination qu'exerce l'idée de remonter (juridiquement) le cours du temps que par l'impossibilité (matérielle) d'abolir entièrement celui-ci.

Rédigé par un praticien tout en constituant l'édition de la thèse de doctorat défendue par celui-ci le 20 février 2014, cet ouvrage constitue la première étude d'ensemble consacrée à la rétroactivité en droit belge des contrats.

Soutenu par des recherches approfondies menées également sur le terrain du droit comparé (principalement les droits français, allemand et néerlandais), il veille à chaque instant à demeurer dans la sphère des implications concrètes. Sont ainsi examinés en détail la question de la restitution des fruits, les moins-values et plus-values de la chose à restituer, le sort des contrats successifs et des clauses divisibles, la portée de l'adage *In pari causa turpitudinis...*, l'étendue des dommages-intérêts dus en cas de résolution, la protection des droits des tiers, les effets de l'antidate et de la clause de rétroactivité, etc.

Cet ouvrage a été couronné par le prix Lucien Campion.

Rafaël Jafferali est chargé de cours titulaire de la chaire en Droit des obligations à l'Université libre de Bruxelles (ULB) et avocat au barreau de Bruxelles.



www.bruylant.be
www.stradalex.com

RECO
ISBN 978-2-8027-4660-7



Illustration de couverture : Lucas Cranach l'Ancien, *La fontaine de jouvence*, 1546 (détail).

couverture: Gelluck, Suykens & Partners

LA RÉTROACTIVITÉ DANS LE CONTRAT



RAFAËL JAFFERALI

ULB

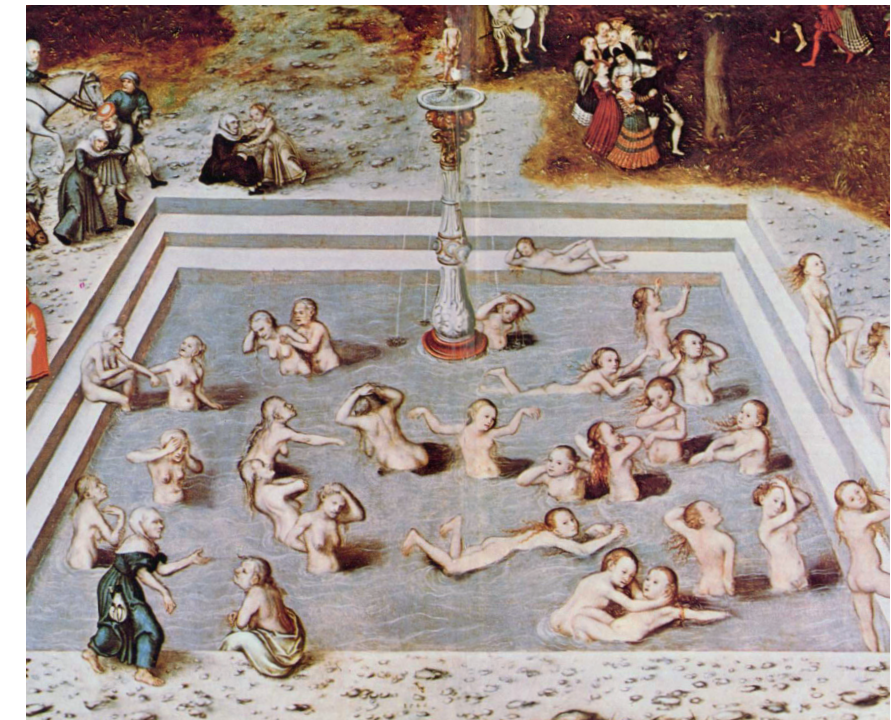
COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

RAFAËL JAFFERALI

LA RÉTROACTIVITÉ DANS LE CONTRAT

PRÉFACE DE PAUL ALAIN FORIERS

OUVRAGE COURONNÉ DU PRIX LUCIEN CAMPION



bruylant

« *What we call the beginning is often the end*

And to make an end is to make a beginning.

The end is where we start from. »

— T.S. ELIOT, « Little Gidding », *Four Quartets*, New York, Harcourt, 1943, p. 38

« *The horse of time is galloping fast: let us see where he halts.*

Neither is the hand on the reins nor the foot in the stirrup. »

— Ghazal de GHALIB traduit de l'ourdou par V. SETH, *A Suitable Boy*, London, Penguin Books, 1993, p. 126

« *Le passé est imprévisible ! »*

— D. FERNANDEZ, *L'Amour*, Paris, Grasset (Livre de Poche), 1986, p. 248



PRÉFACE

1. Les activités humaines, comme notre univers, s'inscrivent dans le temps. Le cours de celui-ci est, il faut s'y résoudre, irréversible. Le présent, l'observation est banale, n'est qu'une illusion : le point de rencontre idéal du passé et du futur, une limite fuyante qui se déplace avec le temps.

Dans ce monde en mouvement, aucun acte, aucun événement n'est instantané fût-il réalisé en une fraction de seconde. Chaque fait, chaque acte est ainsi ancré à la fois dans le passé et dans l'avenir.

Ce qui est, a été et sera peut-être mais il n'y aura pas de retour (1).

Appelé à réguler les activités humaines, le droit ne peut se contenter de ces constatations. Il ne peut se contenter d'agir sur le futur. Il doit pouvoir agir sur le passé pour résoudre des difficultés ultérieures et pour tenter d'appréhender le présent. Il doit donc maîtriser le cours du temps.

2. La rétroactivité en droit constitue une des réponses à cet impératif. Et il ne s'agit pas d'une curiosité, d'un mécanisme exceptionnel ou marginal réduit aux lois rétroactives auxquelles notre système répugne ou au caractère en principe déclaratif que l'on attribue traditionnellement aux décisions de justice.

Même limité au droit des obligations contractuelles, le domaine de la rétroactivité est énorme. Il suffit de penser à la nullité, la résolution pour inexécution fautive, la ratification ou encore l'effet rétroactif que le Code civil reconnaît à la réalisation des conditions suspensives ou résolutoires.

Autant de questions auxquelles des générations de juristes se sont intéressées multipliant études et commentaires. L'on pourrait donc penser que le sujet est épuisé.

Et pourtant, le praticien sait qu'au-delà des principes, il est rapidement confronté à des difficultés lorsqu'il est appelé à déterminer concrètement les effets de la mise en œuvre d'un mécanisme

(1) « Ne l'oublie pas : il n'y a pas de retour » disait l'Ecclésiaste à propos de la mort (XXXVIII, 21).

rétroactif. Le droit peut certes arrêter la pendule ou la retarder mais il demeure confronté aux faits, à la nature des choses au sens premier du terme. On devine les tensions qui peuvent résulter de cette confrontation. Aussi, en dépit des efforts doctrinaux, nombre d'incertitudes subsistent : les opinions divergent, des questions sont négligées ou plus exactement évitées ; la jurisprudence hésite ou fait défaut.

3. S'attaquer à ce maquis jurisprudentiel et doctrinal, en reprendre l'étude pour tenter d'y mettre un peu d'ordre dans le cadre d'une thèse de doctorat, qui se doit d'être originale, valait donc la peine mais constituait un défi.

Il fallait renouveler la matière et éviter le travers d'une nouvelle dissertation brillante sur le plan théorique mais destinée, une fois défendue, à rejoindre les rayons poussiéreux d'une bibliothèque jusqu'à ce qu'un nouveau chercheur entreprenne une nouvelle thèse sur le sujet. Il fallait dès lors que l'étude ait un intérêt pratique, que l'analyse théorique débouche sur des solutions concrètes.

Se lancer dans pareille aventure supposait sinon le goût du risque, du moins le courage de l'affronter. Il convenait encore d'être doté d'un esprit juridique aiguisé et d'être en contact étroit avec la pratique.

Rafaël Jafferalli alliait parfaitement ces qualités.

Un des plus brillants juristes de sa génération, auteur de contributions remarquées, il est aussi avocat. Avocat non pas seulement en titre mais viscéralement. Un vrai praticien qui a le goût du droit et de la recherche. S'ajoutent l'organisation et la détermination. Faut-il relever à cet égard qu'il n'a pas hésité à apprendre l'allemand pour les besoins de son étude ?

4. Rafaël Jafferalli a donc relevé le défi en tentant de cerner la notion de rétroactivité en droit belge des contrats, tout en le confrontant à des systèmes juridiques proches ou suffisamment voisins pour constituer une source d'inspiration (le droit français bien sûr, mais aussi, notamment les droits allemand et néerlandais).

Le projet était clair à cet égard. Il ne s'agissait pas de réaliser une thèse de droit comparé mais d'utiliser des éléments de droit comparé comme source de réflexion et, le cas échéant, de solutions en droit belge.

5. Le droit n'est pas un art en soi que l'on puisse détacher des réalités sociales et économiques. S'il peut être sensible à l'élégance, il se doit d'aboutir à des solutions judicieuses sur le plan pratique.

Il obéit d'ailleurs à une logique du raisonnable et non du vrai ou du faux. Arrivés à un certain point, les raisonnements techniques ont épuisé leurs ressources. Tel est le cas lorsqu'ils aboutissent à deux ou plusieurs solutions raisonnables. Le juriste doit alors faire un choix entre celles-ci en fonction de considérations qui dépassent la simple technique. Il peut s'agir de considérations d'équité, d'efficacité pratique, de sécurité juridique ou de cohérence du système, qui demeurent proches de la technique du droit, mais aussi de considérations morales, philosophiques, sociales ou politiques au sens élevé du terme (2).

Rafaël Jafferli a donc d'emblée exclu une approche purement abstraite ou « conceptuelle » de la rétroactivité au profit d'une approche fonctionnelle tout en ayant toujours en vue les solutions pratiques. Était-il, en d'autres termes, possible de mettre de l'ordre dans les effets concrets de la rétroactivité en matière contractuelle à la lumière du but qu'elle poursuit dans chaque institution à laquelle est attaché un effet rétroactif tout en aboutissant à des solutions équilibrées en pratique ?

D'où l'idée de confronter les différences observées en droit positif avec le principe constitutionnel d'égalité pour vérifier si ces différences se justifient ou si, en revanche, elles heurtent la règle d'égalité, ce qui devrait logiquement conduire à éliminer les divergences.

6. Au départ de ces quelques idées, Rafaël Jafferli se livre à une analyse fouillée des différentes institutions produisant un effet rétroactif après les avoir regroupées en trois catégories : les droits inachevés (la confirmation, la ratification et les conditions suspensives), les droits effacés (la nullité, la résolution pour inexécution et la condition résolutoire) et enfin les droits remodelés ou la rétroactivité conventionnelle.

(2) Rafaël Jafferli ne manque pas de le rappeler en soulignant à cet égard, dans la tradition de l'école de Bruxelles, le rôle des valeurs dans le raisonnement juridique.

Cette étude frappe par son exhaustivité – tant celle des références que des questions examinées –, la qualité de la réflexion technique mais aussi son intérêt pratique.

Rafaël Jafferalli n'hésite pas à trancher de multiples points controversés qu'il a rencontrés au cours de ses recherches ou à suggérer des solutions à des questions qui demeurent largement sans réponse. Il y a donc en quelque sorte plusieurs thèses dans la thèse. Mais lorsque l'on pourrait craindre qu'il s'écarte du sujet de cette dernière, Rafaël Jafferalli nous y ramène immédiatement.

Il poursuit, en effet, un plan rigoureux et son exposé est toujours lumineux car même lorsqu'il nous conduit dans les raisonnements les plus délicats sur le plan théorique, il prend soin d'éclairer ceux-ci d'exemples concrets.

Au terme de son analyse, la conclusion s'impose. Dans une perspective fonctionnelle, des différences de régime se justifient au regard du principe constitutionnel d'égalité mais celui-ci permet de réaliser certains ajustements. Le principe d'égalité n'aboutit donc pas à une révolution mais il constitue un outil utile pour éliminer, à la marge, certaines incohérences qui ne trouvent pas de justification raisonnable.

7. La thèse de Rafaël Jafferalli, par sa richesse, constituera, à n'en pas douter, le moteur d'une évolution jurisprudentielle. Il en est d'autant plus ainsi que réfléchissant dans une perspective fonctionnelle de la rétroactivité mais aussi dans une perspective pratique, il recherche des solutions équilibrées.

Ses réflexions finales sur « la figure de la rétroactivité » témoignent à cet égard de ce sens de l'équilibre et de la relativité. Soulignant les inconvénients d'une approche conceptuelle de la rétroactivité. Rafaël Jafferalli lui reconnaît un intérêt résiduel et met en garde contre les débordements d'une approche fonctionnelle qui relèveraient de la casuistique.

Tout en nuances, ses réflexions mettent au demeurant en lumière le fait que l'approche fonctionnelle de la rétroactivité pourrait trouver un substitut dans une conception souple de la causalité : « Il faut prendre conscience qu'en soi, la modification du passé, n'est pas, véritablement, problématique. Ce qui suscite en réalité les difficultés, c'est le fait que l'acte ou le fait rétroactif constitue

en même temps la cause d'autres actes ou de faits déjà accomplis, qui se trouvent de la sorte affectés par répercussion » (3).

Rafaël Jafferli nous rappelle ainsi que souvent en droit, les questions peuvent être envisagées sous des angles ou à l'aune de principes différents mais aboutir cependant aux mêmes solutions concrètes. Le défenseur de l'approche fonctionnelle a fait ainsi preuve d'humilité.

8. Reste un vœu à formuler. Puisse l'auteur de cette contribution majeure à la théorie de la rétroactivité continuer à combiner ses activités académiques avec la pratique du droit. L'ouvrage qu'il nous livre témoigne en effet du fait que si la pratique ne se conçoit pas sans réflexion théorique, celle-ci se nourrit de celle-là. Et rompre ce lien conduit au dessèchement de la pensée ... (4)

Paul Alain Foriers
Avocat à la Cour de cassation
Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles (ULB)

(3) N° 598.

(4) L'observation n'est pas neuve. Portalis ne relevait-il pas à propos de la preuve de la lésion au cours des discussions du Conseil d'État au sujet du titre de la vente : « Les doutes de Thomasius ne viennent que de ce que les professeurs en général, se perdant dans des théories purement spéculatives, sont perpétuellement embarrassés, toutes les fois qu'il s'agit de la pratique, de l'usage ou de l'application des lois » ... (P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, réimpression de l'édition de 1827, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 39).



REMERCIEMENTS LYRIQUES

Il était une fois un jeune doctorant
Qui rêvait de percer les mystères du Temps
Et voulait découvrir – espoir fol ou naïf –
Ce que peut signifier l'effet rétroactif

Tandis que les années aux années succédaient
Bien souvent, un patron, un ami demandait :
« Mais dis-moi, en as-tu encore pour longtemps ? »
Ne sachant que répondre, il disait : « Pour deux ans ! »

En songeant, souriant, au chemin parcouru
Je voudrais à présent rendre à chacun son dû

Le Professeur Foriers, mon noble promoteur,
M'a des joies du barreau enseigné la saveur
Pour un maître pareil au sommet de son art,
Il faudrait entonner sur un air de Mozart :

*Nie werd'ich deine Huld verkennen
Mein Dank bleibt ewig dir geweiht
An jedem Ort, zu jeder Zeit
Werd'ich dich groß und edel nennen*

BRUYLANT

Je remercie aussi les membres du jury
Qui par leurs réflexions cette thèse ont nourri
Professeur Puttemans, du jury présidente
Professeur Xavier Dieux, à la plume savante
Professeur Tilleman, grand auteur de traités
Professeur Paul Martens, légicide éclairé
Professeur Reiner Schulze, à l'oeuvre colossale
Et Professeur Mazeaud, orateur sans égal

Mes pensées vont encore au Professeur Watté
Pour ses précieux conseils et sa grande amitié
Jamais elle n'a compté ses efforts ni son temps
Pour qui parent, par chance, être ses assistants

C'est sous l'égide du cabinet Simont Braun
(où travaillent, dit-on, de fières Amazones)
Que l'essentiel du texte a été rédigé
Puissent ses associés en être remerciés

Quant à l'ultime ligne, elle a été tracée
Dans l'enceinte sacrée de l'Université
Qui, bien plus qu'un mandat, m'aura fait découvrir
La richesse d'un monde où l'on vit pour bâtir

L'amour de la recherche est dû à mes parents
Qui ont su me donner goût au questionnement
Elle cherche à penser les blessures de l'âme
Lui s'intéresse à tout avec rigueur et calme

Dans les heures de joie comme celles de doute
J'ai toujours pu compter pour compagnons de route
Une Grande Prêtresse, éblouissante flamme,
Avec qui partager et le rire et le drame
Un subtil Révérend, si irrévérencieux
Que n'épargnent ses traits aucun homme ni dieu
Avide de ragots, un Mage de Diedne
Dont la Pasicrisie le langage a marqué
Mi-héros mi-voyou, un bel Aventurier
Qui sous les cieux de Vienne une École a fondée

Lorsqu'approcha la fin, il y avait encore
Tant de livres à lire et de secrets trésors
C'est meurtrissant sa chair qu'on achève un ouvrage
Pour déposer la thèse, il manquait un présage

C'est pourquoi pour sonder la fortune divine
Un beau soir je gravis la huitième colline
Et je fis le pari d'une vie nouvelle
Lorsque parut un Aigle à l'autre bout du ciel



SOMMAIRE

Préface	VII
Remerciements lyriques	XIII

INTRODUCTION GÉNÉRALE

CHAPITRE I. – Projet de recherche	3
CHAPITRE II. – Balises méthodologiques	23
CHAPITRE III. – Première approche de la notion de rétroactivité .	89
CHAPITRE IV. – Égalité et non-discrimination en droit privé	111

PREMIÈRE PARTIE.

LES DROITS INACHEVÉS

CHAPITRE I. – Confirmation	167
CHAPITRE II. – Ratification	221
CHAPITRE III. – Condition suspensive	323
CHAPITRE IV. – Analyse critique des droits inachevés	423

DEUXIÈME PARTIE.

LES DROITS EFFACÉS

CHAPITRE I. – Nullité	467
CHAPITRE II. – Résolution pour inexécution	817

BRUYLANT

CHAPITRE III. – Condition résolutoire	1081
CHAPITRE IV. – Analyse critique des droits effacés	1131

TROISIÈME PARTIE.

LES DROITS REMODELÉS

CHAPITRE I. – Manifestations de la rétroactivité conventionnelle	1173
CHAPITRE II. – Reconnaissance de la rétroactivité conventionnelle	1195
CHAPITRE III. – Analyse critique des droits remodelés	1211
Conclusions générales	1213
Bibliographie	1241
Index	1269
Table des matières	1287

INTRODUCTION GÉNÉRALE

BRUYLANT





CHAPITRE I

PROJET DE RECHERCHE

§ 1. – *Objet de la recherche*

1. Importance de la rétroactivité dans le droit des contrats.

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » (article 2 du Code civil). Par cette proclamation solennelle, le législateur a exprimé d'emblée sa défiance à l'encontre des lois rétroactives.

Une lecture hâtive de cette disposition pourrait donner à penser que cette condamnation s'étend non seulement aux lois futures, mais également au Code lui-même, au point d'exclure toute rétroactivité des institutions décrites par celui-ci. En effet, la loi qui donnerait un effet rétroactif aux actes et aux faits juridiques qu'elle régit ne serait-elle pas, en un certain sens du moins, elle-même rétroactive ?

Cette première intuition se révèle cependant rapidement erronée. En effet, dans plusieurs autres dispositions, le Code multiplie les allusions à l'idée de rétroactivité (1), et énonce même expressément à propos de la condition accomplie que celle-ci « a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté » (article 1179). Il faut donc distinguer le Code en tant que texte de loi qui est dépourvu d'effet rétroactif, puisque les actes et les faits auxquels il s'applique aujourd'hui sont largement postérieurs à son entrée en vigueur (2), des institutions qu'il réglemente qui peuvent, quant à elles, produire un effet rétroactif.

(1) Voy. ainsi les articles 883 (« Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ») et 1183, alinéa 1^{er} (« La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé »).

(2) Comp. dans le même sens C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2003, n° 555, pp. 337 et s.



À cet égard, l'examen de la doctrine et de la jurisprudence confirme que la rétroactivité se trouve au cœur de mécanismes aussi divers, par exemple, que la révocation des donations, la condition suspensive ou résolutoire, la résolution pour inexécution, la nullité, la confirmation ou encore la ratification.

Loin de constituer une donnée marginale, la rétroactivité traverse et structure donc une part importante du droit des obligations contractuelles.

2. Recherches antérieures. L'étude de la rétroactivité conduit – tout comme son objet d'investigation – à remonter le cours du temps. Ce sujet suscite en effet depuis longtemps l'intérêt de la doctrine. Ainsi, il était déjà connu avant la promulgation du Code civil⁽³⁾ et n'a pas échappé à l'attention des premiers commentateurs de celui-ci. Depuis lors, la rétroactivité, dont on se plaît à souligner qu'elle « passe à bon droit pour la notion la plus confuse du droit privé »⁽⁴⁾, n'a cessé de susciter des interrogations quant à sa nature et à sa portée.

Toutefois, la grande majorité des auteurs l'ont abordée dans le cadre d'une institution précise, qu'il s'agisse, par exemple, de la condition ou de la nullité. Rares sont à cet égard les rapprochements qui dépassent les bornes d'une simple esquisse⁽⁵⁾. Ces recherches « sectorielles », pour intéressantes qu'elles soient, ne permettent cependant pas d'apprécier la pertinence d'une théorie générale de la rétroactivité ou – plus modestement – la cohérence des différents régimes existants.

Certaines études d'envergure ont néanmoins été consacrées à la rétroactivité. Elles se sont, pour la plupart, attachées à démontrer, tantôt l'inutilité, tantôt l'utilité du procédé, voire à en proposer une théorie générale, que ce soit *de lege lata* ou *de lege ferenda*⁽⁶⁾.

(3) Voy. not. R. DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, n° 80 et s., pp. 50 et s.

(4) R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 80, p. 50.

(5) Voy. cependant, examinant ensemble les effets de la nullité et de la résolution pour inexécution, la récente thèse de J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012.

(6) Voy. **en France** J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, 2 vol., thèse Université de Rennes, 1953, multig., qui, après une analyse de la rétroactivité en droit positif, examine *de lege ferenda* comment celle-ci pourrait être canalisée ; E. MAÏTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003, dont le but est de démontrer l'utilité et l'efficacité

3. Originalité de la recherche. Outre que pareille vue d'ensemble fait défaut dans le paysage juridique belge, il nous semble nécessaire de mettre l'accent, non sur l'opportunité du maintien de la rétroactivité dans l'arsenal juridique – sa place étant indiscutable en droit positif –, mais sur la question de *la portée concrète et précise de celle-ci*, tant dans les rapports entre les parties qu'envers les tiers.

En effet, si le « noyau dur » de la rétroactivité est, dans la plupart des cas, bien connu, on ne peut en dire autant de ses limites exactes.

Ainsi, par exemple, si l'on s'accorde à dire que la ratification a un effet rétroactif sans préjudice des droits acquis des tiers, l'embarras surgit dès que l'on cherche à préciser de quels tiers et de quels droits il s'agit exactement (7).

De même, si l'on admet sans peine que la nullité d'un contrat oblige les parties à se restituer ce qu'elles ont reçu en exécution du contrat nul, il n'est pas aisé de préciser l'étendue des restitutions lorsque la chose a péri, lorsqu'il est question des intérêts et des fruits, ou dans le cadre d'un contrat successif.

Par ailleurs, une telle étude nous paraît devoir *intégrer les acquis de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité*, dont l'influence sur le droit privé va sans cesse

de la rétroactivité dans le contrat en vue de parvenir à une construction d'ensemble (n° 14, p. 18) ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, qui vise à démontrer que la rétroactivité constitue un mécanisme simplificateur des relations contractuelles (n° 12, p. 28) et, dès lors, une technique utile et opportune dans le droit des contrats (n° 15, p. 31) ; adde A. CHAUSSE, « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, pp. 529 et s. ; R. DEMOGUE, « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, pp. 163 et s. ; M. GEGOUT, « Essai sur la rétroactivité conventionnelle », *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, pp. 283 et s. ; R. HOUIN, « Le problème des fictions en droit civil », *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, Paris, Dalloz, 1948, pp. 242 et s., spéc. pp. 247 et s. ; R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, pp. 271 et s. ; en **Allemagne**, B. JACOBI, *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, diss. Hamburg, 1966 ; **aux Pays-Bas**, A.S. HARTKAMP, « Terugwerkende kracht », *W.P.N.R.*, 1991, pp. 868 et s. ; J. HIJMA et M. OLTHOF, « Terugwerkende kracht, causaal stelsel en zakelijke werking in het Nieuw Burgelijk Wetboek », *W.P.N.R.*, 1982, pp. 257 et s. et pp. 273 et s. ; C.G.J. PIRON, « Terugwerkende kracht toekennen en uitsluiten : ja of nee », *W.P.N.R.*, 1993, pp. 503 et s.

(7) Ces questions sont loin de recevoir une réponse univoque en jurisprudence : voy. not. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 49 et s., nos 32 et s., pp. 98 et s.

croissante (8). Comme nous le verrons, en effet, le recours au principe constitutionnel d'égalité permet de remettre en cause des solutions qui, tout en étant considérées comme inopportunes par une grande partie de la doctrine, étaient néanmoins ressenties jusqu'alors comme inéluctables en l'absence d'une intervention législative, compte tenu de l'appui qu'elles trouvent dans le texte de la loi et dans une jurisprudence constante (9). Cette dimension de droit public fait largement défaut dans les études antérieures précitées, rédigées pour la plupart à une époque où le contentieux constitutionnel était inexistant ou, à tout le moins, ne connaissait pas encore un tel essor (10).

4. Domaine de la recherche. La rétroactivité occupe une place centrale dans le régime juridique des obligations contractuelles, où elle sert souvent de trait d'union entre une série d'institutions.

C'est ainsi, par exemple, que les conséquences de la nullité et celles de la résolution pour inexécution ont été élaborées sur la base de l'idée commune d'anéantissement *ex tunc* de la convention ; que le régime de la résolution pour inexécution s'est, dans un premier temps, largement construit sur le modèle de la condition résolutoire ; que l'effet rétroactif de celle-ci a été perçu comme constituant le pendant de celui attribué à la condition suspensive ; qu'enfin, l'atteinte portée rétroactivement aux droits des tiers par cette dernière contraste fortement avec la protection reconnue à leurs droits acquis dans le cadre

(8) Voy. not. le premier numéro de l'année 2002 de la *Revue de la Faculté de droit de l'ULB* consacré au thème « La Cour d'arbitrage et le droit privé ». Comp., dans un sens similaire, la thèse d'I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Groningen et Intersentia, 2003, n^{os} 604 et s., pp. 627 et s., dans laquelle l'auteur propose de confronter la théorie de l'immunité de l'agent d'exécution au principe constitutionnel d'égalité. La Cour constitutionnelle s'est depuis lors prononcée sur la différence de traitement, examinée par cet auteur (n^o 608, p. 632), entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant au regard de la possibilité d'introduire une action directe (C.A., 28 juin 2006, n^o 111/2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, note E. MONTERO, *R.A.B.G.*, 2007, p. 583, note F. BURSENS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 287, note O. JAUNIAUX, *T.B.O.*, 2006, p. 155, note K. UYTTERHOEVEN ; cons. également à ce propos J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 765 et s.).

(9) Tel est en particulier le cas de l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution à l'égard des tiers : voy. *infra*, n^{os} 542 et s., spéc. n^{os} 550 et s.

(10) Le principe d'égalité devant la loi est certes également garanti par des instruments internationaux, mais, dans l'ordre juridique belge, c'est la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui lui aura véritablement donné ses lettres de noblesse (voy. à ce propos *infra*, n^{os} 61 et s.).

de l'effet rétroactif de la ratification, lui-même inspiré de celui de la confirmation des actes nuls.

Il existe donc, dans ce domaine, un réseau de références croisées à la notion de rétroactivité. Celle-ci constitue ainsi l'ossature d'une série d'institutions fondamentales qui vont de la formation du contrat jusqu'à sa dissolution en passant par son inexécution ainsi que par les modalités de l'obligation.

C'est cette omniprésence de l'effet rétroactif au coeur du contrat que nous voudrions interroger. Quel sens peut-on, dans ce contexte, donner à la rétroactivité ? Faut-il y voir une formule presque magique qui fournirait la clef permettant de décrypter les effets de toutes ces institutions ? Ou bien n'est-ce au contraire qu'un leurre qui, derrière une unité de façade, dissimulerait des solutions complexes et variées ?

À cet égard, même si des hésitations peuvent, comme pour tout concept, surgir à la marge quant à ses frontières exactes, le contrat nous paraît constituer un cadre suffisamment balisé et homogène pour fixer le champ de notre recherche (11). C'est donc au sein de la *théorie générale du contrat* en droit belge que celle-ci sera menée. Le choix de ce domaine vise à assurer à la fois la généralité des résultats escomptés (puisque ceux-ci devraient valoir pour tout contrat, et non pas seulement pour tel type précis de convention), mais également leur spécificité (en évitant de formuler des conclusions qui, parce qu'elles tenteraient de faire la synthèse de la rétroactivité dans des domaines trop éloignés les uns des autres, finiraient par perdre toute portée concrète) (12).

Nous n'examinerons dès lors pas les manifestations de la rétroactivité :

- en droit des personnes (effet rétroactif du divorce ou de la reconnaissance d'enfant) ;
- en droit des successions (effet rétroactif de l'acceptation ou de la renonciation à succession et du retrait successoral) ;

(11) Sur la notion de contrat, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n^{os} 58 et s., pp. 133 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 37 et s., pp. 59 et s. Sur l'indétermination des concepts à la marge, voy. *infra*, n^o 22.

(12) Sur l'importance de construire l'interprétation du droit dans un cadre relativement homogène, voy. également *infra*, n^o 26.

- en droit des biens (effet rétroactif de la prescription acqui-sitive), sans cependant négliger les effets réels des obligations contractuelles ;
- en droits intellectuels (par exemple, l’annulation des bre-vets) ;
- en droit judiciaire (effet déclaratif des jugements) ;
- en droit international privé (en particulier, la problématique des conflits mobiles) ;
- en droit public (en particulier, la rétroactivité des lois nou-velles), en droit pénal et en droit fiscal ;
- en droit comparé, si ce n’est de manière adventice en vue d’approfondir notre connaissance du droit belge (13) ;
- dans les régimes spécifiques à certains contrats dits spé-ciaux (effet déclaratif du partage et de la transaction ; régularisation de certains contrats nuls, notamment la vente et la société (14) ; effet du retrait litigieux ; révocation des dona-tions pour cause d’ingratitude (15) ; droit de rétractation dans les contrats conclus avec les consommateurs).

Nous nous concentrerons donc sur les règles constitutives du droit commun des obligations contractuelles. Par la force des choses, nous serons également amené à examiner certains actes unilatéraux qui s’inscrivent dans la sphère contractuelle (16).

En règle, la consultation des sources est arrêtée au 1^{er} sep-tembre 2013.

(13) Pour plus de détails sur le rôle du droit comparé dans la présente recherche, voy. *infra*, n^{os} 34 et s.

(14) Sous réserve des réflexions formulées *infra*, n^o 98.

(15) Nous l’évoquerons cependant brièvement à titre de comparaison (voy. *infra*, n^o 552). Par ailleurs, la révocation des donations pour cause d’inexécution des charges consti-tue en réalité une forme de résolution judiciaire, et sera dès lors traitée à ce titre (voy. *infra*, n^o 351).

(16) Sur l’importance de ce phénomène, cons. not. X, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2008.

§ 2. – *Objectif de la recherche*

5. Prémisse de la thèse – Distinction entre notions conceptuelles et fonctionnelles. La thèse que nous proposons de défendre à l'égard de l'objet d'étude précédemment défini repose sur la distinction entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles (17).

I. Nous entendons par *notion conceptuelle* une notion invariante dont la portée peut être établie de manière abstraite en partant de sa définition, indépendamment du contexte ou du but dans lequel elle est utilisée (18). Le raisonnement fondé sur une telle notion est donc de nature *déductive* et *analytique*.

Ainsi, par exemple, la notion civile d'immeuble par nature peut être considérée comme conceptuelle, dès lors que sa signification demeure constante, même utilisée par exemple à des fins fiscales (19).

(17) Cette distinction est bien acquise dans la doctrine française ; voy. par exemple P. DEROUIN, « Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition », *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, pp. 1 et s. ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 90, p. 67 ; P. RÉMY-CORLAY, note sous C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, pp. 673 et s., n° 5, p. 675 (à propos de la notion de responsabilité précontractuelle) ; voy. également D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 7, pour qui « la démarche la plus appropriée consiste à raisonner à partir des fonctions spécifiques et essentielles que remplit la clause pénale » ; l'exposé des motifs de la loi de réforme des sûretés mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 10 ; les conclusions du 15 mai 2013 de M. l'avocat général N. WAHL dans l'affaire *Unamar*, C-184/12, point 30 (à propos de la notion de loi de police) ; Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 258, *R.C.J.B.*, 1973, p. 609, note P. GÉRARD (sur la reconnaissance du vice caché fonctionnel dans la vente). – Comp., chez DWORKIN, la distinction entre approche sémantique et approche interprétative d'une notion : voy. par exemple, à propos de la notion de justice, R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (éd. orig. 1986), pp. 73 et s. Comp. également, **en droit allemand**, l'opposition entre *Begriffsjurisprudenz*, d'une part, et *Interessen- et Wertungsjurisprudenz*, d'autre part : cons. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln et München, Carl Heymanns Verlag, 2008, § 7, pp. 62 et s., et § 31, p. 263 et s.

(18) Comp. P. DEROUIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, n° 4, p. 3, pour qui les notions conceptuelles sont celles « qui peuvent recevoir une définition complète et dont le contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes ».

(19) Voy. Cass., 15 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 172, *A.C.*, 2012, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJIS ; Cass., 14 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 110, et le commentaire de J.-F. ROMAIN, « Interprétation de la loi, fiction juridique, immeubles par nature et par destination économique », note sous Cass., 15 février 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 63 et s., spéc. n° 52.2, p. 118 (« la *ratio legis* des notions d'immeuble et de meuble [...] n'est pas spécifique. Au travers de ces notions, le législateur ne poursuit pas un but juridique ou pratique spécial, mais il est mû par une volonté de définir des concepts généraux dont l'importance est grande dans le système juridique. [...] Elles ne dérogent pas non plus au droit commun, mais sont précisément des notions constitutives de ce droit commun »). Voy. dans le même sens H. HEINRICHS, « BGB §§ 1-311a », *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, Beck,

On pourrait citer, de même, la notion de jour dans l'article 52 du Code judiciaire, de mariage ou, selon certains auteurs, de personnalité morale (20).

À l'inverse, une *notion fonctionnelle* est une notion dont la signification n'est pas entièrement ni même principalement donnée *a priori*, mais dépend de l'utilisation faite de cette notion, du but que l'on veut atteindre dans un contexte donné (21). En d'autres termes, la portée d'une notion fonctionnelle découle avant tout de la volonté de soumettre une situation donnée à un régime juridique particulier, considéré comme désirable. Cette approche téléologique, à laquelle on reproche parfois son manque de pureté (22), justifie qu'à côté du but principal poursuivi par la notion fonctionnelle, son régime tienne également compte d'objectifs concurrents reconnus par le droit positif, tels que, par exemple, le respect de la sécurité juridique (23). Le raisonnement est donc ici de nature *inductive* et *synthétique*, puisqu'il part du concret (les objectifs visés) avant de reconstruire les principes sur cette base.

Ainsi, par exemple, *la notion d'ordre public*, en dépit d'un certain noyau conceptuel (24), ne peut se comprendre qu'à travers les applications qu'en retiennent le législateur, la jurisprudence et la doctrine en vue d'atteindre à chaque fois un résultat déterminé (25). En effet, une

2006, pp. 1 et s., Einl., n° 39, p. 7, qui relève que le constat qu'une voiture est une chose meuble ne requiert qu'une simple opération de subsumption (c'est-à-dire de qualification), exclusive de tout jugement de valeur.

(20) Voy. en ce sens V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques. Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995, spéc. pp. 163 et s.

(21) Comp. P. DEROUIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, n° 4, p. 3, pour qui les notions fonctionnelles sont celles « qu'on ne peut définir sinon en indiquant ce à quoi elles servent, c'est-à-dire leur fonction ».

(22) Voy. ainsi C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, qui considère, en citant J. Héron, que « la réflexion juridique est faussée par le désir d'aboutir à un résultat donné » (n° 388, p. 232) et qu'en procédant ainsi, les auteurs « inversent le raisonnement » (n° 501, p. 305).

(23) En ce sens, H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n° 46, p. 8.

(24) Selon une formule bien connue, est d'ordre public (interne) la législation qui règle les intérêts essentiels de l'État, de la Communauté ou de la Région ou qui, en droit privé, établit les fondements juridiques de l'ordre économique ou moral de la société (Cass., 5 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 147, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012, point B.15.4 ; Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, n° 288 ; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 596 ; Cass., 19 mars 2007, *Pas.*, 2007, n° 145).

(25) Sur cette approche, qu'il qualifie également de fonctionnelle, voy. J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 89 et s., n° 27, pp. 133 et s. Le caractère fonctionnel de l'exception d'ordre public est d'ailleurs expressément reconnu en

règle est qualifiée d'ordre public, non pas tant parce qu'elle toucherait « par nature » aux intérêts essentiels de l'État, mais parce que l'on entend en réalité prohiber tel type particulier de clause ou de comportement jugé nuisible. Ceci explique, par exemple, que l'ordre public n'interdit pas de manière absolue les clauses d'exonération de responsabilité, mais seulement celles qui visent à exonérer le débiteur de son dol ou à priver l'obligation de son objet (26), qu'il permet de renoncer à la prescription acquise, mais non d'écarter le principe même de la prescription (27), qu'il prohibe les conventions portant sur une infraction, mais non sur les conséquences de celle-ci (28), ou encore, selon l'opinion majoritaire, qu'on peut acquiescer au jugement rejetant une demande de divorce, mais non à celui qui l'accueille (29). En effet, dans chacun de ces cas, il a paru juridiquement – et socialement – désirable de condamner tel comportement plutôt que tel autre, raison pour laquelle on a fait entrer le premier dans la notion d'ordre public afin d'atteindre ce résultat, alors que sa « nature » ne le distinguait pourtant pas fondamentalement du second. Réciproquement, la qualification de règle d'ordre public est parfois écartée au profit de celle de règle impérative, non d'après la nature de la règle, mais en vue d'éviter qu'une des parties puisse se prévaloir de sa violation (30). L'ensemble des applications de la notion d'ordre public ne se laisse donc pas déduire de manière purement logique de sa définition, au fond très générale.

On pourrait en dire de même des notions de bonnes moeurs, d'abus de droit, d'intérêt social ou de faute civile, dont la portée est à chaque fois tributaire des objectifs concrets poursuivis par ceux qui y font appel.

II. Certes, la distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle ne doit pas se comprendre comme une opposition

droit international privé : voy. not. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 7.46, p. 316, où le rapprochement est également fait avec la notion d'ordre public en droit interne.

(26) Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n°s 764 et s., pp. 740 et s.

(27) Voy. l'article 2220 du Code civil.

(28) Voy. l'article 2046 du Code civil et Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 470, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES.

(29) Voy. sur cette question H. BOULARBAH, « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? », note sous Bruxelles, 28 octobre 1999, *Div. Act.*, 2000, pp. 147 et s.

(30) J. VAN ZUYLEN, o.c., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 23, p. 134.

tranchée, mais comme une question de degré (31). Elle constitue donc plutôt *un instrument heuristique* d'analyse du droit positif.

Ainsi, alors que les notions de responsabilités contractuelle et extracontractuelle sont largement conceptuelles, puisqu'elles reposent sur la notion préexistante de contrat, leurs limites respectives peuvent fluctuer à la marge en fonction du résultat recherché, par exemple en vue de favoriser l'application d'un certain délai de prescription ou d'une certaine règle de conflit de juridiction (32).

La ligne de partage entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle peut également se brouiller dans le cas où une notion est définie par la fonction qu'elle remplit. Nous en verrons l'illustration dans le cas de la nullité. En effet, dans la théorie classique, celle-ci était définie comme l'état objectif d'un acte atteint d'une cause d'illégalité (33). Dans la théorie moderne, au contraire, la nullité est conçue de manière plus dynamique : elle constitue plutôt la sanction prévue par l'ordre juridique en réaction à la conclusion d'un acte non valablement formé (34). Dès lors, il ne s'agit plus de tirer mécaniquement les conséquences d'une situation illégale, mais d'adapter le régime de la nullité aux objectifs qu'elle poursuit (efficacité de la règle sanctionnée par la nullité, protection de la partie faible, etc.) (35). La nullité demeure ainsi formellement une notion clairement identifiée d'un point de vue conceptuel, mais sa fonction ayant été intégrée à sa définition, elle devient, en réalité, une notion fonctionnelle.

III. Enfin, il importe de préciser d'emblée que la reconnaissance du caractère fonctionnel d'une notion n'implique nullement la renonciation à toute tentative de systématisation des effets de celle-ci. La méthode fonctionnelle vise certes à tempérer les excès qu'un raisonnement de type logico-déductif pourrait entraîner, mais elle n'est pas pour autant condamnée à n'être qu'une collection de solutions particulières, exclusivement dictées par les circonstances concrètes de la cause (36). Il s'agit donc de *trouver*

(31) Voy. P. DEROUIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, n° 4, p. 4 ; comp. dans le même sens H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n° 39, p. 7, qui distingue entre le « noyau dur » (*Kern*) d'une notion et son étendue « à la marge » (*Randzone*). Du reste, si l'on opte pour une conception interprétative du droit (voy. *infra*, n°s 16 et s.), même la notion la plus conceptuelle est toujours susceptible de voir son sens évoluer du fait de ses utilisations.

(32) Voy. ainsi, à propos de la responsabilité précontractuelle, *infra*, n° 338.

(33) Voy. *infra*, n° 87.

(34) Voy. *infra*, n° 88.

(35) Voy. *infra*, n° 240.

(36) Comp. la critique formulée par GÉNY à l'encontre de l'oeuvre de DEMOGUE, auquel il reprochait d'être allé trop loin dans son travail de déconstruction du droit positif (voy. à ce propos D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, « La place de Demogue dans la généalogie de la pensée

un moyen terme entre une démarche purement conceptuelle et une approche exclusivement casuistique (37).

Ainsi, par exemple, malgré la souplesse de la théorie de l'abus de droit, doctrine et jurisprudence se sont efforcées d'en systématiser le régime en dégagant notamment une liste, certes non exhaustive, de ses critères d'application (38).

Une autre illustration peut être puisée dans le domaine du droit international privé, spécialement dans la matière de la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle. On sait que, classiquement, la méthode savignienne commandait de « [d]éterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport » (39). L'approche était donc conceptuelle au sens où nous l'avons définie, puisqu'elle prétendait déduire la loi applicable à un rapport de droit de sa nature profonde ou, si l'on préfère, de sa définition. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a considéré que « les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation sont des lois de police » au sens de l'ancien article 3, alinéa 1^{er}, du Code civil, de sorte que l'action en réparation d'un dommage était soumise à la loi du lieu où le fait illicite était commis (40). La rigidité d'une telle approche a cependant entraîné aux États-Unis une vive réaction connue sous le nom de « conflicts revolution ». Celle-ci recouvre en réalité une multitude de courants de pensée dont le point commun est d'abandonner toute démarche abstraite fondée sur la qualification et le classement d'un rapport de droit dans une catégorie de rattachement, au profit d'une analyse des intérêts en conflit dans un cas litigieux (41). On peut cependant lui reprocher de ne pas être parvenue à édifier un véritable système, capable de garantir l'uniformité

juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2006, pp. 163 et s., spéc. pp. 199 et s.) ; comp. également le passage en Allemagne de l'*Interessenjurisprudenz*, centrée sur les intérêts des parties au litige, à la *Wertungsjurisprudenz*, qui s'est efforcée de dégager, de manière plus abstraite, les valeurs consacrées par le droit positif (voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 82, p. 653).

(37) Voy. dans le même sens la conclusion de la thèse de R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 940.

(38) Voy. not. S. STIENS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33 et s.

(39) F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain* (trad. C. GUENOUX), tome 8, Paris, Firmin Didot, 1851, § 348, pp. 30 et s.

(40) Cass. (plén.), 17 mai 1957, *Pas.*, 1957, p. 1111, avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOT DE TERMICOURT.

(41) Pour plus de détails, cons. not. P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, 5^e éd., St Paul, West, 2010, § 2.9 et s., pp. 27 et s.

des résultats et la prévisibilité des solutions (42). Il s'agit, en d'autres termes, de la tentation casuistique contre laquelle nous mettons en garde. Entre ces deux extrêmes, la position adoptée en Europe par le règlement Rome II peut être perçue comme un moyen terme (43). En effet, tout en conservant des catégories de rattachement définies en termes abstraits, le législateur européen n'a pas hésité à adapter ces catégories, et les règles de conflits qui en dépendent, à une série d'objectifs qu'il désirait promouvoir ainsi qu'aux particularités de certains rapports de droit. C'est ainsi qu'au-delà de la règle générale (article 4), des règles particulières sont introduites pour les délits commis en matière de produits défectueux (article 5), de concurrence déloyale (article 6), d'atteintes à l'environnement (article 7), etc. Des mécanismes correcteurs, tels que la clause d'exception ou l'exception d'ordre public, sont également prévus, tout en veillant à les maintenir dans de strictes limites. Un tel système, qui s'efforce de concilier flexibilité et prévisibilité (44), correspond à une approche fonctionnelle telle que nous l'entendons.

6. Énoncé de la thèse. La thèse que nous proposons de défendre est que la rétroactivité constitue, dans la théorie générale du contrat telle qu'elle existe en droit positif belge, une *notion fonctionnelle*, dont la portée ne peut être entièrement ni même principalement déduite d'une définition abstraite et conceptuelle donnée *a priori* par l'ordre juridique, mais découle du rôle, de la fonction qui lui est assignée dans le cadre d'une institution juridique donnée (45). Dès lors, la question de savoir si telle ou telle situation juridique (46) sera affectée rétroactivement par cette institution ou si elle tombe au contraire en dehors du champ d'application de l'effet rétroactif variera en fonction de l'institution

(42) Pour cette critique, *ibid.*, § 2.26, pp. 121 et s.

(43) Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

(44) Voy. en ce sens S. SYMEONIDES, « The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons », *Tulane L.R.*, 2008, vol. 82, pp. 1741 et s., spéc. pp. 1795 et s.

(45) Nous employons le terme « institution » dans le sens très général d'ensemble des règles de droit relatives à un rapport de droit ou à une question juridique donnée et qui constituent un système doté d'une autonomie relative (voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 50, p. 409). Peuvent ainsi être considérées comme institutions la condition suspensive, la ratification, la nullité, etc.

(46) Le terme est également pris dans le sens le plus général, couvrant aussi bien les actes que les faits juridiques. Il peut ainsi s'agir de la perception de fruits, l'exécution d'un contrat successif, le transfert volontaire ou forcé de la propriété d'une chose, etc.

considérée, de manière à s'adapter à chaque fois au but et aux caractéristiques de cette institution.

En d'autres termes, dire d'une institution qu'elle produit ses effets *ex tunc* ne renseigne pas encore sur la portée véritable de ceux-ci. Ainsi, bien que, par exemple, la condition suspensive, la ratification ou la nullité soient chacune dotées d'un effet rétroactif, cette expression recouvre à notre sens à chaque fois une réalité juridique différente qu'il importe de rechercher et de préciser. La rétroactivité n'est donc qu'un instrument, une technique susceptible d'être mise au service des objectifs les plus divers, qui en conditionnent largement la signification dans chacun des cas envisagés.

Dès lors, nous avancerons l'idée qu'en droit belge des contrats, *il n'existe pas de régime unique commun à toutes les manifestations de la rétroactivité*. Pour démontrer le caractère fonctionnel de la rétroactivité, notre recherche consistera par conséquent à mettre en évidence le rôle et la portée qui lui sont reconnus en droit positif dans le cadre de chacune des institutions examinées.

Le système juridique ne peut toutefois s'accommoder d'une telle pluralité de régimes qu'à la condition que celle-ci ne devienne pas source de véritables incohérences. À cet égard, nous entendons démontrer, à titre complémentaire, que *le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination constitue un instrument opérationnel permettant d'assurer le rapprochement nécessaire entre les différentes formes d'effet rétroactif* tout en évitant de gommer entièrement les particularités des institutions concernées. Ce n'est que de cette manière, et non en partant d'une définition abstraite de la rétroactivité, que pourront émerger certaines règles communes à ces institutions.

7. Antécédents. I. L'approche fonctionnelle de la rétroactivité que nous préconisons constitue en quelque sorte le prolongement et l'approfondissement des réflexions émises, il y a quelques années déjà, par le professeur Dieux dans une étude sur la condition suspensive devenue classique :

« Le Code civil ne comporte pas l'énoncé d'une théorie générale de la rétroactivité et la notion d'effet rétroactif est employée à des fins fort variées [...]. La variété des aspects sous lesquels la rétroactivité peut se présenter et les incertitudes multiples auxquelles elle a donné lieu dans chacun de ces cas [...] nous semblent inviter à la

circonspection, face à des constructions théoriques courageuses et attrayantes, mais souvent abstraites : les méfaits de la méthode “méta-physique ou déductive” dans ce genre de situations ont été dénoncés » (47).

Notre thèse peut donc être vue comme une tentative de vérification de cette intuition au travers de la théorie générale du contrat.

II. Dans une thèse de doctorat consacrée, il y a plus de soixante ans, à la rétroactivité dans les actes juridiques, J. Deprez émettait déjà l'idée que « [l]a rétroactivité remplit dans la vie juridique une fonction uniquement technique. Elle est un procédé servant à rendre compte de certaines solutions du droit positif dont elle réalise l'armature technique. Mais le contenu des règles de fond dont elle assure la mise en oeuvre influe profondément sur le rôle général du procédé technique » (48). « C'est dire que la rétroactivité ne peut jouer un rôle abstrait, aveugle et absolu sans risquer d'être inadaptée aux situations concrètes qu'elle concerne. Cette protection de certains intérêts juridiques constitue le véritable fondement de la rétroactivité, et c'est en fonction de ces intérêts que son régime doit être établi. La règle de la rétroactivité doit évoluer en fonction des règles de fond qu'elle justifie techniquement. Il serait abusif de renverser les rôles et de permettre l'incidence du procédé technique sur le contenu de la règle de fond. [...] Le cantonnement de la rétroactivité à ses justes proportions nécessite une recherche ardue de son fondement véritable et des intérêts en cause [...] » (49).

(47) X. DIEUX, « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée », note sous Cass., 5 juin 1981, *A.P.T.*, 1984, pp. 146 et s., n° 7, p. 150. Voy. déjà dans le même sens, également à propos de la condition suspensive, R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, p. 171 (« [n]ous ne posons pas la rétroactivité comme un principe dont il suffit de tirer les conséquences par une logique purement déductive. Ce fut précisément l'erreur de l'École exégétique du XIX^e siècle d'avoir employé cette méthode qui fait abstraction de l'utilité sociale ») ; à propos de la résolution pour inexécution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 703, p. 505 ; de manière plus générale, R. JAMBU-MERLIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 3, p. 273 et n° 29, p. 299. L'idée apparaît également dans la thèse de S. MERCOLI (voy. ainsi *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 133, p. 149), mais n'en constitue cependant pas le fil conducteur. Comp. également M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 15, à propos de l'une des principales manifestations de la rétroactivité : « On peut douter qu'il y ait une théorie générale des restitutions, tant les applications sont nombreuses. La restitution paraît être davantage une simple technique, au service d'autres mécanismes ».

(48) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 14, p. 15.

(49) *Ibid.*, n° 61, pp. 63 et s. Reprenant ces idées à son compte de manière plus succincte, voy. également E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n° 14, pp. 18 et s.

En dépit de ces déclarations prometteuses auxquelles nous adhérons sans réserve, l'approche fonctionnelle préconisée n'a cependant pas été menée jusqu'à son terme.

D'une part, en effet, l'auteur s'est efforcé de ramener les cas de rétroactivité à deux catégories principales, à savoir la rétroactivité-sûreté et la rétroactivité-sanction (50), ce qui lui permet de conclure qu'« [i]l y a deux régimes de la rétroactivité » (51). Si cette analyse offre des mérites indéniables (52), elle nous paraît cependant présenter le danger de simplement déplacer l'approche conceptuelle au niveau de ces deux nouvelles notions, en négligeant les différences qui subsistent entre les institutions ainsi regroupées. C'est ainsi, par exemple, qu'en dépit des différences fondamentales que ces institutions présentent entre elles, la nullité est, au moins en principe, encore considérée comme « pleinement assimilable, dans ses résultats pratiques, à la résolution » (53), c'est-à-dire tant à la résolution pour inexécution qu'à l'effet de la condition résolutoire (54).

D'autre part, pour le même auteur, si la rétroactivité peut dans certains cas être maintenue au prix de certains aménagements, il faudrait le plus souvent envisager sa suppression (55), laquelle devrait passer

(50) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 426, p. 591.

(51) *Ibid.*, n° 465, p. 648. La même critique peut être adressée à E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *o.c.*, n° 188, p. 174, qui considère que la rétroactivité ne remplit que deux fonctions : le renforcement rétroactif d'une situation juridique et la liquidation rétroactive de la période intermédiaire.

(52) Voy. ainsi, à propos du rôle de sûreté de la rétroactivité de la condition, *infra*, n° 217 ; à propos du rôle de sanction de la rétroactivité, pour la nullité, *infra*, n° 241, et pour la résolution pour inexécution, *infra*, n° 375.

(53) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 155, p. 168 (voy. également v. II, *o.c.*, n° 478, p. 665) ; de même, E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *o.c.*, n° 216, p. 202.

(54) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 154, pp. 165 et s. ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *o.c.*, n° 216, p. 202. Certes, dans un second temps, l'étude de J. DEPREZ prend acte d'une série de différences introduites par la jurisprudence entre ces différentes institutions, à savoir, en cas de résolution, le maintien des actes de jouissance et d'administration (n°s 286 et s.) et des contrats successifs (n°s 314 et s.), et, en cas de nullité, la théorie des sociétés de fait (n° 300), mais on n'y trouve pas d'examen systématique et comparé du régime de ces institutions mis en rapport avec leur but. En outre, même dans ce cadre, la démarche fonctionnelle demeure parfois timide. C'est ainsi que, tout en reconnaissant que, compte tenu du but limité de l'effet rétroactif de la condition qui intéresse surtout les rapports avec les tiers, « [l]a restitution des fruits par le propriétaire intérimaire consacrerait un abus flagrant de la rétroactivité de l'effet résolutoire », l'auteur considère néanmoins que « [l]'acquéreur sous condition suspensive aurait certainement le droit de réclamer au propriétaire sous condition résolutoire tous les fruits perçus *medio tempore*, puisqu'il est censé avoir été seul propriétaire dès les jours du contrat », sauf volonté contraire des parties (n° 290, pp. 392 et s.).

(55) Voy. les conclusions générales de l'étude, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n°s 513 et s., pp. 702 et s.

notamment par une intervention législative (56). Ainsi, si la rétroactivité « produit parfois des effets utiles et mérite d'être maintenue, elle manifeste en d'autres domaines une inadaptation permanente aux solutions de fond qu'elle réalise » (57). De manière générale, la rétroactivité serait « une technique inadaptée à son but, parce qu'elle est à la fois trop simple et trop complexe. Trop simple, parce que, trop brutale, elle n'opère pas un dosage harmonieux d'intérêts divergents et contredit l'idée d'équilibre inhérente au droit lui-même. Trop complexe, parce qu'elle ne parvient au résultat recherché que par le détour d'un mécanisme dont il faut doser et apprécier la portée » (58). C'est en quelque sorte faire l'aveu d'un échec, au moins partiel, de la démarche fonctionnelle.

Le pari que nous faisons est, au contraire, de parvenir à démontrer que, rapportée en permanence aux buts pour lesquelles elle a été instituée, la rétroactivité demeure une technique apte à apporter une solution adéquate aux situations pour lesquelles le droit positif y a recours dans la théorie générale du contrat.

§ 3. – *Organisation de la recherche*

8. Première approche des fonctions de la rétroactivité. Les manifestations de la rétroactivité dans le droit des contrats sont à ce point variées qu'il a rapidement semblé inapproprié de comparer terme à terme des institutions aussi éloignées, par exemple, que la confirmation des obligations nulles et la résolution pour inexécution, ou la ratification et la nullité. En revanche, il est apparu que la rétroactivité remplissait schématiquement quatre grandes fonctions, de sorte qu'un regroupement pouvait être opéré sur cette base à des fins d'analyse. Si l'on se place dans la perspective des parties au contrat (59), les fonctions de la rétroactivité peuvent dès lors être schématiquement divisées comme suit.

(56) *Ibid.*, n^{os} 324 et s., pp. 453 et s.

(57) *Ibid.*, n^o 514, p. 703.

(58) *Ibid.*, n^o 514, p. 703.

(59) Un regroupement différent serait possible dans la perspective des tiers au contrat. En effet, à la consolidation des droits des parties correspond généralement l'effacement des droits des tiers et, inversement, à la consolidation de leurs droits correspond l'effacement de ceux des parties (comp. E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n^o 9, pp. 11 et s.). Pour un autre exposé des fonctions de la rétroactivité, envisagée soit comme procédé d'opposabilité d'une situation juridique, soit comme procédé de liquidation du passé, voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^{os} 67 et s., pp. 72 et s.

Tout d'abord, la rétroactivité intervient parfois en vue de parfaire les *droits inachevés* des parties, à savoir des droits dont l'efficacité est depuis leur naissance entravée par un vice ou une autre caractéristique propre à l'obligation. On entend par là les droits affectés d'une cause de nullité, les droits contractés au nom d'un tiers par un représentant sans pouvoir et les droits affectés d'une condition suspensive ou résolutoire. À la suite d'un événement ultérieur (confirmation, ratification, réalisation de la condition suspensive ou défaillance de la condition résolutoire), ces droits sont définitivement consolidés. En outre, afin de renforcer ceux-ci, l'événement consolidateur se voit généralement reconnaître un effet rétroactif de sorte que les droits concernés sont censés avoir eu pleine efficacité dès l'origine (60).

La rétroactivité se manifeste ensuite en vue d'anéantir les conséquences des droits des parties. En effet, dans une série d'institutions (défaillance de la condition suspensive, réalisation de la condition résolutoire, résolution pour inexécution, nullité), il est non seulement mis fin aux droits des parties pour l'avenir, mais celles-ci sont en outre replacées dans la même situation que si elles n'avaient jamais été titulaires des droits en cause. On parlera, dans ce cas, de *droits effacés* par la rétroactivité.

Dans une troisième série de circonstances, les droits des parties préexistent et leur efficacité est théoriquement entière, mais celle-ci est sujette en pratique à des difficultés. Diverses institutions sont dès lors susceptibles de déclarer l'existence et l'étendue de ces droits, qu'il s'agisse du partage, de la transaction, d'un jugement ou de la preuve. Un caractère rétroactif – ou à tout le moins déclaratif – est généralement reconnu à ces institutions, de sorte que les *droits révélés* par celles-ci sont réputés avoir toujours eu la même portée. Ceux-ci demeureront cependant hors du cadre de notre recherche consacrée à la théorie générale du contrat, soit qu'ils relèvent plutôt du droit judiciaire (telle que l'étude de l'effet déclaratif des jugements et de la preuve), soit qu'ils soient propres au régime de contrats spéciaux (tels que le partage ou la transaction).

(60) Un premier examen de ces « droits inachevés » a fait l'objet du mémoire que nous avons rédigé en vue de l'obtention du certificat de formation à la recherche et qui est depuis lors paru sous le titre *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelles, Larcier, 2011. Le contenu de ce mémoire a, moyennant adaptations et actualisations, été intégré dans le texte de la présente thèse.

Enfin, il arrive que des droits, qui jouissaient déjà d'une entière efficacité tant théorique que pratique, soient altérés et que cette altération soit réputée s'être produite antérieurement. Tel peut être le cas à l'intervention du législateur (rétroactivité législative), laquelle excède cependant le domaine de la théorie générale du contrat. Le même phénomène peut cependant également se produire à l'initiative des parties elles-mêmes (rétroactivité conventionnelle). En ce cas, on peut parler de *droits remodelés* par la rétroactivité.

9. Intérêt de cette première typologie. Ce premier découpage des fonctions de la rétroactivité auquel nous avons procédé ne présuppose en rien une unité de régime. Ainsi, si la rétroactivité de la ratification et celle de la condition suspensive accomplie poursuivent une fin analogue, rien ne garantit qu'elles auront des effets identiques.

En revanche, ce rapprochement préalable est une condition nécessaire pour qu'une comparaison des régimes puisse être utilement menée. On peut en effet s'attendre à ce que des situations identiques ou similaires soient régies par des règles elles-mêmes identiques ou similaires. L'analyse comparée des institutions regroupées par fonction permettra dès lors de jeter un regard critique sur les convergences ou les divergences du régime de la rétroactivité dans ces différentes institutions.

Outre qu'il ouvre la voie à une meilleure compréhension de celles-ci (61), ce regard vise également à mettre au jour d'éventuelles discriminations, à savoir des différences de traitement de situations comparables non susceptibles de justification objective et raisonnable. On sait, en effet, que pareilles discriminations sont prohibées par les articles 10 et 11 de la Constitution dont la Cour constitutionnelle a la garde et peuvent, par conséquent, conduire à une modification des dispositions légales existantes (62). L'intérêt théorique de la recherche se double dès lors d'un intérêt pratique évident.

(61) Cons. à ce propos J.B.M. VRANKEN, « Interne rechtsvergelijking », *T.P.R.*, 1995, pp. 401 et s.

(62) Voy. sur ce point *infra*, n^{os} 61 et s.

10. Institutions étudiées. Il convient encore de préciser que les institutions que nous allons examiner dans le cadre de cette recherche sont celles qui sont généralement considérées par la doctrine et la jurisprudence comme étant dotées d'un effet rétroactif. Il nous faudra vérifier, au cours de nos développements, et pour chacune de ces institutions, si cette proposition de départ est ou non fondée.

Même dans le cadre ainsi tracé, nous ne pourrions nous livrer à une analyse exhaustive de toutes les manifestations de la rétroactivité. Cette limite, justifiée par la taille restreinte de notre étude, l'est également par la méthode choisie.

En effet, dès lors que nous ne postulons pas d'emblée l'existence d'un régime unique de la rétroactivité, qui se déclinerait ensuite en un nombre indéterminé d'applications, il serait impossible de prétendre couvrir l'ensemble des effets rétroactifs en droit positif. C'est la raison pour laquelle nous avons décidé de nous cantonner aux formes les plus importantes de la rétroactivité dans la théorie générale du contrat en recherchant, institution par institution, les éléments caractéristiques de leur effet rétroactif, pour apprécier, dans un second temps, si des traits communs ou des différences s'en dégagent.

Cette méthode implique que les résultats de notre étude ne pourront, sans plus, être généralisés aux institutions qui n'auront pas été examinées, même si, bien sûr, ils offriront un point de départ à la réflexion.

11. Plan de la recherche. Nous poursuivrons la présente introduction générale en posant certaines balises méthodologiques qui pourraient apparaître fastidieuses, mais qui s'avèrent cependant indispensables pour justifier la manière dont nous avons mené notre recherche (chapitre II). Nous tâcherons ensuite de poser les bases de deux idées centrales de notre recherche en proposant une première approche de la notion de rétroactivité (chapitre III) et de la portée du principe constitutionnel d'égalité en droit privé (chapitre IV).

Notre recherche se divisera ensuite en trois parties d'importance inégale, consacrées respectivement à l'examen de la portée de l'effet rétroactif dans le domaine des droits inachevés (première partie), des droits effacés (deuxième partie) et des droits

remodelés (troisième partie). Chacune de ces parties sera divisée en autant de chapitres que d'institutions étudiées et se clôturera par une comparaison critique de celles-ci, à la lumière en particulier du principe constitutionnel d'égalité.

Enfin, nous exposerons nos conclusions générales sur la place de la rétroactivité dans la théorie générale du contrat et synthétiserons les résultats de notre recherche.



CHAPITRE II

BALISES MÉTHODOLOGIQUES

12. Plan. Nous exposerons d'abord la conception du droit ayant guidé notre recherche (§ 1) avant de préciser la manière dont l'étude du droit comparé a pu enrichir celle-ci (§ 2).

§ 1. – *Conception du droit (63)*

13. Position du problème. L'angle sous lequel nous proposons d'étudier le phénomène de la rétroactivité contractuelle est une *perspective à la fois interne et normative*, dès lors qu'il s'agit de préciser la signification de certaines règles à l'intention des acteurs du système juridique en se fondant sur les cadres de référence de celui-ci (64). Il s'agit, en d'autres termes, d'une approche relevant de la dogmatique juridique (65), de la technique juridique, ou encore, si l'on préfère, de la doctrine juridique.

Il n'est sans doute pas fréquent de trouver, dans une étude qui adopte une telle approche, des considérations liminaires dans lesquelles l'auteur expose sa conception du droit ainsi que la manière

(63) Je remercie vivement le professeur Benoît Frydman d'avoir accepté de relire cette section et de la discussion enrichissante qui s'en est suivie. La responsabilité des propos tenus demeure évidemment la mienne.

(64) Sur les différentes perspectives pouvant être adoptées à l'égard d'un objet juridique d'étude, voy. not. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions Université de Bruxelles, 2009, pp. 30 et s.

(65) L'expression se rencontre fréquemment dans la littérature de langue allemande, mais pas exclusivement (voy. ainsi O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public, o.c.*, p. 23 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, p. 452). Elle doit être bien comprise : ainsi, malgré la parenté étymologique, la dogmatique juridique ne repose pas sur des dogmes (voy. sur ce point H. DÖLLE, « Rechtsdogmatiek und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1970, vol. 34, pp. 403 et s.), pas plus d'ailleurs que la « doctrine » juridique ne se veut doctrinaire. Le sens péjoratif du mot remonte apparemment à Kant (voy. A. LALANDE, « Dogmatisme », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2010, p. 246).



dont celui-ci lui paraît devoir être interprété (66). Et pourtant, nul n'ignore que la pensée juridique traditionnelle est en crise (67). Celle-ci se manifeste en particulier dans la rencontre décevante entre l'aspiration des juristes à faire accéder leur discipline à la scientificité, ou à tout le moins à l'objectivité, et leur incapacité concomitante à dégager une méthode en mesure de fournir une réponse univoque aux questions qu'ils se posent.

On sait en effet que, dès que l'on quitte le domaine des cas les plus simples, le droit offre une marge irréductible d'appréciation à celles et ceux chargés de le comprendre et de l'appliquer, ce qui engendre inévitablement la crainte d'un « gouvernement » illégitime (qu'il soit des juges ou, plus généralement, des interprètes), sous l'autorité duquel la règle de droit finirait par n'être plus que l'expression de préférences subjectives et individuelles. Or, aucun des modèles dominants développés jusqu'à présent (68) – qu'il s'agisse du modèle « géométrique » qui s'est efforcé de calquer le raisonnement juridique sur la logique déductive des mathématiques, du modèle « philologique » qui prétendait retrouver le sens véritable de la loi dans la volonté du législateur ou des modèles « sociologique » et « économique » qui voulaient faire du juge un « ingénieur du social » armé des acquis des sciences humaines – n'est parvenu à résoudre la crise contemporaine de l'herméneutique juridique. Tout au plus ces différents courants se sont-ils additionnés pour former, par sédimentation, un modèle « pragmatique », caractérisé essentiellement par le pluralisme des méthodes et des interprétations sans qu'aucune ne l'emporte *a priori* sur l'autre (69).

Dans un tel contexte, le choix d'une méthode d'interprétation se pose toujours avec acuité, dès lors qu'elle conditionne nécessairement les résultats de la recherche menée.

(66) Sur le rejet traditionnel de la théorie et de la philosophie du droit hors du champ des oeuvres doctrinales, cons. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 172 et s. ; voy. cependant les prises de position méthodologiques de J.-F. ROMAIN, « Interprétation de la loi, fiction juridique, immeubles par nature et par destination économique », note sous Cass., 15 février 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 63 et s., spéc. nos 9 et s., pp. 68 et s., et P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 2 et s.

(67) Voy. not. B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, ainsi que la première partie de l'ouvrage de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c.

(68) Nous nous basons ici les modèles du raisonnement juridique identifiés par B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

(69) Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n° 285, pp. 588 et s.

14. Illustration. Un exemple tiré de notre recherche permettra de mieux saisir l'enjeu du problème.

Nous serons ainsi confronté à la question de savoir si l'annulation d'un contrat à prestations successives donne lieu à des restitutions réciproques entre les parties ou si, au contraire, cette annulation ne vaut que pour l'avenir (70). La question est délicate, d'autant qu'elle n'était jusqu'à tout récemment pas encore tranchée par la Cour de cassation et a donné lieu à des réponses variées en droit comparé. Elle permet, en outre, de prendre conscience des limites des méthodes classiques d'interprétation.

Ainsi, la méthode « philologique » se trouve mise en échec dès lors que ni le texte du Code civil ni ses travaux préparatoires n'y apportent de réponse.

L'approche déductive ou « géométrique » semble également mener à une impasse, car, si l'on considère classiquement que ce qui est nul est censé ne jamais s'être produit – ce qui incite à reconnaître une portée absolue à l'effet rétroactif de la nullité –, on constate néanmoins que, dans le domaine voisin de la résolution pour inexécution, la Cour de cassation considère que la dissolution des contrats successifs ne vaut en principe que pour l'avenir (71). Nullité et résolution, quoique produisant toutes deux leurs effets *ex tunc*, auraient donc des conséquences différentes à l'égard des mêmes contrats successifs. Comme on le voit, il apparaît donc difficile de fonder des solutions universelles sur la base du seul concept abstrait de la rétroactivité.

Enfin, la méthode « sociologique » apparaît également de peu de secours. Certes, elle permet de mettre en évidence l'existence d'un conflit sous-jacent entre le respect de la légalité, qui commande de faire disparaître toutes les conséquences de l'acte illégal, et le principe de sécurité juridique, qui incite au contraire à laisser les choses en l'état pour le passé. Cette approche ne fournit cependant aucun critère sûr pour trouver un juste équilibre entre ces intérêts contradictoires.

15. Conception du droit choisie. Face à ces difficultés, le chercheur en droit est-il condamné à se taire, en renonçant ainsi à venir en aide au juge qui, quant à lui, ne peut refuser de juger

(70) Voy. *infra*, n^{os} 260 et s.

(71) Voy. *infra*, n^o 428.

« sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (article 5 du Code judiciaire) ? (72)

Nous ne le pensons pas. C'est pourquoi, sans vouloir discuter ici en détail des mérites et des défauts de toutes les approches méthodologiques possibles, il nous paraît néanmoins important de poser les prémisses de notre argumentation (73) en exposant brièvement la conception du droit qui nous a guidé ainsi que les principales raisons pour lesquelles elle nous paraît mériter l'adhésion. Cette démarche pourra également s'avérer utile, dans la mesure où elle est de nature à permettre au lecteur de mieux comprendre – et, peut-être, de partager – les choix, explicites ou implicites, qui ont été faits tout au long de cette étude entre les diverses interprétations possibles de la règle de droit.

Notre approche du droit consiste à traiter celui-ci comme un discours à la fois interprétatif et argumentatif (74). Après avoir explicité ces deux caractéristiques (I), nous soulignerons leur fécondité pour la présente recherche (II) et concluons en tentant de repousser la critique qui pourrait nous être adressée de céder à la tentation du pur jugement de valeur (III).

(72) Voy. en ce sens la réponse catégorique de H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, n^o 47, pp. 462 et s. : « L'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait apparaître ; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit. L'avocat qui, dans l'intérêt de son client, s'efforce de démontrer devant un tribunal que seule est juste telle des diverses interprétations possibles de la norme juridique à appliquer en l'espèce, le juriste qui, dans un commentaire qu'il publie, distingue l'une des interprétations possibles comme la seule "exacte", ne remplit pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique. On ne peut naturellement pas le leur interdire. Mais jamais ils n'ont le droit de le faire au nom de la science juridique, comme il arrive très souvent. [...] Agir ainsi, c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique ».

(73) Sur ce que l'argumentation ne peut se déployer que sur la base de prémisses partagées par l'auditoire, voy. C. PERLEMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions Institut de sociologie, 1970, § 15, p. 87. Nous préférons cette approche pour justifier cet exposé liminaire à un recours au principe de neutralité axiologique, dès lors que celui-ci, hérité de Max Weber, est étroitement lié à la vision positiviste qui commande au scientifique de s'abstenir de tout jugement de valeur (voy. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public, o.c.*, p. 118, et *infra*, n^{os} 28 et s.).

(74) Voy. dans le même sens B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n^o 313, p. 644 (caractère à la fois herméneutique et dialectique de la raison pratique contemporaine).

I. – Fondements théoriques

16. Dimension interprétative du droit. Tout d'abord, nous adhérons à la vision du droit comme un discours interprétatif telle que défendue par Ronald Dworkin, en particulier dans son ouvrage *Law's Empire* (75).

La théorie de Dworkin a une vocation à la fois descriptive et normative. D'une part, en effet, elle s'efforce de démontrer que les théories rivales, à savoir principalement la théorie positiviste et l'approche réaliste (76), n'offrent pas une description fidèle de la manière dont le droit est compris et appliqué par les juges (77). D'autre part, elle entend offrir aux juges une théorie qui serve à la fois de justification à leur manière de dire le droit et de cadre de référence permettant de préciser le fonctionnement de cette démarche. Le point de départ de cette théorie est que le droit est un « concept interprétatif » (*interpretive concept*) (78). Il importe d'abord de préciser cette notion avant de montrer comment elle peut s'appliquer au droit.

17. Suite – Caractère constructif de l'interprétation. Pour Dworkin, l'interprétation d'une pratique sociale présente un caractère constructif (79). Il ne s'agit donc pas de rechercher la signification de cette pratique sur la base de critères préétablis une bonne fois pour toutes (80), tout simplement parce que ces critères peuvent ne pas

(75) R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (éd. origin. 1986). La littérature dite secondaire à ce sujet est abondante : pour un aperçu de celle-ci, cons. not. A. BAILLEUX, « "Hart vs Dworkin" and its Progeny. Actualité du "combat des chefs" dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, 2007, pp. 173 et s. ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n^{os} 314 et s., pp. 645 et s. ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., pp. 424 et s.

(76) DWORKIN utilise les termes « *legal pragmatism* » pour décrire cette approche, mais celle-ci ne doit pas être confondue avec la philosophie pragmatique « classique », telle que fondée sur les écrits de PEIRCE et JAMES (voy. à ce propos *infra*, n^o 22).

(77) R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, pp. 130 et s. (positivisme) et pp. 154 et s. (réalisme).

(78) *Ibid.*, o.c., p. 87.

(79) Au sens où il ne s'agit pas d'un donné, mais du résultat d'une construction, en l'occurrence intellectuelle. Sur la diversité des usages de la notion de construction, voy. M. DUBOIS, « Constructivisme », *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, pp. 199 et s.

(80) Une telle approche est qualifiée de « sémantique », parce qu'elle suppose l'existence d'un accord de tous les acteurs sur une définition de la pratique qui fixerait les critères sur la base desquels décider si telle ou telle règle relève ou non de la pratique analysée (voy. R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, pp. 31 et s.).

exister ou être appelés à évoluer (81). Il s'agit plutôt pour l'interprète de donner un sens à une pratique en la présentant comme étant le produit d'une décision dotée d'un but (*purpose*) (82). Dès lors, l'interprète d'une pratique s'efforce d'attribuer à celle-ci un sens de manière à en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre auquel cette pratique est censée appartenir (83) ou, plus simplement dit, à présenter cette pratique sous le meilleur jour possible (84).

Dans ce processus, l'interprète ne jouit toutefois pas d'une liberté absolue. Ainsi, à un stade *pré-interprétatif*, l'objet même de son interprétation – c'est-à-dire la question de savoir ce qui relève ou non de la pratique à interpréter – connaît une première délimitation qui doit résulter d'un large consensus au sein de la communauté interprétative (85). Ensuite vient le stade *interprétatif* proprement dit, où l'interprète s'efforce de fournir une justification des principaux éléments identifiés au stade pré-interprétatif (86). Ce faisant, l'interprétation proposée doit, pour demeurer une interprétation et ne pas glisser dans l'invention d'une pratique entièrement nouvelle, correspondre suffisamment à la pratique interprétée. Toutefois, une interprétation peut condamner une partie du matériau interprété comme étant une erreur, dès lors qu'il ne correspond pas à la justification avancée (87). Vient enfin un stade *post-interprétatif* où l'interprète peut proposer un ajustement de la pratique de manière à la faire mieux correspondre à la justification qu'il a proposée au stade précédent (88). Tout au long du processus, l'interprète doit veiller à respecter les *paradigmes* en vigueur, c'est-à-dire des exemples concrets tenus généralement pour tellement évidents à une époque donnée que l'interprétation proposée doit les respecter à peine d'être immédiatement balayée comme étant invraisemblable (89).

(81) *Ibid.*, p. 69.

(82) *Ibid.*, pp. 58 et s.

(83) *Ibid.*, p. 52 (« constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong »). L'interprète ne se contente donc pas de rechercher quel sens les auteurs de la pratique lui ont eux-mêmes attribué – ce qui d'ailleurs ne pourrait se faire qu'en tentant de reconstruire cette intention (pp. 55 et s.) –, dès lors que les auteurs eux-mêmes de la pratique lui attribuent un sens distinct de leurs intentions individuelles (pp. 62 et s.).

(84) *Ibid.*, p. 53. Voy. également, R. DWORKIN, « Préface », *La vertu souveraine*, trad. J.-F. SPITZ, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 7 : les concepts interprétatifs sont « des concepts dont la signification est contestée et doit par conséquent faire l'objet d'une explication au moyen de théories normatives qui tentent d'exprimer la meilleure manière de comprendre les valeurs désignées par chacun de ces mots ».

(85) *Ibid.*, pp. 65 et s.

(86) *Ibid.*, p. 66.

(87) *Ibid.*, p. 99.

(88) *Ibid.*, p. 66.

(89) *Ibid.*, p. 72.

Ce processus interprétatif est explicité par la désormais célèbre métaphore de la chaîne narrative (*chain of law*) (90). Selon celle-ci, l'interprète se trouve dans une situation comparable à celle d'un auteur qui, chargé d'écrire un chapitre d'une histoire dont la rédaction a été commencée par d'autres auteurs avant lui, devrait s'efforcer de proposer le meilleur texte possible, conçu comme si l'ensemble des chapitres étaient de la main d'un auteur unique (91). À cette fin, il doit nécessairement rechercher quel sens peut être globalement attribué au récit et, ainsi, en proposer une interprétation. Sa démarche est dès lors soumise à une double contrainte. D'une part, il doit proposer un texte qui soit en harmonie (*fit*) avec le texte antérieur, ou du moins, ses thèmes majeurs (92). D'autre part, s'il constate que le texte offre plusieurs interprétations envisageables, il doit décider laquelle de ces lectures rend l'œuvre en cours la meilleure possible (dans le cas de l'auteur d'une œuvre artistique, d'un point de vue esthétique), c'est-à-dire offrir une justification à l'interprétation retenue (93).

18. Suite – Application dans le domaine du droit. Le droit étant lui-même une pratique sociale, Dworkin s'attache ensuite à en proposer une interprétation qui constitue, selon lui, la meilleure interprétation de ce que les juristes, les professeurs de droit et les juges font et, dans une large mesure, disent faire (94). Cette interprétation a pour idée centrale que le droit est une recherche de cohérence (*law as integrity*) (95). Plus précisément, selon cette conception du droit, une proposition juridique est considérée comme vraie si elle figure parmi ou découle des principes de justice (*justice*), d'équité politique (*fairness*) (96) et du procès

(90) *Ibid.*, pp. 228 et s.

(91) *Ibid.*, p. 229. On a parfois reproché à cette comparaison son caractère artificiel dans la mesure où la figure du roman-feuilleton, qui plus est rédigé par une succession d'auteurs, n'est plus guère fréquente de nos jours (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n° 315, p. 647). Dworkin propose cependant une comparaison plus actuelle avec les séries télévisées dont les saisons successives sont rédigées par des équipes d'auteurs différents tout en préservant une continuité minimale du récit et de la personnalité des personnages (*ibid.*). On peut également songer à la pratique du jeu de rôles en cas de pluralité de narrateurs (à ce propos, voy. not. D. CHART (sous la direction de), *Ars Magica*, 5^e éd., s.l., Atlas Games, 2006, p. 220).

(92) R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 230.

(93) *Ibid.*, p. 231.

(94) *Ibid.*, p. 94.

(95) *Ibid.*, p. 225. L'expression est difficile à traduire. Elle entretient des liens avec l'idée de cohérence (*consistency*) même si Dworkin s'attache à distinguer les deux notions (*ibid.*, pp. 219 et s.). Elle a été traduite par « le droit comme unité » par F. MICHAUX dans R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, 1985, pp. 61 et s., spéc. p. 63.

(96) Par ce terme, Dworkin entend la manière d'établir des procédures politiques qui distribuent le pouvoir politique de la bonne manière, c'est-à-dire, dans une démocratie, des

équitable (*procedural due process*) qui fournissent la meilleure interprétation constructive de la pratique juridique de la communauté (97). Le droit est donc doublement interprétatif : d'une part, en effet, la conception que l'on s'en fait repose, comme pour tout phénomène social, sur une interprétation de la pratique (en l'occurrence juridique), mais, d'autre part, dans l'interprétation qu'en donne Dworkin, dire le droit consiste précisément à proposer une interprétation de la pratique juridique antérieure (98).

L'exigence de cohérence signifie que le juge doit considérer sa décision comme un maillon (99) au sein d'une longue histoire qu'il est chargé d'interpréter et de poursuivre, conformément à ce qu'il estime être la meilleure manière de continuer cette histoire sur le plan de la moralité politique (100). Du fait de cet idéal de cohérence, l'histoire juridique passée limite nécessairement le rôle que les conceptions personnelles du juge sur la justice peuvent jouer dans sa décision (101). La recherche de cohérence est du reste une tâche exigeante. Ainsi, le juge ne peut se contenter de proposer une interprétation qui correspondrait certes formellement aux maillons antérieurs de la chaîne, mais qui ferait de ceux-ci l'expression d'une volonté arbitraire ; l'interprétation proposée doit exprimer un principe plus général de nature politique ou morale (102). Par ailleurs, dans la recherche de cette interprétation idéale, le juge ne peut pas se limiter à confronter celle-ci aux maillons antérieurs qui se rapportent directement à la question juridique qui lui est soumise : plus l'interprétation qu'il propose s'avérera en harmonie avec d'autres maillons de la chaîne, meilleure sera cette interprétation (103). On soulignera également que la question de la cohérence n'est pas de nature purement quantitative. Ainsi, le juge ne peut pas se contenter de compter le nombre de maillons antérieurs en faveur de telle ou telle interprétation,

procédures qui donnent à tous les citoyens une influence plus ou moins égale dans les décisions qui les gouvernent (R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 164).

(97) *Ibid.*, p. 225.

(98) *Ibid.*, p. 226.

(99) Nous utilisons ce terme neutre pour désigner l'ensemble des éléments susceptibles d'entrer dans la chaîne narrative du droit. La question de savoir ce que cette expression recouvre précisément sera examinée lors du traitement des sources du droit, *infra*, n^{os} 24 et s.

(100) *Ibid.*, p. 239.

(101) *Ibid.*, p. 255.

(102) *Ibid.*, p. 242.

(103) *Ibid.*, p. 245. Voy. à ce propos *infra*, n^o 26.

mais doit également s'interroger sur le point de savoir si ces mailons expriment un principe plus fondamental ou d'une portée plus importante que d'autres (104). Enfin, s'il se trouve confronté à deux ou plusieurs interprétations également plausibles parce qu'elles satisfont également aux exigences de la cohérence (hypothèse des *hard cases* (105)), il devra choisir l'interprétation qui lui paraît la meilleure pour des motifs de moralité politique, c'est-à-dire au regard de la conception qu'il se fait des principes de justice et d'équité politique (106).

La théorie du droit élaborée par Dworkin se refuse donc à fixer des règles rigides permettant de désigner une interprétation comme étant ou n'étant pas admissible en droit positif. C'est ainsi, par exemple, que, dans l'élaboration des différentes interprétations possibles pourront intervenir des considérations tirées de la lettre de la loi, de l'intention du législateur, du but poursuivi par celui-ci, de la balance des intérêts en présence, etc., la pertinence de ces différents facteurs résultant de la reconnaissance de leur légitimité par la pratique juridique antérieure sans qu'aucun ne l'emporte par nature sur les autres (107). En définitive, la meilleure interprétation possible ne pourra être sélectionnée que sur la base des deux critères, fondamentaux mais flexibles, de la cohérence de l'ordre juridique et des valeurs qu'il vise à promouvoir.

Ainsi, la théorie de Dworkin ne nous paraît impliquer en soi aucune condamnation de principe des raisonnements conceptuels ni aucune préférence inhérente pour une approche fonctionnelle (108). Pour autant qu'elles trouvent un fondement dans la pratique juridique antérieure, toutes deux sont en effet *a priori* également susceptibles de fournir la justification d'une interprétation et, dès lors, de satisfaire à l'impératif de cohérence. Cela étant, dans la mesure où les raisonnements purement conceptuels procèdent par déduction sans tenir compte des conséquences concrètes qu'ils entraînent, ils sont plus susceptibles d'entrer en conflit avec les impératifs de justice censés guider l'interprète dans sa tâche. Pour ce motif, l'approche fonctionnelle, qui a égard à l'objectif poursuivi par la règle et donc à sa mise

(104) *Ibid.*, p. 247.

(105) *Ibid.*, p. 255.

(106) *Ibid.*, p. 249. Voy. à ce propos *infra*, n° 27.

(107) Comme le relève B. Frydman, dans le modèle pragmatique contemporain de l'interprétation, « [s]i les lieux communs de l'interprétation orientent la recherche du sens dans une certaine direction, ils ne permettent pas pour autant de spécifier la signification du texte de manière univoque ni d'imposer à l'interprète une décision déterminée » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n° 292, pp. 604 et s.).

(108) Sur ces deux perspectives opposées, voy. *supra*, n° 5.

en oeuvre effective, apparaît mieux à même de fonder l'interprétation retenue.

La conception du droit proposée par Dworkin apparaîtra à certains comme révolutionnaire. Pourtant, comme toute interprétation réussie, elle puise ses racines dans une longue tradition. Ainsi, on a pu écrire que « le législateur et le jurisconsulte [...] ne doivent pas se borner à recueillir et à concilier des textes épars ; ils doivent choisir, au milieu de toutes les idées et de toutes les maximes de législation qui ont été jetées dans le monde, celles qui se combinent le mieux avec les besoins de la société et le bonheur des hommes ». Ces propos n'ont pas été tenus au XXI^e ni même au XX^e siècle, mais par nul autre que Portalis, considéré comme le père du Code civil (109).

19. Suite – Illustration. Il n'est sans doute pas inutile d'illustrer la démarche suggérée par Dworkin par un exemple concret tiré de notre recherche (110). À cette fin, on peut notamment se référer à l'analyse que nous proposons d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 1964 (111).

Cet arrêt est *a priori* déroutant, parce qu'il pose apparemment une règle nouvelle – que nous proposerons de baptiser la règle du mandat incontesté – aux termes de laquelle le tiers qui traite avec un mandataire sans vérifier au préalable les pouvoirs de celui-ci ne peut plus, en règle, les contester ultérieurement lorsque ceux-ci sont affirmés tant par le mandant que par le mandataire. Quelle est la portée exacte de cette décision ? S'agit-il d'un arrêt d'espèce ou d'une décision de principe ? Dans ce second cas, quelles sont les conditions exactes d'application et les effets de la règle nouvelle ainsi formulée ? Pour répondre à ces questions, nous adopterons une démarche très proche de celle suggérée par Dworkin, en proposant une interprétation qui nous paraît être la meilleure possible de cette décision.

Ainsi, à un stade pré-interprétatif, il ne fait aucun doute que cette décision, comme tous les arrêts de la Cour de cassation, doit être considérée comme entrant dans le domaine du droit. Nous rechercherons

(109) Présentation au corps législatif et exposé des motifs, séance du 7 ventôse an XII (27 février 1804), dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, Paris, Videcoq, 1829, pp. 129 et s.

(110) Pour d'autres illustrations en droit privé d'interprétations effectuées « sur la base de l'ensemble de normes présumé cohérent dans lequel s'insère la disposition qui prête à discussion », cons. X. DIEUX, « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », *J.T.*, 1991, pp. 201 et s., spéc. pp. 203 et s.

(111) Voy. *infra*, n^{os} 126 et s.

ensuite, au stade interprétatif, le fondement de la règle posée par cette décision dans des principes bien admis dans la théorie générale des obligations, tels que le régime de la ratification, des règles impératives, etc. (112) En d'autres termes, nous nous efforcerons de faire sens de cette décision en en proposant une justification qui soit le plus en harmonie possible avec l'ordre juridique. Après avoir retenu comme justification de la décision analysée une combinaison du régime des renonciations et du principe de bonne foi, nous pourrions dès lors, à un stade post-interprétatif, proposer un affinement de la règle en distinguant selon la nature du tiers concerné (113).

Enfin, afin de tester la qualité de l'interprétation proposée, nous tenterons d'élargir le champ de la réflexion. Dépassant le domaine de la preuve des pouvoirs du mandataire, nous examinerons en effet si la règle qui se dégage de l'interprétation retenue est bien en harmonie avec le régime de la ratification, la théorie de l'apparence, la condamnation de l'institution de la *rechtsverwerking* et la reconnaissance progressive de la notion d'incombance (114). Les réponses nuancées apportées à ces questions donnent à penser que la règle issue de l'arrêt du 18 septembre 1964 sera sans doute encore appelée à évoluer sensiblement avant d'acquiescer la stabilité reconnue aux paradigmes.

20. Dimension argumentative du droit – Réhabilitation de la raison pratique. Si le caractère argumentatif du droit n'est pas absent de la théorie de Dworkin (115), il ne constitue cependant pas le cœur de sa pensée. Celle-ci nous paraît dès lors pouvoir être affinée en insistant sur cette caractéristique du discours juridique, telle qu'elle a été mise en évidence en particulier par Chaïm Perelman (116). Cette démarche apparaît d'autant plus légitime que Dworkin lui-même considérerait que sa conception du droit n'était qu'une interprétation possible – certes la meilleure interprétation qu'il estimait pouvoir proposer –, laquelle pourrait

(112) Voy. *infra*, n° 128.

(113) Voy. *infra*, n°s 129 et s.

(114) Voy. *infra*, n°s 138 et s.

(115) Voy. not. R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 13.

(116) Nous nous baserons principalement sur les idées développées dans C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979. Sur la pensée de cet auteur, voy. également B. FRYDMAN et M. MEYER (éd.), *Chaïm Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012. Pour un aperçu des autres auteurs représentatifs d'une « théorie de l'argumentation juridique », voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 21, pp. 179 et s.

être abandonnée au profit d'une interprétation qui rendrait mieux compte de la pratique du droit (117).

La logique juridique de Perelman s'est construite en réaction au positivisme. Pour ce dernier, il existe une séparation étanche entre le domaine des faits et celui des valeurs. En effet, « [l]e passage d'un jugement de fait à un jugement de valeur, de l'être au devoir être, ne pouvait pas être rationnel, car il ne relevait pas de la logique » (118). Dans le domaine des faits, des conclusions certaines et objectives peuvent être atteintes par le biais d'un raisonnement théorique, de type logico-déductif, tel qu'on le retrouve dans les sciences de la nature. En revanche, dans le domaine des valeurs, il n'y aurait de place que pour l'expression d'opinions ou encore le jeu de rapports de force. Tout jugement de valeur serait donc, par essence, irrationnel (119).

La théorie positiviste aboutit donc à « ni[er] la possibilité d'un usage pratique de la raison » (120). Si le droit veut accéder à la scientificité, il doit dès lors refouler hors de son domaine tout jugement de valeur. Ce résultat est atteint en envisageant les normes juridiques comme un ensemble articulé sous la forme d'un système clos qui trouve sa justification ultime dans une « norme fondamentale hypothétique » dont le juriste s'interdit d'interroger la pertinence ou même l'existence (121). Au sein de ce système, chaque norme – individuelle ou générale – trouve sa source dans la norme se trouvant à l'échelon immédiatement supérieur de la pyramide, jusqu'à remonter ainsi à la norme fondamentale. Dire le droit devient dès lors une démarche purement objective. Ainsi, le juge qui déclare une norme valable ne fait que constater qu'elle trouve son fondement dans une norme supérieure, elle-même

(117) Voy. en ce sens R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., pp. 239 et s.

(118) C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n° 49, pp. 99 et s.

(119) Voy. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, o.c., n° 4, pp. 24 et s. : « En tant que les normes qui forment la base des jugements de valeur sont posées par des actes de volonté humaine simplement, et non par une volonté suprahumaine, les valeurs qui en découlent ont un caractère arbitraire. Divers actes de volonté humaine peuvent créer des normes qui se contredisent les unes les autres, en ce sens qu'elles fondent des valeurs opposées les unes aux autres. Ce qui est bon au regard de telles normes et de telles valeurs apparaîtra mauvais au regard de telles autres ; par conséquent, les normes établies par des hommes, et non par une autorité suprahumaine, ne fondent que des valeurs relatives [...] sans qu'aucune possibilité existe de démontrer rationnellement que seule l'une de ces deux normes opposées peut être considérée comme valable, à l'exclusion de l'autre ».

(120) C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n° 49, p. 100.

(121) Voy. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, o.c., n° 34, pp. 255 et s.

reconnue valable sur la base du même critère, sans devoir prendre position sur le caractère juste ou moral de ces normes (122). Et si, d'aventure, le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation d'une norme, il ne faut y voir aucune faille du système : au contraire, celui-ci accorde dans cette mesure au juge un pouvoir de décision souverain qui lui permettra de retenir l'interprétation de son choix par un acte de volonté discrétionnaire (123).

On le voit, cette vision du droit repose sur un pessimisme radical (124). Parce que, dans une société pluraliste qui a fait le deuil de la transcendance, aucune vision unique de la justice ou de la morale ne s'impose, le positivisme estime toute discussion inutile sur ces questions et cherche à les bannir définitivement de la sphère de la science en général et du droit en particulier. Or, c'est précisément ce point de départ qui forme l'objet de la critique de Perelman. Renouant avec la tradition aristotélicienne, il considère en effet que « [c]'est en l'absence de techniques unanimement admises que le recours aux raisonnements *dialectiques et rhétoriques* s'impose, raisonnements visant à établir un *accord* sur des valeurs et leur application, quand celles-ci font l'objet d'une

(122) Les adversaires du positivisme lui ont souvent reproché de ne pas pouvoir ni même vouloir servir de rempart à la barbarie (voy. not. C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n° 37, p. 70). C'est néanmoins sous la plume d'un fer de lance du positivisme qu'on en trouve la confirmation la plus éclatante. Ainsi, Kelsen n'hésitait pas à écrire – peu de temps encore après la seconde guerre mondiale – que « le droit de certains États totalitaires autorise le gouvernement à enfermer dans des camps de concentration les personnes dont la mentalité et les tendances, ou la religion ou la race lui sont antipathiques, et à les contraindre aux travaux qu'il lui plaît, voire même à les tuer. Si énergiquement que l'on puisse condamner de telles mesures d'un point de vue moral, on ne peut cependant les considérer comme étrangères à l'ordre juridique de ces États » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, pp. 55 et s. ; sur la question de savoir si le droit nazi était du droit, comp. la réponse beaucoup plus nuancée de R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, pp. 102 et s.). On notera cependant qu'une défense du positivisme juridique peut consister à démontrer que l'accession au pouvoir d'Hitler fut faite en violation des dispositions de la Constitution de la République de Weimar, de sorte qu'une application conséquente du positivisme aurait permis d'y résister (voy. en ce sens D. DEISEROTH, « Die Legalitäts-Legende. Von Reichstagsbrand zum NS-Regime », *Eurozine*, 4 mars 2008, www.eurozine.com, pp. 5 et s.).

(123) Voy. *infra*, n° 30.

(124) Voy. not. A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *R.I.E.J.*, 2011, pp. 94 et s., spéc. p. 99. On parle également de « nihilisme » (C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n° 56, p. 114) ou de « positivisme dégrisé », par opposition au positivisme de Comte, de Durkheim ou de Gény qui espéraient que l'étude du social puissent mener à une connaissance scientifique des valeurs (S. MESURE, « Positivisme », *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, pp. 885 et s., spéc. p. 887).

controverse » (125). En d'autres termes, le constat de l'existence d'opinions divergentes sur les valeurs à préconiser ne constitue pas la fin, mais bien le début d'une discussion ayant pour but d'obtenir l'accord des participants sur la solution proposée (126). Sans être automatique ni même contraignant, un passage rationnel de la sphère des faits à celle des valeurs est donc possible (127). L'instrument retenu pour parvenir à cet accord sur les valeurs, c'est une théorie générale de l'argumentation baptisée « Nouvelle rhétorique » (128), conçue comme « l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment » (129).

21. Suite – Conséquences pour le modèle interprétatif proposé. L'idée que les valeurs puissent faire l'objet d'un discours rationnel prenant la forme d'une argumentation permet d'apporter un certain nombre de confirmations et d'ajustements au modèle interprétatif élaboré par Dworkin.

I. Tout d'abord, l'étude de la rhétorique renforce l'intuition de Dworkin selon laquelle *certaines interprétations sont meilleures que d'autres*. En effet, dans la conception positiviste, il n'y a de la place que pour des vérités et des erreurs : une norme est en effet soit valable soit non valable et, parmi toutes les interprétations

(125) C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n° 50, p. 102.

(126) *Ibid.*, n° 50, p. 102.

(127) Kelsen en offre lui-même l'illustration dans le cas, il est vrai extrême, où une norme prescrirait que les hommes ne doivent pas mourir : une telle norme serait « insensée ; car nous savons par avance que c'est une loi naturelle que tous les hommes meurent et que tout homme mourra donc nécessairement. [...] Et c'est précisément en raison de ce défaut de toute possibilité d'efficacité causale qu'une semblable "norme" serait parfaitement dépourvue de signification » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, p. 130). Sur la base d'un jugement de fait (les hommes sont mortels), cet auteur parvient donc – en contradiction avec sa « théorie pure » du droit – à énoncer un jugement de valeur (la norme qui interdirait de mourir serait insensée, dépourvue de signification – c'est-à-dire en réalité non valable), dont personne ne contestera sans doute le caractère raisonnable, et qui demeure pourtant logiquement indémontrable. En réalité, en défendant l'idée d'une séparation étanche du fait et des valeurs, Kelsen se montre nettement moins nuancé que son prédécesseur Max Weber qui, tout en étant à l'origine du postulat de la neutralité axiologique des sciences, admettait toutefois que l'examen des faits puisse, indirectement et partiellement, permettre de justifier un jugement de valeur, notamment en vérifiant empiriquement l'adéquation des moyens mis en oeuvre pour atteindre le but choisi ou en mettant en évidence les conséquences non désirées d'une norme (voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 170, et, pour d'autres exemples de passage du domaine des faits à celui des valeurs, pp. 173 et s.).

(128) C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n° 56, p. 114.

(129) *Ibid.*, n° 51, p. 106 (typographie italique omise).

légalement admissibles qui s'offrent au juge, il n'en est aucune qui ait de prééminence sur l'autre, le choix de l'une d'elles ne pouvant procéder que d'un acte de volonté. Au contraire, dans le domaine de la rhétorique, « l'adhésion à une thèse peut être d'une intensité variable » (130), en fonction de la force des arguments avancés (131). Il en résulte que toutes les interprétations possibles ne sont pas équivalentes, certaines étant plus convaincantes que d'autres. Aucune ne peut cependant accéder au statut de vérité : l'argumentation, n'étant jamais contraignante (132), ne peut produire que des énoncés vraisemblables (133).

II. Ensuite, tout comme le modèle proposé par Dworkin, la nouvelle rhétorique vise à *réconcilier légalité et justice*.

En effet, depuis que la seconde guerre mondiale a fait prendre conscience « qu'un État et sa législation pouvaient être iniques, et même criminels », il apparaît indispensable de s'assurer que l'interprétation et l'application de la loi, tout en demeurant conformes au droit en vigueur, puissent en même temps être tenues pour justes ou, du moins, raisonnables (134). Or, « [c]omme il s'agit de rendre les décisions de justice acceptables, le recours aux techniques argumentatives devient indispensable. Comme, d'autre part, il s'agit de motiver les décisions, en montrant leur conformité au droit en vigueur, l'argumentation judiciaire sera spécifique, car elle aura pour mission de montrer comment la meilleure interprétation de la loi se concilie avec la meilleure solution des cas d'espèces » (135). En effet, « la paix judiciaire n'est définitivement rétablie que lorsque la solution qui est la plus acceptable socialement s'accompagne d'une argumentation juridique suffisamment solide » (136).

Dès lors, « [l]a dogmatique juridique ne peut pas éviter de prendre position dans les controverses, où des jugements de valeur opposés viennent à se heurter dans un cas d'espèce. Son rôle est de fournir des arguments qui permettront aux praticiens,

(130) *Ibid.*, n° 51, p. 106.

(131) *Ibid.*, n° 54, p. 109.

(132) *Ibid.*, n° 64, p. 125.

(133) Voy. également *infra*, n° 32.

(134) *Ibid.*, n° 38, p. 71 et n° 71, p. 136.

(135) *Ibid.*, n° 71, p. 137.

(136) *Ibid.*, n° 74, p. 141.

et surtout aux juges, de choisir une position et de la motiver en droit » (137).

Du reste, « [c]haque décision pouvant servir de précédent pour la solution ultérieure de cas de mêmes espèces, il y a lieu de montrer qu'elle peut remplir ce rôle, en s'insérant sans difficulté dans cette oeuvre collective que constitue la jurisprudence. Il ne suffit pas que la décision paraisse équitable, il faut encore qu'elle soit conforme au droit en vigueur, et acceptable comme telle, par ceux qui l'examineront » (138).

On est ainsi très proche, comme on le voit, du modèle de *law as integrity*.

III. Enfin, l'un des principaux reproches adressés à la théorie de Dworkin est qu'il néglige la *dimension collective du processus d'interprétation du droit* (139). En effet, la (re)construction de l'ordre juridique qu'il préconise à l'occasion de chaque interprétation est l'oeuvre d'un seul homme, un juge qu'il baptise « Hercules » pour souligner la difficulté surhumaine de sa tâche (140). Or, dire le droit n'est pas une activité solitaire ; sa dimension argumentative lui imprime au contraire le caractère d'une entreprise nécessairement *solidaire* (141), dont on trouve déjà une certaine expression dans les écrits de Perelman (142). En effet, celui-ci insiste sur le

(137) *Ibid.*, n° 43, p. 81.

(138) *Ibid.*, n° 87, p. 167. Voy. également n° 94, p. 173 : « Le droit se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conforme à ce qui lui paraît juste et raisonnable ». Voy. de même la préface de J. GHESTIN à la thèse de C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. XIV, où le savant auteur, après avoir fait l'éloge de la thèse, poursuit en ces termes : « On peut [...] ne pas être d'accord avec sa vision personnelle du droit, déjà très affirmée, qui consiste parfois à préconiser des solutions déduites d'une pure et rigoureuse construction logique sans réellement se préoccuper de savoir si elles sont opportunes. Il semble que pour elle la recherche du juste, finalité première du droit, soit essentiellement celle de ce qui est logiquement exact. Or il est permis de penser que, si la cohérence du système juridique est essentielle, elle ne peut passer avant la recherche de solutions conciliant au mieux le juste, au sens de la justice commutative et distributive, et l'utile, qui sont les fins mêmes du droit ».

(139) Voy. not. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n° 320, p. 658 ; F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?, o.c.*, pp. 429 et s.

(140) R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, p. 239.

(141) Voy. dans le même sens F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?, o.c.*, p. 429, qui insistent sur « la nécessaire insertion de la démarche interprétative dans une pratique argumentative, elle-même comprise comme modalité de la communication ».

(142) Comp. cependant B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n° 320, p. 658, pour qui Perelman aurait « négligé le procès et ses débats contradictoires, tout comme le débat démocratique d'ailleurs, pour laisser le juge dangereusement seul face à l'"auditoire universel" ».

caractère intersubjectif du raisonnement judiciaire (143), renforcé par la collégialité du siège (144) et l'existence préalable du débat entre les parties litigantes (145).

Cela étant, il faudrait aller beaucoup plus loin en mettant en évidence le caractère à la fois généralisé et permanent du dialogue qui s'instaure dans l'interprétation du droit (146). Ainsi, la motivation du juge s'adresse non seulement aux parties (147) ou aux juridictions supérieures chargées d'en contrôler la légalité (148), mais encore aux autres juges – spécialement dans les rapports entre cours suprêmes (149) – ou à la doctrine, et ce, dans une perspective de création du droit (150). Par ailleurs, il serait aisé de montrer l'existence d'un dialogue constant entre la jurisprudence (notamment au travers d'appels explicites (151)) et le législateur (qui tantôt consolide (152), tantôt contrecarre (153) les inventions prétoriennes), entre la doctrine (qui n'hésite pas à proposer des

(143) C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n° 44, p. 83 et n° 86, p. 161.

(144) *Ibid.*, n° 87, p. 163.

(145) *Ibid.*, n° 39, p. 72.

(146) Voy. en ce sens F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 430.

(147) S. MOSSELMANS, « Interprétation ou adaptation de l'obligation de motivation en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, pp. 212 et s., n° 13, p. 217.

(148) *Ibid.*, n° 16, p. 217.

(149) Voy. not. P. MARTENS, « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect », *Imperat Lex. Liber Amicorum Paul Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 97 et s.

(150) S. MOSSELMANS, o.c., *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, n° 18, p. 219.

(151) Voy. par exemple, à propos des comptes tiers d'avocat, Cass., 27 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 79, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES, décision rendue comme à contre-cœur, « En l'absence d'une disposition légale spécifique ». Cet appel a été entendu par la loi du 21 décembre 2013 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le compte de qualité des avocats.

(152) Voy. par exemple, à propos de l'article 1208, § 4, du Code judiciaire, le projet de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire (devenu la loi du 13 août 2011), *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2010-2011, n° 5-405/1, p. 9.

(153) Voy. par exemple, sur la question de savoir si l'introduction d'une requête en annulation d'un acte administratif devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État constitue une cause d'interruption de l'action en réparation du dommage causé par l'acte administratif attaqué, Cass., 16 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 98, et la solution contraire adoptée par le nouvel article 2244 du Code civil, tel que modifié par la loi du 25 juillet 2008, en réaction à cette jurisprudence (voy. ainsi très clairement la discussion en commission, *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2007-2008, n° 4-10/3, p. 3 ; *adde* l'avis de la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2007-2008, n° 52-0832/004, pp. 4 et s.). L'affaire ne s'arrête cependant pas là, puisque, dans une affaire ultérieure, la Cour de cassation a donné une interprétation restrictive du champ d'application temporel de cette nouvelle règle (voy. Cass., 25 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 126).

réformes *de lege ferenda*) et le législateur (qui invoque fréquemment la doctrine dans les travaux préparatoires (154), voire adopte sous réserve d'adaptations mineures un projet de texte d'origine doctrinale (155)), entre la jurisprudence (qui appuie sa motivation par une référence aux auteurs) et la doctrine (qui consacre une bonne part de son énergie à commenter et à critiquer la jurisprudence), et, bien sûr, enfin entre les auteurs de doctrine eux-mêmes, dont les controverses donnent toute sa saveur à l'étude du droit. L'ensemble de ces dialogues prennent systématiquement la forme d'un discours argumenté tentant de convaincre les autres acteurs que l'interprétation du droit retenue constitue la meilleure solution possible.

22. Autres influences philosophiques. D'autres influences philosophiques se font encore sentir dans la conception du droit que nous défendons.

Ainsi, elle présente des points de convergence avec la *philosophie pragmatique classique* (156), spécialement dans la mesure où elle considère que la signification d'un concept est à rechercher essentiellement dans ses applications concrètes (157), fait valoir que les concepts juridiques, plutôt que d'être envisagés dans une logique binaire qui permettrait d'en tracer clairement les limites, représentent plutôt des « noyaux durs » de sens entourés de frontières floues et mouvantes (158), insiste sur le caractère évolutif du droit en général (159) et des concepts juridiques en particulier, qui acquièrent de nouvelles significations sous la pression des circonstances (160), sou-

(154) Voy., par exemple, la proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le comportement incorrect des bénéficiaires et en vue d'autoriser la représentation de l'héritier renonçant (devenue la loi du 10 décembre 2012), *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2010-2011, n° 5-550/1.

(155) Parmi des exemples récents, voy. le Code de droit international privé, la réforme du droit des sûretés mobilières ou encore le Code de droit économique.

(156) Par opposition à la philosophie « néo-pragmatique » critiquée par Dworkin, et qui se rattache plutôt au courant réaliste américain. Sur ces différentes utilisations du terme « pragmatisme », voy. S. HAACK, « On Legal Pragmatism : Where Does "The Path of the Law" Lead Us ? », *Am. J. Jurisp.*, 2005, vol. 50, pp. 71 et s.

(157) *Ibid.*, pp. 75 et s., ce qui n'exclut pas pour autant l'intérêt d'une approche théorique de ces applications (*ibid.*, p. 85).

(158) Voy. S. HAACK, « The Pluralistic Universe of Law: Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21/4, pp. 453 et s., spéc. pp. 460 et s. ; dans le même sens, H. HEINRICH, o.c., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n° 39, p. 7 ; comp. la notion de paradigme, *supra*, n° 17.

(159) S. HAACK, o.c., *Ratio Juris*, 2008, pp. 461 et s.

(160) *Ibid.*, pp. 466 et s.

ligne que les décisions juridiques ne constituent jamais une déduction relevant du domaine de la logique formelle, mais qu'elles n'en sont pas pour autant arbitraires (161), et que, dès lors, le droit, s'il ne se confond pas avec la morale, n'en constitue pas moins une lutte permanente en vue de construire un monde meilleur (162).

Nous adhérons également largement au modèle du *droit en réseau*, spécialement dans la mesure où il fait valoir que la validité d'une norme ne peut jamais s'apprécier exclusivement en terme de légalité, mais inclut toujours une dimension d'effectivité et de légitimité (163), et que le raisonnement juridique ne relève ni de la pure répétition de la tradition ni de l'invention arbitraire, mais constitue l'exercice d'une liberté dans le respect de certaines contraintes (164).

Enfin, notre conception du droit s'inscrit à plus d'un titre dans une tradition de pensée forgée par des auteurs tels que H. De Page, J. Van Ryn, P. Foriers et P. Van Ommeslaghe et baptisée *École de Bruxelles*, dont de récents travaux du Centre Perelman de Philosophie du droit se sont attachés à souligner la spécificité (165). Parmi les traits caractéristiques de ce mouvement (166), on relèvera la méfiance envers les constructions théoriques dépourvues d'implications concrètes, un intérêt pour l'étude du « droit vivant » tel qu'il se construit en marge des textes légaux, une conception agonistique du droit se construisant

(161) *Ibid.*, pp. 467 et s., spéc. p. 471.

(162) *Ibid.*, pp. 471 et s., spéc. p. 474 (« each step in the evolution of the legal systems of the world can be seen as an experiment, on a small scale or a large — as part of a long, ongoing process of devising social arrangements, some of them more “inclusive,” more conducive to human flourishing, and some less. From this perspective, judicial disagreements [...] look, not like a logic examination that several justices flunked, and not like an illustration of the arbitrary and irrational character of legal decision-making, but like just what they are: small-scale examples of the whole on-going Pushmepullyou process through which our legal system “struggles [...] to find the more inclusive order.” »).

(163) F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., ch. VI, pp. 307 et s.

(164) *Ibid.*, ch. VII, pp. 385 et s.

(165) Voy. à cet égard le cycle de conférences « Le droit selon l'École de Bruxelles », organisées du 5 février au 26 mars 2013 et réécoutables intégralement sur www.philodroit.be, ainsi que B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Chavim Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, pp. 229 et s.

(166) Voy. à cet égard l'exposé introductif de B. Frydman lors de la conférence du 5 mars 2013 intitulée « Précurseurs, grandes figures et introduction à la conception du droit de l'École de Bruxelles », ainsi que la synthèse effectuée par G. Lewkowicz lors de la conférence du 26 mars 2013 intitulée « L'École de Bruxelles et le droit global ».

par la lutte (167), et enfin la conviction que le droit est un art ou une technique plutôt qu'une science (168).

II. – Implications pratiques

23. Objet de cette section. Fidèle à une approche pragmatique (169), nous voudrions maintenant mettre en évidence trois apports que la conception du droit adoptée a représenté pour notre recherche. Ceux-ci se rapportent à la méthode de traitement des sources du droit (spécialement en ce qui concerne la jurisprudence et la législation (170)), à l'idée d'une cohérence de l'ordre juridique construite par étapes et à la place des valeurs dans le raisonnement juridique.

24. Premier apport : traitement des sources du droit – Jurisprudence. Tout d'abord, la conception du droit adoptée nous permet de rationaliser notre attitude à l'égard de la jurisprudence.

Depuis la fin du XIX^e siècle, il est d'usage en effet d'accorder une place prépondérante dans les études doctrinales à la jurisprudence, et spécialement à celle de la Cour de cassation (171). Celle-ci ne constitue cependant pas un bloc homogène. En effet, il arrive fréquemment que, parmi une série d'arrêts allant globalement dans le même sens, il y en ait certains qui se détachent en offrant des solutions différentes, et parfois incompatibles avec le reste de la jurisprudence. Quelle doit alors être l'attitude du chercheur ? L'intuition suggère à cet égard qu'aucune réponse univoque ne peut être apportée à cette question *a priori*, ainsi qu'en témoigne la distinction faite par la doctrine entre *décisions d'espèce* (dictées par les circonstances particulières de la cause et considérées comme dépourvues d'enseignement généralisable) et

(167) Même si nous ne partageons pas toutes les opinions défendues dans cette étude, on peut se référer à cet égard à H. DE PAGE, *Droit naturel et Positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 40, pour qui la « lutte pour le droit » est la « théorie selon laquelle le droit *n'est pas*, mais *se fait*, et que tous, gouvernés comme gouvernants, nous avons dans cette lutte une place que nul ne peut désertir, si nous voulons faire triompher nos intérêts ou notre idéal ».

(168) Dans le même sens, H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n° 46, p. 8 (« *ars aequi et boni* »).

(169) Voy. *supra*, n° 22.

(170) La conception du droit adoptée présente également un grand intérêt pour la question de l'utilisation du droit comparé dans la recherche (voy. *infra*, nos 34 et s.).

(171) Voy. à ce propos P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, o.c.*, pp. 95 et s.

décisions de principe, susceptibles de fonder de nouveaux développements du droit.

C'est ainsi, par exemple, qu'un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011 relatif au sort des actes de disposition accomplis *pendente condicione* nous paraît plutôt constituer une décision d'espèce à laquelle il ne faut pas reconnaître une portée démesurée (172), alors qu'au contraire un arrêt du 15 septembre 1983 relatif à l'effet de la réalisation de la condition sur l'exigibilité de l'obligation nous semble constituer une décision fondamentale pour apprécier la portée de l'effet rétroactif de la condition entre parties (173).

Sur la distinction – pourtant bien ancrée dans la pratique du droit – entre décision d'espèce et décision de principe, le positivisme juridique n'est d'aucun secours. En effet, dès lors que la solution retenue par la Cour était juridiquement possible, le choix effectué en faveur d'une interprétation plutôt qu'une autre est pour le positiviste à la fois souverain et irrationnel, de sorte qu'il n'existe pas de critère permettant de distinguer les « grands » des « petits » arrêts (174).

Au contraire, la conception qui voit dans le droit la tentative de proposer de la pratique juridique la meilleure interprétation possible permet à la fois d'expliquer cette distinction et de justifier cette approche. À cet égard, deux idées avancées par Dworkin nous paraissent importantes. Ainsi, nous avons vu qu'une interprétation doit s'efforcer de respecter au maximum les données existantes, mais qu'elle ne doit pas pour autant intégrer l'ensemble de celles-ci : il s'agira alors, au stade post-interprétatif, de proposer la correction de ces notes discordantes, considérées comme des décisions isolées (175). Par ailleurs, nous avons vu que la notion de cohérence devait s'apprécier autant de manière qualitative que quantitative (176). Un ensemble de décisions peuvent dès lors être considérées comme étant toutes d'espèces, là où un précédent unique suffit parfois à donner une nouvelle impulsion à l'ordre juridique (177). C'est donc l'aptitude d'une décision à s'intégrer

(172) Voy. *infra*, n° 201.

(173) Voy. *infra*, n° 183.

(174) Voy. *supra*, n° 20.

(175) Voy. *supra*, n° 17.

(176) Voy. *supra*, n° 18.

(177) C'est ainsi, par exemple, que toute la théorie de la caducité du contrat par disparition de son objet a été « inventée » ou « découverte » en Belgique par un auteur sur la

harmonieusement dans le reste de l'ordre juridique qui permettra de considérer celle-ci comme étant de principe ou d'espèce.

Ainsi, pour reprendre les deux exemples déjà cités, l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 1983 nous paraît constituer une décision de principe, parce qu'il s'intègre parfaitement dans la logique de la condition suspensive précédemment mise en lumière par la doctrine et qu'il en tire toutes les conséquences qui s'imposent sur le plan de l'exigibilité de l'obligation. À l'inverse, si l'arrêt du 24 janvier 2011 nous semble plutôt constituer une décision d'espèce, c'est notamment parce que, comme nous le verrons, il cadre mal avec les principes fermement établis par la Cour en matière de nullité de la vente de la chose d'autrui.

Comme on le voit, la conception du droit comme processus interprétatif, si elle n'offre pas de critère contraignant permettant de distinguer les arrêts de principe des décisions d'espèce, contribue néanmoins à diminuer l'arbitraire du raisonnement.

En outre, cette approche offre également une réponse au *problème de l'exhaustivité* qui taraude le chercheur. On sait, en effet, qu'avec l'inflation du nombre des sources, auxquelles l'informatique a du reste considérablement facilité l'accès, il n'est sans doute plus possible ni même souhaitable (178) d'en rendre compte exhaustivement. Une conception interprétative du droit permet à cet égard de prendre conscience du fait que toutes les sources ne présentent pas la même importance dans la construction du discours juridique. Une interprétation réussie doit en effet parvenir à intégrer et à expliquer les éléments considérés par les acteurs du système juridique comme étant les plus significatifs, à savoir en particulier la jurisprudence de la Cour de cassation et des autres cours suprêmes. En revanche, les décisions des juges du fond pourront plus facilement demeurer dans l'ombre, dès lors notamment que, n'ayant pas la même prétention à assurer l'unité de la jurisprudence, elles s'insèrent plus malaisément dans une conception globale et cohérente de l'ordre juridique.

base essentiellement d'un seul arrêt de cassation (voy. Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 70 et s., note P.A. FORIERS), mais que, en raison du large assentiment qu'elle a immédiatement reçu dans la doctrine et la jurisprudence, elle a ensuite été hissée par la Cour de cassation au rang de principe général du droit (Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 483, *R.W.*, 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN).

(178) On souligne à cet égard souvent que la thèse de doctorat n'est ni un manuel ni un traité (voy. ainsi F. OST, « La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance », *Ann. dr. Louv.*, 2006, pp. 5 et s., spéc. p. 17).

25. Suite – Législation. Le même type de raisonnement peut être tenu, s'agissant de l'interprétation de la loi.

Ici, la difficulté se situe plutôt au niveau du *choix entre le respect de la volonté historique du législateur et l'admission d'une interprétation dynamique* susceptible de dépasser, voire de contredire cette intention. La question présente une importance d'autant plus grande dans le domaine du droit des obligations, qui constitue la trame de fond de la présente recherche, et ce, en raison de l'ancienneté du Code civil et, dès lors, de l'écart qui s'est creusé entre les conceptions de ses auteurs et celles retenues actuellement. En outre, la recherche de la volonté historique du législateur peut être envisagée dans une perspective encore plus lointaine. On sait, en effet, toute l'influence que des auteurs comme Pothier et Domat – et même, au-delà, tout le système du droit romain – ont eu sur les rédacteurs du Code civil. Dans quelle mesure est-il dès lors permis – voire même requis – d'avoir recours à ces sources, et dans quels cas faut-il au contraire s'en écarter ?

La conception du droit comme processus interprétatif offre à nouveau une réponse nuancée à ces questions.

En effet, les défauts de la méthode d'interprétation consistant à se fonder exclusivement sur l'intention historique du législateur sont bien connus (179) : le « législateur » n'est pas une personne unique, mais un ensemble de personnes aux contours mal définis (180), lesquelles ont souvent des intentions contradictoires (181) ou n'ont même pas envisagé la question que l'interprétation tente de résoudre (182).

Une conception interprétative permet cependant de dépasser ces difficultés. En effet, l'exercice consiste alors à proposer une interprétation de la loi qui offre la meilleure explication possible

(179) Voy. not. dans le même sens B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n° 191, pp. 398 et s.

(180) R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, p. 318, qui relève qu'à côté de l'intention des parlementaires qui ont voté le texte, se pose la question de savoir s'il faut également tenir compte de celles et ceux qui ont voté *contre* le texte, des membres de l'exécutif qui en ont rédigé le projet, de l'autorité (à savoir, en Belgique, le Roi) qui l'a sanctionné, des citoyens et *lobbies* qui ont contribué à son adoption, et même de la décision ultérieure des autres parlementaires qui ont décidé de ne pas l'amender ou de ne pas l'abroger.

(181) *Ibid.*, pp. 320 et s. Une application de cette idée est que « l'intention » d'un parlementaire qui vote en faveur d'un texte peut à son tour être subdivisée entre ses espoirs et ses attentes quant à la manière dont il sera interprété, lesquels ne coïncident pas nécessairement (*ibid.*, pp. 321 et s.).

(182) *Ibid.*, pp. 325 et s.

de son histoire législative, en tenant compte des impératifs de cohérence de l'ordre juridique et d'équité politique (183). Cette démarche impose de rechercher pour cette loi une justification qui soit en accord et irrigue tout le texte et qui, si possible, soit cohérente avec les autres lois en vigueur (184). L'équité politique impose également, dans une démocratie, de faire prévaloir sur les préférences personnelles de l'interprète la volonté de la population, telle qu'elle s'exprime en particulier dans les déclarations faites par les représentants du pouvoir législatif au cours de la procédure d'adoption du texte (185). En effet, les déclarations officielles d'intention, faites par les représentants du pouvoir législatif dans la forme canonique établie par la pratique législative (telles que les déclarations faites dans l'exposé des motifs ou par le rapporteur d'une commission parlementaire) constituent déjà, en soi, des décisions politiques devant être traitées comme des actes imputables à l'État (186), même s'ils n'ont pas la même force que le texte de la loi proprement dit (187). Dès lors, la recherche de l'intention du législateur ne s'arrête pas à un moment déterminé dans le temps, tel que le jour où la loi est adoptée : au contraire, l'interprète doit s'efforcer de replacer la loi dans un processus qui commence dès avant son adoption et se poursuit longtemps après celle-ci (188). En effet, l'interprétation proposée doit représenter la meilleure interprétation possible de l'ensemble de l'ordre juridique, qui inclut non seulement la loi à interpréter, mais également les lois ultérieures et les décisions rendues par les cours et tribunaux depuis son adoption (189).

Selon Dworkin, cette démarche constitue la meilleure interprétation possible de la pratique judiciaire américaine relative à la question de l'interprétation des lois (190). Sans qu'il soit possible de rentrer ici dans les détails, on pourrait montrer qu'elle correspond également largement à la pratique judiciaire belge. Ainsi, il est admis que les travaux préparatoires d'une loi postérieure puissent être utilisés pour

(183) *Ibid.*, p. 338.

(184) *Ibid.*, p. 338.

(185) *Ibid.*, p. 341.

(186) *Ibid.*, p. 343.

(187) *Ibid.*, pp. 343 et s., où le texte de la loi est comparé à une promesse à valeur performative tandis que la déclaration d'intention constitue plutôt une interprétation contemporaine de ce texte.

(188) *Ibid.*, p. 348.

(189) *Ibid.*, p. 349.

(190) *Ibid.*, p. 316.

interpréter une loi antérieure (191) et, en droit européen, il n'est pas rare qu'un texte ancien soit interprété à la lumière d'un texte nouveau (192). Plus largement, le droit privé regorge d'exemples d'interprétation dynamique de textes classiques (193).

La conception interprétative du droit permet donc d'éviter de choisir mécaniquement entre une signification ancienne et une signification renouvelée d'un texte, mais plutôt de choisir au cas par cas entre ces deux possibilités, afin de proposer la lecture la plus harmonieuse possible de l'ensemble des matériaux disponibles. À cet égard, il nous paraît également légitime de tenir

(191) Voy. F. DUMON, « La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions », *J.T.*, 1975, p. 546 ; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, n° 421, p. 482 ; Cass., 15 juin 1956, *Pas.* 1956, I, p. 1133 ; pour une application plus récente, voy. les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL avant Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 512, p. 2100 (interprétation de l'article 29bis, §1^{er}, alinéa 2, de la loi du 21 novembre 1989 à la lumière de sa modification, non applicable *ratione temporis*, par la loi du 19 janvier 2001).

(192) Pour un exemple frappant, voy. C.J.U.E. (gr. ch.), 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, C-585/08, point 43. Dans cette affaire, la Cour de justice était appelée à interpréter l'article 15.3 du règlement Bruxelles I (datant du 22 décembre 2000). Cette disposition vise les « contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement ». La Cour de justice a cependant relevé que le considérant n° 7 du règlement Rome I n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (datant du 17 juin 2008, donc largement postérieur au règlement Bruxelles I) prévoyait que son interprétation devait être « cohérente » par rapport au règlement Bruxelles I. Dès lors, elle a considéré qu'il fallait « interpréter ledit article 15, paragraphe 3, en tenant compte de la disposition correspondante figurant dans le règlement n° 593/2008 et de se référer à la notion de voyage à forfait auquel ce dernier règlement renvoie ». Cette décision est d'autant plus remarquable que la notion de voyage à forfait diffère de celle utilisée à l'article 15.3 du règlement (voy. à cet égard le point 37 de l'arrêt). La Cour de justice n'a donc pas hésité à interpréter le règlement Bruxelles I à la lumière de développements ultérieurs qui contredisaient sa lettre. Un tel raisonnement n'a au demeurant rien d'exceptionnel. Ainsi, la Cour de justice a également déjà interprété la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 à la lumière du règlement Bruxelles I qui l'a remplacée, même si ce dernier était en l'espèce inapplicable *ratione temporis* (voy. ainsi C.J.C.E., 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, C-167/00, point 49).

(193) On pense, par exemple, au développement de la théorie des troubles de voisinage sur la base de l'article 544 du Code civil, de la responsabilité du fait des choses sur la base de l'article 1384, de la résolution unilatérale sur la base de l'article 1184, etc. Pour un exemple récent, voy. C.C., 17 décembre 2009, n° 197/2009, point B.11.2 (« Lors de la rédaction du Code judiciaire en 1967, le droit à l'aide sociale et le droit au revenu d'intégration sociale n'existaient donc pas sous la forme qui est la leur aujourd'hui, et les tribunaux n'avaient pas compétence pour connaître des refus d'octroi de ces allocations. Cette circonstance peut expliquer qu'ils ne soient pas explicitement cités parmi les exceptions au droit de cantonner prévues par l'article 1404 du Code. Il n'en demeure pas moins qu'en raison de l'objectif de garantir le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine qu'ils poursuivent, ils peuvent être considérés comme des créances vitales et urgentes de nature alimentaire, de sorte que l'exclusion du droit de cantonner leur soit applicable »). Ce dernier extrait est également intéressant, car il montre comment un texte ancien peut être interprété à la lumière d'un principe – à savoir le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine – considéré désormais comme une valeur essentielle dans l'ordre juridique.

compte, dans l'interprétation du Code civil, de matériaux antérieurs aux travaux préparatoires proprement dit – à savoir le contenu de l'Ancien droit et du droit romain –, mais qui ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration du texte. En effet, pour offrir la meilleure explication possible du Code, il importe de resituer celui-ci dans le contexte le plus large possible, tout en restant cependant conscient des évolutions et des ruptures pouvant intervenir dans sa signification en fonction des époques. En d'autres termes, l'étude de la tradition nous paraît présenter pour l'interprète une richesse indéniable, sans qu'il doive pour autant se laisser enchaîner par cet héritage (194).

Nous voudrions illustrer le rôle ambivalent de la tradition par deux exemples tirés de notre recherche.

Le premier concerne la notion de dommage contractuel prévisible. À cet égard, une analyse des écrits de Pothier permet de montrer sans peine que les articles 1630, 1645 et 1646 du Code civil ne constituaient, dans l'esprit du législateur, qu'une application des principes généraux énoncés aux articles 1150 et 1151, qui reposaient à l'origine sur la distinction entre dommage intrinsèque et dommage extrinsèque (195). Au début du XX^e siècle, la jurisprudence de la Cour de cassation a cependant rompu le lien de filiation entre ces deux ensembles de dispositions en interprétant désormais les articles 1150 et 1151 en ce sens qu'un dommage contractuel est réparable dès qu'il est prévisible dans son principe, ce qui permet d'assurer la réparation aussi bien du dommage intrinsèque que du dommage extrinsèque. Dès lors que cette interprétation est désormais bien ancrée dans la jurisprudence actuelle, il nous paraîtrait injustifié d'en recommander l'abandon au nom d'une fidélité mal placée à une intention historique d'un législateur vieux de deux cents ans. En revanche, il nous semble que la consultation de la tradition demeure utile dans la mesure où elle permet de mettre en évidence les liens entre le droit de la vente et le droit commun des obligations. Dès lors, contrairement à la solution défendue par la doctrine actuelle, qui ne voit plus dans les articles 1630, 1645 et 1646 que des textes d'exception, il serait possible de proposer une relecture de ces dispositions de manière à en aligner

(194) Voy. dans le même sens P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation*, Bruxelles, Éditions Université de Bruxelles, 1986, pp. 47 et s., n^{os} 13 et s., pp. 56 et s.

(195) Voy. à ce propos *infra*, n^o 385.

leur sens sur l'interprétation contemporaine des articles 1150 et 1151, et ce, de manière à restaurer la cohérence de l'ordre juridique (196).

La tradition peut cependant se voir reconnaître un rôle encore plus actif. Il en va particulièrement ainsi dans des domaines ayant connu peu d'évolutions jurisprudentielles et où les analyses anciennes s'avèrent dès lors mieux à même d'offrir une explication cohérente de l'ordre juridique actuel. C'est ainsi, par exemple, que nous nous garderons d'accueillir sans réserve la thèse doctrinale qui prétend voir dans l'article 1682 du Code civil l'expression d'un principe général de compensation forfaitaire entre les fruits de la chose et les intérêts du prix en cas d'annulation du contrat (197). En effet, comme nous le verrons, un tel principe ne repose sur aucune justification convaincante, ni sur le plan de la cohérence de l'ordre juridique ni sur celui de l'opportunité des conséquences. En revanche, la lecture de Pothier permet de dégager une autre interprétation de ce texte en y voyant essentiellement une application du principe en vertu duquel le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, consacré par l'article 549 du Code civil. Cette lecture, qui assure à la fois le respect des origines historiques du texte, la cohérence actuelle de l'ordre juridique et l'équité de la solution, nous paraît dès lors constituer la meilleure interprétation possible.

26. Deuxième apport – Caractère progressif de la construction juridique. Un autre apport de la conception interprétative du droit est de mettre en évidence le fait que le sens d'un texte n'est pas une donnée préexistante qu'il s'agirait de découvrir, mais plutôt le produit d'une construction (198). Or, celle-ci peut difficilement être achevée d'un coup, mais se réalise plutôt par étapes successives. En effet, pour proposer une explication convaincante de la pratique juridique, l'interprète progresse en cercles concentriques du plus simple vers le plus complexe (199). Ainsi, il s'efforce, dans un premier temps, de dégager une règle isolée, puis progresse ensuite par étape en élargissant à chaque fois la perspective, de manière à s'assurer de la cohérence de cette règle, d'abord avec l'institution dans laquelle elle s'inscrit, puis avec la branche du droit considérée, et, enfin, dans la mesure du possible,

(196) Voy. *infra*, n° 386.

(197) Voy. *infra*, n° 258.

(198) Voy. *supra*, n° 17.

(199) R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 250.

avec l'ensemble de l'ordre juridique (200). Dworkin décrit cette approche en y voyant l'expression d'un principe de « priorité locale » (*local priority*) (201). Celui-ci présente un triple intérêt pour notre recherche.

I. D'abord, il nous incite à nous méfier de la facilité consistant à justifier une solution en la présentant comme une règle ou une institution *sui generis*. Cette approche, qui ne peut mener à terme qu'à la fragmentation du droit, est en effet insatisfaisante dès lors qu'elle renonce explicitement à rechercher la cohérence d'une solution avec le reste de l'ordre juridique (202). En revanche, si les solutions particulières se multiplient, il est alors parfois possible – et souhaitable – d'y trouver une logique sous-jacente qui permette d'expliquer cette anomalie locale. On parvient ainsi à dégager un nouveau noyau de cohérence au sein d'un ensemble plus vaste, comme en témoigne l'émergence de disciplines dotées d'une autonomie (relative), telles que le droit commercial, le droit de la consommation, le droit des assurances, etc. L'enjeu interprétatif peut alors consister, dans un second temps, à montrer que cette apparente diversité se ramène en réalité à un principe commun demeuré jusque là informulé (203). La difficulté consiste en ce cas à donner à ce principe une portée suffisamment précise pour qu'il conserve son caractère opérationnel (204).

(200) *Ibid.*, pp. 251 et s.

(201) *Ibid.*, p. 250.

(202) Pour des cas où nous écartons cette approche, voy. par exemple, à propos du mandat incontesté, *infra*, n° 128 ; à propos de l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, *infra*, n° 107.

(203) Voy. par exemple X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995. Cette remontée vers les principes fait également écho à la formule de L. Simont selon laquelle « le grand spécialiste doit d'abord être un excellent généraliste » (L. SIMONT, « Préface » à P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. V). On notera cependant que cette démarche s'inscrit à rebours d'une des tendances actuelles du droit allant au contraire dans le sens d'une fragmentation toujours accrue de la législation « qui, à la limite, conférerait à chaque chômeur, à chaque délinquant, à chaque site son régime juridique spécifique » (F. OST. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 151 et, pour une illustration de cette tendance, A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimisation du droit domanial*, Bruxelles, la Chartre, 2013, n° 555 et s., pp. 642 et s.).

(204) Voy. dans le même sens H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n° 33, p. 43 (« il ne faut pas favoriser la paresse des plaideurs et des juges en les dispensant, par la théorie de l'enrichissement sans cause, de rechercher quelles sont les véritables bases juridiques d'une action. Si on entrait dans cette voie, tout le Code civil pourrait être supprimé et remplacé par deux articles : l'article 1382 et un article relatif à

II. Ensuite, l'idée que l'interprétation du droit se construit en cercles concentriques constitue une première confirmation intuitive de la thèse que nous défendons, à savoir que la rétroactivité constitue une notion fonctionnelle dont la portée varie en fonction du contexte dans lequel elle est utilisée (205). En effet, si l'interprétation d'une règle dépend prioritairement de son contexte immédiat (par exemple, le droit des nullités), on ne s'étonnera pas que sa portée puisse être différente lorsqu'elle est interprétée dans un autre contexte (par exemple, dans le domaine de la ratification ou de la condition résolutoire). Notre recherche aura donc pour objet de vérifier si, sur la base des matériaux juridiques disponibles (législation, jurisprudence et doctrine), cette intuition se vérifie en pratique.

III. Enfin, le principe de priorité locale nous permet également de saisir les limites de la thèse complémentaire que nous proposons de défendre, à savoir que le principe constitutionnel d'égalité peut être utilisé afin d'harmoniser le régime de la rétroactivité dans les différentes institutions qui y font appel (206). En effet, si le principe d'égalité permet certes d'opérer des rapprochements et des corrections tendant à supprimer les incohérences les plus flagrantes dans l'ordre juridique, il ne parviendra sans doute pas à gommer entièrement toutes les particularités des différentes utilisations de la rétroactivité, pour le même motif que des institutions aussi variées que la nullité, la ratification ou la condition résolutoire peuvent malaisément être réduites à l'expression d'un principe commun. Nous verrons, du reste, que la Cour constitutionnelle est bien consciente de cette limite du principe d'égalité (207).

l'enrichissement sans cause ») ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 206, pp. 231 et s. (« les notions de lésion, de nécessité, de bonne foi, d'abus de droit pourraient expliquer la plupart des règles juridiques. C'est pourquoi il faut leur réserver un rôle technique sous peine de les voir se diluer ou entraîner des abus ») ; P. VAN OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau, 2000, pp. 147 et s., n° 4, pp. 149 et s. (« [o]n peut certes créer des concepts à caractère général englobant diverses situations et tenter de les synthétiser. Encore faut-il qu'il en résulte un régime unique cohérent et non point une collection de systèmes particuliers. [...] [À défaut, la théorie proposée] n'a donc aucun effet explicatif, et, partant, elle ne présente guère d'intérêt »). Comp. le refus de la Cour de cassation d'admettre que le contrat puisse être modifié au nom de l'équité (Cass., 7 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 452) ou, en dehors des cas d'abus de droit, que la bonne foi puisse être invoquée aux fins de restreindre l'exercice des droits tirés du contrat (voy. *infra*, n° 141).

(205) Voy. *supra*, n° 6.

(206) Voy. *supra*, n° 6.

(207) Voy. *infra*, n° 71.

27. Troisième apport – Place des valeurs dans le raisonnement juridique. Enfin, la conception du droit comme un processus à la fois interprétatif et argumentatif a pour conséquence de redonner une place aux appréciations d'ordre axiologique dans le raisonnement juridique (208). Ce rôle assigné aux valeurs est double (209).

D'une part, celles-ci se voient reconnaître une *fonction correctrice*. Comme on l'a vu, le juriste ne peut plus se contenter de proposer une solution conforme à la loi ; il faut encore que cette solution apparaisse raisonnable, acceptable (210). Dès lors, le caractère absurde, voire simplement déraisonnable d'une solution pourrait être l'indice qu'elle doit être reconsidérée sur le plan juridique, en faisant par exemple appel à des mécanismes correcteurs tels que l'abus de droit, les droits de l'homme ou les principes généraux du droit.

D'autre part, les valeurs peuvent également exercer une *fonction complétive*. En effet, nous avons vu que dans la recherche de la meilleure interprétation, le juriste devra se laisser guider par le souci de proposer une solution en harmonie non seulement avec le reste de l'ordre juridique, mais également avec les valeurs de justice, d'équité politique et du procès équitable (211). Ces valeurs permettront donc d'orienter l'interprétation, notamment en présence d'une règle obscure ou d'une lacune (212).

Reprenons ainsi le cas de la nullité des contrats successifs (213). Comme nous l'avons déjà indiqué, la question, dont la solution est incertaine sur le plan de la pure technique juridique, peut se ramener à un conflit de valeurs entre le respect de la légalité (qui impose d'effacer rétroactivement toutes les conséquences de l'acte illégal) et

(208) Voy. à ce propos X. DIEUX, *o.c.*, *J.T.*, 1991, pp. 205 et s.

(209) Comp. dans le même sens la double fonction, de contrôle supérieur et supplétive, assignée au droit naturel par P. FORTIERS, « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », *La pensée juridique de Paul Fortiers*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 411 et s., spéc. p. 418.

(210) Voy. *supra*, n° 21, II.

(211) Voy. *supra*, n° 18.

(212) Les rapports entre valeurs et interprétation sont d'ailleurs complexes, puisque, bien souvent, le constat de l'existence d'une lacune de l'ordre juridique procèdera du caractère déraisonnable des solutions qu'il prévoit (voy. sur ce point P. FORTIERS, « Les lacunes du droit », *La pensée juridique de Paul Fortiers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 527 et s., spéc. p. 541). La fonction correctrice des valeurs peut ainsi s'allier à leur fonction complétive.

(213) Voy. *supra*, n° 14.

celui de la sécurité juridique (qui implique plutôt de ne prononcer l'annulation que pour l'avenir). La conception interprétative nous offre cependant désormais une orientation pour résoudre ce conflit (214). En effet, celui-ci ne doit pas être tranché *in abstracto*, mais bien dans le contexte du droit des nullités. Or, nous verrons que, sauf circonstances tout à fait particulières, celui-ci tend à faire prévaloir les exigences de la légalité sur celles de la sécurité juridique. C'est ainsi qu'il ne connaît pas à notre sens de principe de compensation forfaitaire des intérêts et du prix (215) et que la règle *in pari causa*, au demeurant facultative, ne peut être appliquée que lorsque des considérations impérieuses d'intérêt général le commandent (216). Les équilibres en présence sont à cet égard tout à fait différents de ceux en cause dans le contexte de la résolution pour inexécution qui, au contraire de la nullité, ne vise pas à réparer la violation de la loi, mais seulement l'atteinte portée aux intérêts d'un créancier privé (217). En revanche, si, progressant en cercles concentriques (218), on examine les rapports entre légalité et sécurité juridique dans un contexte plus général, tel que celui de l'article 159 de la Constitution et des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle, on constate également que le principe de sécurité juridique ne peut aboutir à contrecarrer systématiquement l'application du principe de légalité (219).

En conclusion, aucune exception générale à l'effet rétroactif de la nullité ne nous paraît devoir être admise en ce qui concerne les contrats successifs, dès lors que, tant dans le contexte particulier du droit des nullités qu'à un niveau plus grand de généralité, le principe de légalité doit en principe l'emporter sur le respect de la sécurité juridique. On voit ainsi comment les valeurs peuvent être utilisées dans le raisonnement juridique, non pour imposer une solution arbitraire qui ferait fi des sources classiques du droit, mais plutôt pour guider la recherche de la meilleure interprétation possible en harmonie avec l'ordre juridique.

(214) Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 262.

(215) Voy. *infra*, n° 258.

(216) Voy. *infra*, n° 280.

(217) Sur cette différence fondamentale entre les deux institutions, voy. *infra*, n° 378.

(218) Voy. *supra*, n° 26.

(219) Voy. *infra*, n° 241, III.

III. – Objection possible : le spectre du jugement de valeur

28. Position du problème. Le moment est venu de répondre à la critique que le positivisme juridique ne manquerait pas d'adresser à la conception du droit ici défendue : en substituant à la norme fondamentale la recherche d'une cohérence en construction permanente, en abandonnant les démonstrations logiques au profit d'arguments seulement vraisemblables et jamais contraignants, et en brouillant ainsi la frontière entre le droit et la morale, ne sommes-nous pas tout simplement en train de céder à la tentation du jugement de valeur, expression de préférences personnelles, subjectives, arbitraires, irrationnelles et, en somme, non scientifiques ?

Cette objection est sérieuse et il importe dès lors d'y répondre en quatre temps. On verra, en effet, (i) que, contrairement à ce qu'affirme le positivisme juridique, les valeurs font déjà partie du droit positif ; (ii) que le positivisme, lui-même, ne parvient pas à faire l'économie des valeurs ; (iii) que le rôle joué par les valeurs en droit n'est pas illimité, quoique réel ; (iv) et, qu'enfin, ces constats incitent sans doute le juriste à faire preuve d'une certaine humilité lorsqu'il envisage sa discipline.

29. Les valeurs font déjà partie du droit positif. Tout d'abord, l'étude du droit positif – entendu comme l'ensemble des « règles de droit en vigueur dans un État donné, à une période donnée » (220) – révèle qu'un nombre très important de règles constituent la traduction directe en termes juridiques de valeurs de type moral ou politique. Si l'on ne craint pas l'oxymore (221), on peut y voir l'émergence d'un « droit naturel positif » (222), à condition

(220) P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. I, o.c., p. 425.

(221) B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Chaim Perelman (1912-2012)*, o.c., pp. 229 et s., spéc. p. 239.

(222) P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. I, o.c., p. 425 (contribution datant de 1963). On observera que, vers la même époque, R. Dworkin mettait en évidence dans le droit l'existence de principes (*principles*) qui se distinguent des règles (*rules*) par le fait que, plutôt que de proposer une solution binaire (légal/illégal), le principe (tel que celui selon lequel nul ne peut tirer profit d'un mal qu'il a commis) vise plutôt à orienter et à justifier la solution d'un litige, étant entendu qu'il peut céder face à d'autres principes concurrents (tels que le principe de légalité des peines, ou le souci de consolider avec le temps les situations acquises) auxquels on attribue dans un

de garder à l'esprit que celui-ci ne prétend nullement se fonder sur une vague conception de la « nature des choses » (223).

Dès lors, il n'est plus loisible aux positivistes de se retrancher derrière une séparation étanche, et largement fantasmée, entre droit et valeurs. Même en prétendant se limiter à l'étude du droit *tel qu'il est* (plutôt que tel qu'il devrait être), ils sont contraints de reconnaître l'existence de règles aussi variées que les droits de l'homme consacrés par la Constitution et les traités internationaux (224), les principes généraux du droit (225) ou encore des mécanismes correcteurs tels que l'abus de droit, l'ordre public international, ou l'apparence (226) – autant de règles dont la dimension axiologique est aussi indéniable que leur positivité.

« Le juge n'est donc plus l'exécutant d'un système de lois, mais l'arbitre d'un conflit de valeurs, exprimées par des principes, qui appartiennent désormais eux aussi au droit positif et ont officiellement droit de cité dans les cours et les tribunaux » (227). Si le juriste entend étudier le droit tel qu'il est, il doit donc nécessairement être prêt à affronter des jugements de valeur. Ceux-ci occupent du reste une position centrale dans les décisions des cours suprêmes, telles bien sûr la Cour européenne des droits

cas déterminé un poids plus important (R. DWORKIN, « The Model of Rules », *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, p. 14 et s., spéc. pp. 22 et s.). Des mots tels que « raisonnable », « fautivement », « légitime », « abusif » ou « proportionné » peuvent ainsi être utilisés pour rapprocher la règle rigide du principe (voy. *ibid.*, p. 28). Le bien-fondé de cette thèse sera partiellement reconnu par Hart et donnera lieu à la scission entre positivistes « exclusifs », qui maintiennent une distinction stricte entre droit et morale, et positivistes « inclusifs », qui admettent que le droit puisse inclure des règles morales par référence (voy. à ce propos A. BAILLEUX, « "Hart vs. Dworkin" and its Progeny », *R.I.E.J.*, 2007, o.c., pp. 194 et s.).

(223) Sur le rôle – limité – que celle-ci peut encore être appelée à jouer dans le raisonnement juridique, voy. *infra*, n° 328.

(224) Comp. P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. I, o.c., p. 428, pour qui « le droit naturel positif est ce qui survit à la personnalité du droit des diverses époques et affirme la permanence nécessaire de certaines valeurs humaines ».

(225) C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n° 45, p. 86.

(226) Voy. en ce sens C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n° 42, pp. 79 et s. (à qui les deux premiers exemples sont empruntés).

(227) B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Chaim Perelman (1912-2012)*, o.c., p. 240.

de l'homme, mais également la Cour de justice de l'Union européenne (228), la Cour constitutionnelle (229) et la Cour de cassation (230).

30. Le positivisme juridique ne parvient pas à faire l'économie des valeurs. Ensuite, même en faisant abstraction de ces valeurs officiellement intégrées dans l'ordre juridique, force est de constater que le positivisme juridique lui-même ne parvient pas véritablement à faire l'économie des jugements de valeur. Celles-ci sont en effet uniquement soustraites à la discussion, mais leur influence n'en devient que plus pernicieuse.

À cet égard, Kelsen reconnaît qu'une norme offre toujours plusieurs possibilités d'interprétation à l'autorité chargée de l'appliquer, que cette indétermination soit involontaire ou intentionnelle. Ainsi, « [l]a norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera

(228) Voy., de manière tout à fait emblématique, le dispositif de C.J.U.E. (gr. ch.), 4 mai 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, décidant que l'article 71 du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens que les dispositions de l'article 31 de la CMR continuent à s'appliquer dans les relations entre États membres « à condition qu'elles présentent un haut degré de prévisibilité, facilitent une bonne administration de la justice et permettent de réduire au maximum le risque de procédures concurrentes, et qu'elles assurent, dans des conditions au moins aussi favorables que celles prévues par ledit règlement, la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale et la confiance réciproque dans la justice au sein de l'Union (*favor executionis*) ». Le juge de renvoi se trouve ainsi véritablement contraint de porter sur les règles de la CMR un jugement au regard des valeurs énumérées par cet arrêt.

(229) Voy. not., sur la mise en oeuvre du principe constitutionnel d'égalité, *infra*, n^{os} 62 et s.

(230) Voy. sur ce point la recherche doctorale d'I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence*, o.c., n^{os} 404 et s., pp. 467 et s., qui conclut, sur la base d'une analyse détaillée des mercuriales des procureurs généraux et des conclusions précédant les arrêts de la Cour de cassation rendus en audience plénière depuis 1954, qu'il existe une doctrine officielle de la Cour sur le revirement de jurisprudence aux termes de laquelle l'erreur de droit ne suffit pas à justifier celui-ci, mais suppose en outre l'existence d'un fait nouveau, constitué par une absence de paix juridique ou l'évolution des faits et des valeurs, l'opportunité du revirement étant alors appréciée au regard de certains objectifs tels que le respect de l'intention du législateur, la mise en conformité avec un ordre juridique supérieur, la cohérence, la sécurité juridique, la justice et le raisonnable et la prise en compte de l'évolution des faits ou des valeurs. Comme le relève cet auteur, certains de ces critères impliquent indéniablement un jugement de valeur (*ibid.*, n^o 420, p. 481). — Plus récemment, une recherche empirique menée en France a révélé que, parmi les « travaux préparatoires » (avis de l'avocat général, rapport du conseiller rapporteur ou du rapporteur public) de 364 arrêts rendus par la Cour de cassation et par le Conseil d'État, sélectionnés en raison du caractère novateur ou important de la question de droit à trancher, pas moins de 25 % d'entre eux comportent explicitement des arguments d'opportunité (voy. à ce propos E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la direction de P. DEUMIER, Paris, Dalloz, 2013, pp. 217 et s., qui y voit, p. 218, une confirmation des thèses de C. Perelman).

sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire » (231). Dans le cadre ainsi tracé, l'autorité choisit de retenir une interprétation plutôt qu'une autre par un acte de volonté souveraine (232), étant entendu qu'« il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres » (233), elles « sont toutes d'égale valeur » (234). Mais alors, quel paramètre conduit l'autorité à « vouloir » telle interprétation plutôt que telle autre ? Il lui est permis, à cet égard, de se référer à « d'autres normes » telles que les « normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux que l'on a coutume de désigner par les slogans : biens du peuple, intérêt de l'État, progrès, etc. ». Toutefois – et c'est là l'essentiel –, « [s]ur la validité et la possibilité d'établir ces normes ou ces "valeurs", on ne peut rien dire du point de vue du droit positif » (235).

Au fond, on serait tenté de conclure que *le positivisme juridique a pour effet de soustraire le coeur même du raisonnement juridique à l'emprise des juristes*. En effet, dès qu'une question d'interprétation se pose, elle doit être tranchée par un jugement de valeur de l'autorité, qui peut sans doute faire l'objet d'une analyse sociologique, économique ou autre ; au juriste, en revanche, il n'est permis ni de le critiquer ni même d'en parler (236).

(231) H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, n° 45, p. 454.

(232) *Ibid.*, n° 46, pp. 459 et s.

(233) *Ibid.*, n° 45, p. 458.

(234) *Ibid.*, n° 45, p. 457.

(235) *Ibid.*, n° 46, p. 460.

(236) Pour une illustration très didactique de cette attitude, voy. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public, o.c.*, p. 125, qui, analysant le principe de neutralité axiologique, expose : « [...] on peut aussi choisir sciemment de privilégier telle position juridique parce que cette position correspond d'avantage à nos aspirations, pourvu que ce choix axiologique ne soit pas mobilisé ensuite dans le cadre de l'argumentation scientifique. En d'autres termes, vouloir privilégier une position juridique parce qu'on l'estime préférable en raison d'un jugement de valeurs ne constitue pas en tant que tel un argument scientifique. Ainsi, on peut parfaitement défendre la thèse de l'illicéité d'une intervention militaire parce qu'on estime cette intervention profondément choquante et injustifiée sur le plan moral, mais défendre cette thèse en n'exprimant que des arguments qui s'appuient sur le droit positif existant. La neutralité axiologique ne vise ainsi que le raisonnement exprimé, non les arrière-pensées ou plus généralement les impressions que le chercheur peut légitimement ressentir ». Comp. O. CORTEN, « Le droit international comme sport de combat », *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, pp. 169 et s., où le même auteur déclare « osciller » entre une « posture relativiste à tendance cynique [et une] vision universalisante à tendance utopiste », cette dernière présentant de nombreux points communs avec l'approche que nous défendons puisque, si elle reconnaît que les « juristes contestataires ne pourront démontrer que leur interprétation est, objectivement et scientifiquement, la seule correcte », « [i]ls pourront néanmoins tenter de convaincre leur auditoire [...] que

Nous avouons n'être nullement convaincu par cette vision des choses. En effet, elle repose entièrement sur l'idée que le jugement de valeur serait par définition irrationnel, de sorte qu'il rendrait toute discussion inutile. Or, comme on l'a vu, il existe bien une logique des jugements de valeur, qui prend la forme d'une discussion argumentée ayant pour but d'obtenir l'adhésion de son auditoire à la thèse défendue (237). Le constat d'un désaccord sur les valeurs ne constitue donc pas le terme, mais bien le point de départ de la discussion. Compte tenu du rôle fondamental que les jugements de valeur occupent dans l'interprétation de la règle de droit – ce que les positivistes reconnaissent également –, il importe dès lors que cette discussion soit menée de la manière la plus transparente et la plus approfondie possible.

De manière plus radicale, on peut même faire valoir qu'en postulant l'irrationalité des jugements de valeur, le positivisme se condamne de lui-même. En effet, exiger que l'étude du droit se fasse dans le respect du principe de neutralité axiologique constitue déjà, en soi, un jugement de valeur (238) dont le positivisme est, de son propre aveu, incapable de justifier (rationnellement) le fondement (239). De même, tout l'édifice du positivisme juridique repose sur l'hypothèse d'une norme fondamentale qui commanderait d'obéir à la Constitution et aux normes prises conformément à celle-ci, et ce, quel que soit leur contenu (240). Or, puisqu'il s'agit d'un choix (241), pourquoi retenir

leur interprétation est la "meilleure", dans le sens où elle peut s'appuyer sur une argumentation plus convaincante ».

(237) Voy. *supra*, n° 20.

(238) K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 171 ; voy. dans le même sens R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, pp. 259 et s., qui souligne qu'interdire à l'interprète de se fonder sur des valeurs est déjà, en soi, une position politique.

(239) Voy., dans le même sens, la réfutation du relativisme de Protagoras par Socrate dans PLATON, *Théétète*, 171a et s. Sur l'interprétation de ce passage, cons. not. F. BURNYEAT, « Protagoras and Self-Refutation in Plato's Theaetetus », *Phil. Rev.*, 1976, vol. 85/2, pp. 172 et s. ; L. CASTAGNOLI, « Protagoras Refuted. How Clever is Socrates' "Most Clever" Argument at Theaetetus 171a-c ? », *Topoi*, 2004, vol. 23, pp. 3 et s. ; Z. GIANNOPOULOU, « In and Out of Worlds : Socrates' Refutation of Protagorean Relativism in Theaetetus 170a-171c », *Anc. Phil.*, 2011, vol. 31, pp. 275 et s. ; pour une approche plus générale du problème, voy. C. SWOYER, « Relativism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (éd. E.N. ZALTA), Winter 2010, <http://plato.stanford.edu>, points 5.9 et s.

(240) H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, n° 34, pp. 255 et s., spéc. p. 294.

(241) Kelsen le reconnaît implicitement en faisant valoir « qu'une norme fondamentale se rapporte, de façon immédiate, à une Constitution déterminée » et que « [l]a norme fondamentale que l'on attribue à un certain ordre juridique n'est donc pas le produit d'une pure et libre invention » (*ibid.*, n° 34, p. 266). Le choix de la norme fondamentale n'est donc pas purement arbitraire, certes ; il n'en constitue pas pour autant une nécessité logique.

ce principe fondateur plutôt qu'un autre ? (242) Comme on le voit, les assises du positivisme juridique sont donc bien fragiles. À l'inverse, la conception interprétative du droit ne souffre pas de la même contradiction interne, puisqu'elle se présente comme la meilleure interprétation possible du droit tel qu'il est pratiqué (243), de même que la conception argumentative du droit, ayant réhabilité le rôle de la raison pratique, est en mesure d'établir son caractère raisonnable par le biais d'une argumentation (244).

31. Les valeurs exercent sur le droit une influence réelle mais limitée. Cela étant, après avoir insisté sur le rôle indéniable joué par les valeurs dans le raisonnement juridique, il convient à présent de montrer que la marge de manoeuvre qu'elles confèrent à l'interprète n'est pas illimitée.

En effet, parmi les valeurs prises en compte au sein de la communauté actuelle des juristes, la sécurité juridique et le refus de l'arbitraire occupent une place éminente, de sorte que, s'il entend convaincre son auditoire, l'interprète de la règle de droit ne pourra se contenter d'avancer sa conception personnelle de la morale, mais devra, au contraire, montrer qu'elle se concilie avec l'ordre juridique existant (245). Le même constat s'impose si, plutôt que sur la nature argumentative du discours juridique, on insiste sur sa dimension interprétative. En effet, nous avons vu que le choix de la meilleure interprétation possible doit tenir compte non seulement de considérations de justice, mais également d'équité politique (246). Or, précisément, celle-ci commande au juge, dans une démocratie, de ne pas chercher à imposer systématiquement sa conception personnelle de la justice au reste de la société (247), sans tenir compte des arbitrages effectués dans l'exercice du pouvoir législatif et dans la somme des précédents judiciaires (248).

(242) Comp. la manière dont Socrate raille Protagoras en lui demandant pourquoi, plutôt que l'homme, le cochon, le babouin ou la grenouille ne seraient pas la mesure de toute chose (PLATON, *Théétète*, 161c). Comp. également R. DWORKIN, *o.c.*, *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, pp. 40 et s., qui conteste jusqu'à la possibilité d'identifier une norme fondamentale de l'ordre juridique.

(243) Voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

(244) Voy. *supra*, n^{os} 20 et s.

(245) Voy. C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n^o 44, pp. 83 et s. ; dans le même sens, H. DÖLLE, *o.c.*, *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 409.

(246) Voy. *supra*, n^o 18.

(247) Voy. R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, pp. 249 et s.

(248) Voy. R. DWORKIN, *o.c.*, *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, p. 38.

Dans cette mesure, on peut considérer que l'appel aux valeurs n'occupe, dans le raisonnement juridique, qu'un *rôle marginal* (249).

Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'annulation des contrats successifs (250), l'arbitrage que nous proposons entre les exigences de la légalité et celles de la confiance légitime des parties dans la stabilité des prestations faites en exécution d'un contrat non encore déclaré nul correspond certes à la conception que nous nous faisons, pour le dire brièvement, des rapports que doivent entretenir l'intérêt général et l'intérêt privé. Mais l'important réside plutôt dans la capacité à démontrer et à convaincre que cette appréciation subjective s'insère harmonieusement dans le schéma d'ensemble constitué par les solutions admises en droit positif. Si, par exemple, nous avons défendu l'idée que l'annulation des contrats successifs valait toujours pour l'avenir afin de préserver les attentes légitimes des parties, il nous aurait été beaucoup plus difficile d'expliquer pour quels motifs, en revanche, la règle *in pari causa* est considérée par la Cour de cassation comme étant simplement facultative, de même que la loi n'exclut les restitutions qu'en faveur de l'incapable, en outre à certaines conditions (article 1312 du Code civil), et du possesseur de bonne foi, et seulement à l'égard des fruits (article 549 du Code civil) : il s'agit là d'autant de solutions particulières de portée limitée qu'il serait malaisé de justifier si l'on devait admettre l'existence d'un principe général aux termes duquel la sécurité juridique l'emporterait toujours pour le passé sur le respect de la légalité. Comme on le voit, la sélection d'une interprétation implique certes un choix de l'interprète, mais celui-ci s'effectue néanmoins dans un cadre partiellement contraignant.

Ces contraintes auxquelles tout interprète de la règle de droit est soumis ne sont certes pas absolues, mais elles montrent en tout cas que le positivisme a tort de voir dans l'interprétation la manifestation d'une volonté souveraine et arbitraire. La meilleure preuve en est que, dans leurs décisions, les juges se refusent presque toujours à reconnaître le caractère discrétionnaire du choix qu'ils font en faveur d'une interprétation plutôt qu'une autre, même dans les cas difficiles où aucune réponse ne s'impose avec la force de l'évidence, mais s'efforcent au contraire de montrer que cette décision s'inscrit dans une tradition passée, comme en témoignent notamment les conclusions du ministère public près la Cour de cassation qui veille à resituer l'affaire à trancher par rapport à la

(249) Voy. déjà *supra*, n° 27.

(250) Voy. *supra*, n° 27.

jurisprudence antérieure de la Cour. Prétendre que l'existence de cette pratique juridique antérieure n'exercerait aucune contrainte réelle – fût-elle de nature sociale ou psychique – sur les juges, c'est en réalité prêter à chacun de ceux-ci l'intention de tromper systématiquement leur auditoire sur les motifs véritables de leurs décisions, ce qui ne constitue décidément pas une interprétation convaincante de la pratique juridique (251).

32. Le droit n'est pas un discours de vérité. Dans cette section, nous nous sommes efforcé de répondre à l'accusation selon laquelle la reconnaissance du rôle joué par les valeurs dans le raisonnement juridique entraînerait inévitablement l'interprète sur le terrain de l'irrationnel. Cette présentation s'avère trompeusement simple dès lors, d'une part, qu'il existe une logique des jugements de valeur, et que, d'autre part, la liberté de l'interprète s'exerce dans le cadre d'un certain nombre de contraintes posées par l'ordre juridique existant.

Cela étant, il est indéniable qu'il demeure une part irréductible de subjectivité dans tout choix d'une interprétation. Comme on l'a dit, la logique des jugements de valeur ne permet pas de produire des vérités éternelles, mais seulement des réponses vraisemblables et provisoires (252).

Cette conclusion modeste implique sans doute de renoncer à voir dans le droit une science (253), si on entend par là une discipline construite sur le modèle des sciences de la nature. Encore cette conclusion n'apparaît-elle pas inéluctable dès lors, d'une part, que même les sciences empiriques ne parviennent pas à évacuer toute subjectivité (254) et que, d'autre part, il n'existe pas de définition obligatoire de la science (255). On ne perdra pas de vue,

(251) Comp. dans le même sens R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., pp. 159 et s.

(252) Voy. *supra*, n^{os} 20 et s.

(253) Voy. déjà *supra*, n^o 22.

(254) Voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 20, p. 171, qui soulignent que le choix d'un sujet de recherche, la définition de l'élément empirique au travers duquel la théorie se rapporte à la réalité, la décision de ne pas recourir à telle ou telle technique (comme l'expérimentation sur des êtres vivants) et l'utilisation des résultats de la recherche ne sont jamais exempts de jugements de valeur.

(255) K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 9, p. 83, qui relèvent que, parmi les définitions possibles, il en est une, à caractère formel ou institutionnel, qui considère comme scientifique les disciplines reconnues comme telles par le passé et actuellement, c'est-à-dire en pratique toutes les disciplines enseignées à l'université. Voy. également, pour un appel à la tradition, § 20, p. 176. Cet examen de l'usage du mot « science » dans la pratique

au demeurant, qu'au-delà de ses implications méthodologiques, l'étiquette de « science » présente surtout des enjeux en termes d'autorité (256) et de prestige dans les rapports avec d'autres disciplines (257).

Quoi qu'il en soit, s'il s'agit du prix à payer, il ne nous paraît pas trop élevé pour que le droit parvienne enfin à réconcilier autorité et raison (258).

33. Conclusion. Les développements que nous avons consacrés à la pensée de Ronald Dworkin et de Chaïm Perelman n'avaient pas pour objet de remettre en cause le recours dans le domaine juridique aux raisonnements techniques, mais seulement de montrer les limites de ceux-ci.

En effet, dans les chapitres qui suivent, nous nous livrerons à une analyse technique, aussi fine que possible, de la portée de la rétroactivité dans la théorie générale du contrat. Cette thèse a donc bien vocation à demeurer une étude du droit positif.

Néanmoins, nous serons fréquemment confronté au constat des limites des raisonnements techniques, en ce sens que, dans une controverse donnée, il arrive souvent qu'une solution, quoique défendable juridiquement, apparaisse absurde en pratique ou en équité, ou bien que deux solutions apparaissent également défendables sur le plan strictement juridique. Dans ces différents cas, seuls des arguments de nature métajuridique – qu'ils en appellent à une idée de cohérence globale de l'ordre juridique ou qu'ils se réfèrent à des valeurs de nature politique, philosophique, économique ou autre – permettent à notre sens de retenir une interprétation parmi d'autres.

Les lignes qui précèdent n'avaient d'autre but que de tenter d'asseoir la légitimité d'une telle démarche.

se justifie d'autant plus si l'on voit dans celle-ci, à l'instar du droit, un concept interprétatif (comp. *supra*, n° 16).

(256) K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 9, p. 79.

(257) K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 176

(258) Sur le divorce entre autorité et raison qui remonte au XVII^e siècle, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, chap. V, pp. 225 et s.

§ 2. – *Conception du droit comparé (259)*

34. Introduction. La présente étude a pour objet premier le droit belge et n'est donc pas une thèse de droit comparé, si l'on entend par là la comparaison systématique des solutions nationales avec celles retenues dans les droits étrangers. Il n'en demeure pas moins que l'examen d'autres ordres juridiques est susceptible d'apporter au juriste belge une aide précieuse dans la compréhension et l'amélioration de son propre système juridique. Ayant exposé ci-avant la conception du droit ayant guidé notre recherche, il convient maintenant de préciser la manière dont le droit comparé a pu enrichir celle-ci.

Parmi les différentes fonctions parfois assignées à la méthode comparative, nous avons choisi d'y avoir recours dans une perspective à la fois normative et pratique, afin de guider l'interprétation du droit national (I). Cette démarche suscite nécessairement des questions de légitimité et de limites qu'il nous faudra rencontrer (II). Ces obstacles franchis, nous préciserons alors plus concrètement la manière dont nous entendons faire usage du droit comparé (III). Nous concluons en abordant certaines questions de méthode (IV).

I. – *Rôle assigné au droit comparé*

35. Choix d'une approche normative et pratique. Comme toute discipline intellectuelle, le droit comparé vise, dans un premier temps, à dégager de nouvelles connaissances (260). Celles-ci sont cependant susceptibles d'être utilisées à des fins fort variées (261). Or, la méthode utilisée étant intimement liée aux

(259) Je remercie vivement le professeur Isabelle Rorive pour le temps qu'elle a bien voulu consacrer à la lecture de cette section et pour ses suggestions constructives. La responsabilité des propos tenus demeure évidemment la mienne.

(260) Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II, *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974, n° 111, pp. 286 et s. ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, n° 1, p. 5 ; voy. également R. MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 339 et s., p. 364, qui met en évidence la fonction épistémologique de la méthode fonctionnelle en droit comparé.

(261) Dans cette mesure, on considère parfois que la comparaison des droits n'est pas une discipline ou une science autonome, étant toujours mise au service du but retenu (voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 5 et s.).

buts poursuivis par la comparaison (262), il convient d'abord de préciser en quoi ceux-ci consistent avant de s'interroger sur la méthode mise en oeuvre pour les atteindre.

Parmi les objectifs multiples assignés au droit comparé, une ligne schématique peut être tracée (263). D'une part, le droit comparé peut être utilisé dans un but à la fois théorique et descriptif ou explicatif : il s'agit alors de constater les ressemblances et les différences existant entre plusieurs systèmes juridiques, pour ensuite s'interroger sur leurs causes. D'autre part, la méthode comparative peut être appréhendée dans une perspective pratique et normative : il s'agit en ce cas de rechercher comment un problème spécifique peut être résolu de la manière la plus appropriée dans un environnement social et économique donné.

Ces deux approches du droit comparé peuvent être considérées comme également légitimes, en ce sens qu'il n'existe aucun critère contraignant qui imposerait d'adopter une démarche plutôt qu'une autre : il s'agit essentiellement d'un choix du chercheur (264). Il est donc légitime de recourir au droit comparé dans un but essentiellement normatif et pratique (265), même si ce n'est évidemment pas la seule approche possible (266). Cette utilisation du droit comparé nous paraît parfaitement convenir à la conception

(262) Voy. en ce sens J. DE CONINCK, « The Functional Method of Comparative Law : *Quo Vadis?* », *RabelsZ*, 2010, pp. 318 et s., qui précise que la méthode qu'elle préconise concerne la comparaison à des fins explicatives plutôt que normatives (p. 320) et que c'est dans ce cadre que sont formulées les critiques qu'elle adresse à la méthode fonctionnelle utilisée à des fins heuristiques et argumentatives (pp. 340 et s.). Pour d'autres auteurs, cependant, la méthode du droit comparé serait indépendante de son application : voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 9.

(263) K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (trad. T. WEIR), 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1998, p. 11 ; voy. également J. DE CONINCK, o.c., *RabelsZ*, 2010, p. 342 (qui préfère le terme « explicatif » à « descriptif ») ; M.-C. PONTHEAUX, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *Rev. int. dr. comp.*, 2005, pp. 7 et s., spéc. p. 18.

(264) Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 5.

(265) Voy. sur cette approche H. DÖLLE, o.c., *RabelsZ*, 1970, vol. 34, pp. 406 et s. ; J.M. SMITS, « Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 513 et s.

(266) On remarquera que ce débat traverse actuellement toutes les sciences humaines, confrontées à « une partition polémique entre deux modèles : chaque discipline présente des courants revendiquant comme seul mode légitime de scientificité l'exercice de la raison expérimentale ou, à l'inverse, celui de la raison interprétative [...] L'opposition devient un lieu d'affrontement en légitimité entre ce qui, finalement, relève davantage d'un côté d'une sensibilité scientifique et expérimentale et, de l'autre, d'une sensibilité herméneutique et littéraire » (J.-M. BERTHELOT, « Épistémologie des sciences humaines », *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, pp. 378 et s., spéc. p. 380).

du droit qui sous-tend notre recherche (267), et c'est dès lors celle que nous adopterons.

Nous n'adhérons donc pas à la position des auteurs qui semblent considérer que le droit comparé perdrait toute légitimité dès qu'il est utilisé, non à des fins « scientifiques » (c'est-à-dire descriptives ou explicatives), mais normatives ou pratiques (268). La question se ramène en fait au point de savoir si le droit en général – et le droit comparé en particulier – peut, ou devrait, prétendre au statut de science, telle que conçue sur le modèle des sciences de la nature (269).

Du reste, on aurait tort d'opposer de manière manichéenne une comparaison théorique et objective à une comparaison instrumentalisée à finalités pratiques ; en effet, la comparaison, dès lors qu'elle requiert une compréhension du droit étranger, suppose nécessairement une interprétation préalable de celui-ci, c'est-à-dire un travail de reconstruction (270). Cette activité est donc toujours dans une certaine mesure subjective, dès lors qu'elle implique une évaluation et des choix (271).

À cet égard, on avance parfois que le comparatiste serait tenu de restituer le droit étranger dans toute la complexité de ses « formants » (parmi lesquels il faudrait distinguer la règle légale, la règle doctrinale, la règle qui peut être extraite des exemples de la doctrine, la règle que les cours énoncent dans les motifs et la règle que les cours appliquent), fussent-ils contradictoires, et ce, afin de demeurer « objectif » (272). On peut toutefois se demander si de telles précautions sont bien suffisantes pour atteindre la neutralité prônée. Pourquoi, en effet, s'en tenir à la règle que « les cours » énoncent ? Dès lors que la jurisprudence représente un ensemble de décisions souvent contradictoires, du moins pleines de nuances, pourquoi privilégier telle décision plutôt que telle autre ? À vouloir tout dire, sans omettre le moindre élément reflétant la complexité du droit étranger, le comparatiste ne se réduit-il pas dans les faits au silence ?

(267) Voy. à ce propos *supra*, n^{os} 13 et s.

(268) Voy. en ce sens O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Rev. int. dr. comp.*, 2001, pp. 275 et s., spéc. p. 287 ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, o.c., n^o 1, p. 8 ; F.R. VAN DER MENSBRUGGHE, « L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit », *Ann. dr. Louv.*, 2006, pp. 41 et s.

(269) Sur cette question, voy. *supra*, n^o 32.

(270) M.-C. PONTHEAU, o.c., *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 10.

(271) M.-C. PONTHEAU, o.c., *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 13.

(272) Voy. R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, o.c., n^{os} 14 et s., pp. 15 et s.

En outre, la comparaison comporte toujours une dimension argumentative, dans la mesure où il importe de justifier les critères de la comparaison (par exemple, la mise en évidence des différences ou, au contraire, des similitudes) (273). Comme le droit national (274), le droit comparé constitue donc une discipline présentant un caractère nettement interprétatif et argumentatif (275), ce qui n'implique pas pour autant qu'elle procède de choix arbitraires (276).

II. – Légitimité et limites du recours au droit comparé

36. Objections à l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation du droit national. L'approche du droit comparé que nous avons retenue est à la fois normative et pratique, puisqu'il s'agit de tirer des enseignements de l'étude des droits étrangers afin d'orienter l'interprétation du droit national *de lege lata*. Cette démarche est cependant de nature à soulever un certain nombre d'objections. Nous en retiendrons les deux qui nous paraissent les plus intéressantes.

I. La première objection tient aux limites des enseignements qui peuvent être retirés de la méthode comparative. Celle-ci permet certes de prendre conscience des différentes manières dont un problème peut être juridiquement résolu ; en revanche, elle peine à fournir des critères permettant de *décider si l'une des solutions envisagées est meilleure que les autres* (277). Un tel choix ne peut donc être effectué que sur la base d'autres critères que ceux offerts par la seule comparaison (278).

Pour prendre un exemple, nous verrons que les ordres juridiques belge, allemand, français et néerlandais partagent le souci de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition que le débiteur pourrait accomplir tant que la condition suspensive demeure pendante. Diverses solutions techniques peuvent être apportées à ce problème. Ainsi, en droits belge et français, cette protection est

(273) M.-C. PONTHEUREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 19.

(274) Voy. à ce propos *supra*, n^{os} 16 et s.

(275) Voy. R. MICHAELS, « Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – a Response to Julie de Coninck », *RebelsZ*, 2010, pp. 351 et s., spéc. pp. 356 et s. ; R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 366.

(276) *Comp. supra*, n^{os} 28 et s.

(277) Voy. R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 374 et s.

(278) R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 379 et s.

atteinte en conférant à la réalisation de la condition un effet rétroactif (article 1179 du Code civil), de sorte que la chose, censée avoir quitté dès l'origine le patrimoine du débiteur, ne pouvait plus être aliénée par celui-ci au préjudice des droits du créancier (279). Les droits allemand et néerlandais aboutissent cependant à un résultat identique sans recours à la technique de la rétroactivité par le biais d'une disposition légale expresse frappant directement d'inefficacité l'acte de disposition litigieux (280). Comme on le voit, le droit comparé permet donc de relativiser la solution retenue en droit belge, non seulement en montrant que la rétroactivité n'est pas le seul mécanisme possible pour atteindre le but visé, mais surtout en faisant prendre conscience que cette rétroactivité possède une justification en réalité assez limitée, ce qui pourrait conduire à en donner une interprétation mesurée (281). En revanche, la méthode comparée ne suffit pas, en soi, à choisir entre la formule de la rétroactivité et celle de la disposition légale expresse. Pour effectuer ce choix, d'autres paramètres doivent donc entrer en considération, tels que la cohérence globale de l'ordre juridique, le principe de sécurité juridique (en ce compris le respect de la législation et de la jurisprudence existantes), le caractère plus ou moins souhaitable des effets collatéraux de la solution retenue, l'élégance technique de celle-ci, etc. (282)

Comme on le voit, cette objection n'en est pas véritablement une. Elle ne remet en effet pas en cause la possibilité de recourir au droit comparé pour guider l'interprétation du droit national, mais souligne simplement que la méthode comparée est incapable d'offrir des solutions toutes faites et « objectivement » ou « scientifiquement » meilleures. Le comparatiste se trouve en fin de compte confronté à la même difficulté que le juriste de droit interne appelé à choisir entre plusieurs interprétations possibles d'une norme, et devra dès lors se fonder sur les mêmes critères de décision que celui-ci (283). Par conséquent, dès qu'un choix existe entre plusieurs interprétations possibles, un jugement de valeur posé au terme d'une discussion argumentée sera nécessaire pour les départager (284). Le mérite du droit comparé est cependant d'élargir le champ de la réflexion en étendant aussi bien la

(279) Voy. *infra*, n° 174.

(280) Voy. *infra*, n°s 175 et s.

(281) Voy. en ce sens *infra*, n° 181.

(282) Voy. *infra*, n° 180.

(283) K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 47.

(284) Voy. *supra*, n°s 28 et s.

gamme des interprétations possibles que celle des arguments pris en considération.

II. La seconde objection est plus radicale et se ramène, pour faire bref, à l'idée de *souveraineté nationale*. L'argument a surtout été avancé dans le contexte du contentieux constitutionnel aux États-Unis (285). Ainsi, alors que la Cour suprême se réfère parfois au droit étranger pour conforter une interprétation de la Constitution américaine (286), d'autres sont au contraire d'avis qu'un tel recours au droit comparé serait illégitime, le juge américain se devant d'appliquer le droit voté par le peuple américain et lui seul (287).

Même si le contexte européen n'est pas exactement le même, compte tenu notamment de l'existence d'un projet politique commun et de la mise en place de juridictions supranationales, telles que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, capables de rapprocher les différents systèmes juridiques nationaux en se servant parfois elles-mêmes du droit comparé comme instrument d'harmonisation (288), et même

(285) Sur cette question, voy. not. T. ANNUS, « Comparative Constitutional Reasoning : The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments », *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, pp. 300 et s. ; J.C. DAMMANN, « The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation », *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, pp. 513 et s. ; T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 47 et s. ; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 529.

(286) Voy. en particulier US Supreme Court, 1^{er} mars 2005, *Roper C. Simmons*, 543 US 551 (2005), spéc. p. 578 (« The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. [...] It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom »).

(287) Voy. en particulier la prise de position du juge à la Cour suprême A. SCALIA, « Commentary », *St Louis Univ. L.J.*, 1995-1996, vol. 40, pp. 1119 et s., spéc. p. 1122 (« in the last analysis, we judges of the American democracies are servants of our peoples, sworn to apply, without fear or favor, the laws that those people deem appropriate. We are not some international priesthood empowered to impose upon our free and independent citizens supra-national values that contradict their own. If "international norms" had controlled our forefathers, democracy would never have been born here in America. ») ainsi que son opinion dissidente dans l'affaire *Roper C. Simmons* citée à la note précédente, spéc. pp. 607 et s., spéc. pp. 622 et s. Pour une reformulation plus nuancée et plus précise de cet argument, voy. J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, pp. 531 et s.

(288) Voy. par exemple, sur la portée de la notion de « matière contractuelle » dans la Convention de Bruxelles, les conclusions de M. l'avocat général F.G. JACOBS avant C.J.C.E., 17 juin 1992, C-26/91, points 17 et s. Sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. not. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour

si le domaine du droit privé apparaît moins sensible que celui du droit public, on ne peut nier, cependant, que les règles du Code civil comportent également une dimension politique certaine. Si l'on admet que le juge, le cas échéant conseillé par les parties et la doctrine, interprète les dispositions nationales à la lumière du droit étranger, ne risque-t-on pas alors de permettre que la volonté du législateur – à supposer que celle-ci constitue véritablement le critère décisif de l'interprétation (289) – soit insidieusement subvertie ? L'objection apparaît suffisamment sérieuse pour être examinée attentivement (290).

37. Suite – Réfutation. Différents arguments, de nature et de qualité variables, ont été avancés pour tenter de repousser l'obstacle que la souveraineté nationale pourrait représenter sur la voie de l'utilisation du droit comparé aux fins d'interpréter le droit national.

I. Le premier argument vise à rencontrer l'objection selon laquelle le juge national usurperait, ce faisant, le *rôle du législateur*. On fait valoir à cet égard que le juge national, confronté à une obscurité ou à une lacune de la loi, est tenu de la dissiper en raisonnant comme si le législateur avait été amené à trancher lui-même la question (291). Or, souligne-t-on, le législateur se livre de plus en plus fréquemment à une analyse de droit comparé avant d'adopter une nouvelle législation (292). Le juge national confronté à un problème d'interprétation de son droit devrait donc en faire

européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505 et s.

(289) Ce dont il est du reste permis de douter : voy. *supra*, n° 25.

(290) Il ne nous paraît pas possible d'y échapper, comme le proposent certains auteurs, en faisant valoir qu'elle ne concernerait que le cas où le droit comparé est utilisé à des fins normatives (J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 527 ; voy. dans le même sens T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 318), puisqu'il s'agit précisément de la démarche que nous proposons d'adopter.

(291) On se réfère fréquemment, à cet égard, à l'article 1^{er}, alinéa 2, du Code civil suisse : « À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». On notera que l'article 5 du Code judiciaire belge est moins spécifique, puisqu'il n'indique pas comment le juge est censé dépasser l'obscurité ou la lacune à laquelle il est confronté.

(292) Pour un exemple récent, voy., à propos de la réforme du droit des sûretés mobilières, l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 10 (qui prend comme point de départ le souci de « contribuer à l'harmonisation du droit en Europe en essayant d'adhérer le plus possible aux évolutions qui s'y produisent. Le droit comparé a donc joué un rôle important dans la réalisation du projet »).

de même (293). L'argument est inventif, mais il nous paraît dans l'ensemble assez faible, les deux prémisses sur lesquelles il repose pouvant en effet être aisément discutées (294).

II. Le deuxième argument est de nature politique et présente le droit comparé comme un instrument utile dans la perspective d'une *harmonisation européenne progressive* du droit privé (295). L'idée est en effet qu'entre plusieurs interprétations possibles du droit national, le juge devrait retenir celle qui permet d'assurer son rapprochement avec les autres droits européens, et ce, dans une perspective d'harmonisation future. À nouveau, la force de cet argument apparaît faible, dès lors que le caractère désirable de ce processus d'harmonisation est loin de faire l'unanimité (296).

III. Un troisième argument est d'ordre économique : confronté à une question juridique nouvelle, il serait *plus efficace* pour le juge national, et donc moins coûteux (en termes d'efforts, de temps, etc.), d'examiner et, le cas échéant, de s'inspirer des solutions déjà développées à l'étranger, lorsque le même problème y a déjà donné lieu à des réflexions approfondies et y a été résolu de manière satisfaisante (297).

IV. Une autre réfutation consiste à faire valoir que l'argument tiré du droit étranger a une simple *valeur doctrinale*, comparable à celle de l'opinion avancée par un auteur national (298). Or, le rôle de la doctrine comme source (certes auxiliaire) du droit est

(293) K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 18 ; K. ZWEIGERT, « Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode », *RabelsZ*, 1949-1950, pp. 5 et s., spéc. p. 9.

(294) S'agissant de la majeure, il est piquant en effet que le rôle du juge soit défini par référence au droit suisse, donc en ayant recours au droit comparé, alors que, précisément, la légitimité de ce recours forme l'enjeu de la question. Par ailleurs, s'agissant de la mineure, il serait aisé de démontrer l'écart entre la pratique et l'attitude du législateur idéal qui se livrerait à un examen systématique du droit étranger avant d'adopter une loi. Le législateur comparatiste apparaît ainsi comme une présomption encore plus improbable que celle du législateur rationnel.

(295) J.M. SMITS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 528 ; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 20.

(296) Voy. J.C. DAMMANN, o.c., *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 525, qui oppose le modèle de la concurrence entre les ordres juridiques (*regulatory competition*) ; comp. également les nombreuses discussions entourant la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (voy. à ce propos et comp. les 106 contributions publiées dans le cadre de l'étude de faisabilité effectuée par la Commission européenne, accessibles sur http://ec.europa.eu/justice/contract/files/publication_2011_en.zip).

(297) Voy. J.M. SMITS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 527.

(298) Voy. T. ANNUS, o.c., *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 318 ; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 86.

aujourd'hui bien acquis (299). En effet, « [L]e théoricien ne dispose d'aucun pouvoir, en dehors de celui que lui assure sa capacité de persuader » (300). C'est précisément le même rôle qui peut être reconnu au droit comparé : la solution développée en droit étranger pourra être retenue par le juge national, non parce qu'elle s'imposerait à lui pour des motifs institutionnels, mais seulement dans la mesure où le juge se sera – ou aura été – persuadé qu'elle est digne d'être consacrée. Le droit comparé est ainsi doté d'une valeur persuasive et non obligatoire (301).

V. Cet argument peut être doublé d'un autre de nature *pragmatique* : même si le succès du recours au droit comparé varie d'un cas à l'autre, on constate néanmoins qu'il intervient fréquemment dans la pratique judiciaire belge et étrangère, spécialement dans les conclusions des avocats généraux (302). Cette donnée empirique confirme qu'il est légitime pour le chercheur de faire usage du droit comparé lorsqu'il tente d'interpréter le droit national.

Ainsi, on sait que le ministère public près la Cour de cassation de Belgique se réfère fréquemment à la jurisprudence de la Cour de cassation de France. Fait sans doute plus méconnu, nous avons recensé au cours de la période 2000-2012 pas moins de 29 affaires sur les questions les plus variées, mais souvent complexes ou novatrices, où les conclusions du ministère public se référaient à une décision du Hoge Raad, du Bundesgerichtshof ou du Bundesverfassungsgericht (303),

(299) Voy. not. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, o.c.*, pp. 5 et s.

(300) R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, o.c.*, n° 26, p. 58.

(301) J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520 ; comp. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 319, qui précise que c'est l'argument emprunté au droit comparé, et non le droit comparé lui-même, qui a une valeur persuasive. Cette dernière vision nous paraît cependant négliger que le fait qu'une solution soit retenue en droit comparé est parfois invoqué en tant que tel, comme argument d'autorité, sans référence aux arguments justifiant cette solution étrangère (voy. *infra*, n° 41, III).

(302) Voy. à ce propos J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 522.

(303) Voy. Cass., 22 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 630, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ (renonciation par un État à son immunité d'exécution sur des biens diplomatiques) ; Cass., 13 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 610, A.C., 2012, n° 610, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER (preuve illicite) ; Cass., 21 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 478, A.C., 2012, n° 478, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJLS (eurovignette) ; Cass., 14 juin 2012, *Pas.*, 2012, n° 384, A.C., 2012, n° 384, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (interprétation des traités) ; Cass., 8 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 158, A.C., 2012, n° 158, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (autorité de la chose décidée en référé) ; Cass., 16 décembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 693, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES (monopole de représentation des avocats à la Cour de cassation en matière disciplinaire) ; Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 650,

sans compter les affaires où les conclusions comportaient des développements de droit comparé sans néanmoins de référence directe à la jurisprudence étrangère (304).

VI. Le sixième et dernier argument que l'on peut avancer en faveur d'une utilisation du droit comparé dans le processus d'interprétation du droit national est de nature philosophique et tient à la conception que l'on se fait du *raisonnement juridique*.

A.C., 2011, n° 651, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER (preuve illicite) ; Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 650, A.C., 2011, n° 650, avec les conclusions de M. l'avocat général M. TIMPERMAN (délai raisonnable) ; Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 615, A.C., 2011, n° 615, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (enlèvement international d'enfant) ; Cass., 27 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 355, A.C., 2011, n° 355, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (responsabilité du transporteur de marchandises par route) ; Cass., 11 mars 2011, *Pas.*, 2011, n° 192, A.C., 2011, n° 192, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJIS (eurovignette) ; Cass., 24 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 453, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL (principe d'égalité devant les charges publiques) ; Cass., 30 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 231, A.C., 2010, n° 231, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER (preuve illicite) ; Cass., 13 janvier 2010, *Pas.*, 2010, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH (jurisprudence *Salduz*) ; Cass., 9 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n° 19, A.C., 2009, n° 19, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJIS (douanes et accises) ; Cass., 9 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 458, avec les conclusions de M. l'avocat général M. TIMPERMAN (enregistrement d'une conversation téléphonique) ; Cass., 5 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 452, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (renvoi après cassation) ; Cass., 22 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 575, A.C., 2007, n° 575, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJIS (fraude à la loi fiscale) ; Cass., 18 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 415, A.C., 2007, n° 415, avec les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF, alors premier avocat général (extradition) ; Cass., 22 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 346, A.C., 2007, n° 346, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJIS (acquiescement tacite) ; Cass., 30 mars 2007, *Pas.*, 2007, n° 160, A.C., 2007, n° 160, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJIS (responsabilité en cas d'exécution d'une décision accordant une pension provisionnelle après divorce) ; Cass., 7 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 466, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES (cause illicite unilatérale) ; Cass., 5 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 452, avec les conclusions de M. l'avocat général M. TIMPERMAN (article 54 de l'accord de Schengen) ; Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 499, avec les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF, alors avocat général (preuve illicite) ; Cass., 25 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 454, A.C., 2003, n° 454, avec les conclusions de M. l'avocat général G. BRESSELEERS (protection des résumés par le droit d'auteur) ; Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 294, avec les conclusions de M. le juge J. SPREUTELS, alors avocat général (dommage consistant en la perte de rémunérations provenant d'un travail au noir) ; Cass., 30 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 328, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (responsabilité du transporteur de marchandises par route) ; Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 275, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN (amendes administratives) ; Cass., 6 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 600, avec les conclusions de M. le procureur général J. DU JARDIN (dommage consistant en une prestation volontaire).

(304) Voy. par exemple Cass., 1^{er} juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 306, avec les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF (responsabilité du pouvoir législatif) ; Cass., 2 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 375, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES (répétibilité). La liste des arrêts concernés n'est donc nullement exhaustive. À titre purement indicatif, on relèvera que la Cour rend en moyenne environ 3.000 arrêts par an, dont seule une fraction est publiée (voy. à cet égard le *Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation de Belgique*, p. 97).

De manière générale, des éléments de droit comparé pourront plus facilement être intégrés dans la signification d'un texte juridique si l'on a de celle-ci une conception ouverte et dynamique, qui ne se limite pas au sens que son auteur a entendu initialement lui attribuer (305).

Certains auteurs proposent ainsi de justifier le recours au droit comparé par un appel explicite au droit naturel : il serait du devoir de l'interprète de préconiser une lecture du texte inspirée du droit comparé lorsque cette lecture permet de consacrer une solution plus juste que celle qui aurait pu être atteinte sur la seule base de considérations empruntées à l'ordre juridique interne (306). Comme tout appel à un droit naturel désincarné, cette approche apparaît cependant peu convaincante en pratique (307).

Comme nous l'avons déjà indiqué, il nous paraît préférable d'intégrer les aspirations à plus de justice dans le raisonnement juridique en concevant celui-ci comme un processus à la fois interprétatif et argumentatif, conformément aux idées de Dworkin et de Perelman (308). Dans cette optique, la référence au droit comparé doit se comprendre comme un argument utilisé pour renforcer l'adhésion de l'auditoire – à savoir la communauté juridique nationale – à la solution proposée (309). L'argument de droit comparé ne sera donc reçu que s'il s'intègre harmonieusement dans le système national (310). En outre, le recours au droit comparé sera

(305) Voy. en ce sens M.-C. PONTTHOREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 21 ; adde T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 348.

(306) Voy. J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 528.

(307) Voy. J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, pp. 526 et s., qui relève que toutes les questions ne reçoivent pas nécessairement une réponse en droit naturel (à supposer qu'il existe) et que l'histoire démontre que la convergence entre les systèmes juridiques ne se fait pas nécessairement dans la direction de la solution la plus juste.

(308) Voy. *supra*, n^{os} 13 et s. Dans un ordre d'idées différent, J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, pp. 551 et s., a tenté de justifier l'utilisation du droit comparé comme argument d'autorité dans l'interprétation du droit national par le recours à la théorie de l'éthique de la discussion développée par J. Habermas. Il fait valoir à cet égard, de manière un peu théorique, d'une part, que la décision rendue par un tribunal étranger peut présenter une valeur particulière si elle a été rendue à la suite d'une procédure respectant les règles de l'éthique de la discussion et que, d'autre part, la décision d'un tribunal national acquiert une valeur supérieure si elle compense les contraintes imposées à la discussion, notamment en termes de nombres de participants, par la prise en considération des décisions étrangères.

(309) Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, pp. 343 et s. ; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 532.

(310) J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520 ; voy. également J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 554 (pour qui l'argument tiré

d'autant plus justifié lorsque certaines questions ont donné lieu à des réflexions plus abondantes ou plus approfondies dans d'autres ordres juridiques, déjà confrontés aux mêmes problèmes (311). Ainsi, « le recours à "l'argument de droit comparé" permet au juge d'offrir une vision plus complète des réponses possibles à un problème juridique donné et donc de nourrir l'idée que la recherche de la vérité en matière de justice n'existe pas ; que seule compte l'adhésion » (312).

38. Conditions et limites du recours au droit comparé.

Les raisons que nous avons avancées en faveur de l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation du droit national vont maintenant nous permettre de préciser dans quels cas cette utilisation apparaîtra justifiée.

I. Le cas le plus simple est évidemment celui où une règle étrangère a été directement *importée* dans l'ordre juridique national (*legal transplant*). Dans un tel cas de figure, le recours au droit comparé apparaît évident, dans la mesure où il permet de mieux comprendre le but et la portée de la norme reçue (313). Il ne s'agit de rien d'autre, au fond, que de rechercher la volonté du législateur national en examinant la manière dont est interprétée à l'étranger la règle dont il a voulu s'inspirer.

Encore faut-il faire preuve de prudence en la matière. On a vu, en effet, que l'intention historique du législateur ne saurait lier à perpétuité les interprètes du texte (314). Plus le temps passe,

du droit étranger ne sera reçu que si celui qui s'en prévaut parvient à démontrer que le droit étranger concerne la même question et se base sur des considérations également applicables en droit national) ainsi que K. SCHADBACH, « The Benefits of Comparative Law : A Continental European View », *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, pp. 331 et s., p. 422 ; comp. également *supra*, n° 31. On ne se laissera donc pas abuser par l'argument *ad absurdum* avancé par le juge Scalia (US Supreme Court, 1^{er} mars 2005, *Roper C. Simmons*, 543 US 551 (2005), spéc. p. 627 *in fine*), selon lequel le recours au droit comparé dans une affaire obligerait automatiquement le juge à accepter en bloc toutes les solutions étrangères dans d'autres affaires.

(311) Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 87 ; B. MARKESINIS, « Foreign Law Inspiring National Law. Lessons from *Greatorex C. Greatorex* », *Camb. L.J.*, 2002, vol. 61, pp. 386 et s., spéc. p. 403 ; J.M. SMITS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520 ; K. SCHADBACH, o.c., *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, pp. 353 et s.

(312) M.-C. PONTHEUREAU, o.c., *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 22.

(313) Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II, o.c., n° 122, b), p. 334 ; J.C. DAMMANN, o.c., *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, pp. 520 et s. ; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 80 ; J.M. SMITS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 519 ; pour une illustration, voy. Cass., 6 juillet 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 285.

(314) Voy. *supra*, n° 25.

et plus la norme importée est dès lors susceptible d'acquérir une portée propre, autonome de celle dont elle est inspirée. C'est ainsi, par exemple, que l'interprétation de certains articles du Code civil belge a pu s'éloigner au fil du temps de celle des dispositions équivalentes, demeurées pourtant identiques, du Code civil français (315).

II. Hors cette hypothèse, on considère généralement que le droit comparé ne peut être utilisé dans le processus d'interprétation du droit national que pour autant que ce dernier s'avère *obscur ou lacunaire* (316).

Cette opinion apparaît cependant réductrice. Nous avons vu, en effet, que la reconnaissance d'une lacune dans l'ordre juridique découle souvent d'un sentiment d'insatisfaction éprouvé à l'égard des solutions prévues par les textes en vigueur (317). Dès lors, il faut admettre le recours au droit comparé, même en présence d'un « texte clair » (318), lorsque celui-ci contredit de manière insupportable les règles fondamentales de la justice (319). De manière plus générale, le droit comparé permet donc d'exercer une fonction de contrôle par rapport aux solutions découlant des méthodes d'interprétation ordinaires du droit national (320). En revanche, il ne suffirait pas que la solution étrangère apparaisse simplement meilleure pour que les règles du droit national puissent être écartées à son profit (321).

En définitive, le recours au droit comparé se voit ainsi enserré dans les mêmes limites que celles que nous avons assignées aux

(315) Voy. not. à ce propos E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

(316) Voy. en ce sens L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II, o.c., n° 122, b), pp. 332 et s. ; H. DÖLLE, o.c., *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 406 ; J.M. SMITS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 518 ; K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 18 ; dans un sens similaire, J.C. DAMMANN, o.c., *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 555, pour qui l'argument d'autorité tiré du droit étranger ne devrait se voir reconnaître qu'un rôle auxiliaire, lorsqu'aucune des thèses en présence ne peut être justifiée par un argument plus fort, donc principalement dans les *hard cases*.

(317) Voy. *supra*, n° 27. De manière plus générale, on relève que l'analyse de droit comparé a souvent pour origine un sentiment d'insatisfaction éprouvé à l'égard de la manière dont un problème est résolu dans le système juridique national du chercheur (K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 34).

(318) Sur les limites de cette expression, voy. not. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n° 186, pp. 387 et s.

(319) K. ZWIEGERT, o.c., *RabelsZ*, 1949-1950, p. 10.

(320) K. ZWIEGERT, o.c., *RabelsZ*, 1949-1950, p. 17.

(321) K. ZWIEGERT, o.c., *RabelsZ*, 1949-1950, p. 10.

valeurs dans le raisonnement juridique (322) : il pourra exercer à la fois une *fonction complétive* en cas d'obscurité du droit national et une *fonction correctrice* lorsque les solutions prévues par celui-ci apparaissent injustes, étant entendu que son rôle ne pourra néanmoins s'exercer que de manière marginale. En effet, l'exigence de cohérence de l'ordre juridique national fera obstacle à ce que l'utilisation du droit comparé aboutisse à remettre en cause les principes fondamentaux de cet ordre juridique (323).

III. – Utilisations possibles du droit comparé

39. Fil conducteur. De manière générale, les comparatistes insistent sur le fait que la méthode du droit comparé permet d'obtenir une meilleure connaissance du droit national (324). Encore les différentes manières dont cette connaissance peut se décliner sont-elles fort variées, même si l'on se limite – comme nous avons décidé de le faire – à une approche normative et pratique, visant à interpréter le droit national *de lege lata* (c'est-à-dire sans le préalable d'une réforme législative). Afin d'en donner la présentation la plus systématique possible, nous proposons de prendre pour fil conducteur les propos par lesquels le professeur Zimmerman synthétisait l'intérêt que l'étude du droit romain peut présenter pour le juriste contemporain :

« [Roman law] constitutes, in its ensemble, such a high level of cultural achievement that it will always retain its character as model for the rational solution of legal conflicts. The problems raised, the arguments advanced and the solutions founds by the Roman lawyers have in many instances, over the centuries, maintained both their topicality and their educational value » (325).

(322) Voy. *supra*, n^{os} 27 et 31.

(323) K. ZWIGERT, *o.c.*, *RebelsZ*, 1949-1950, pp. 16 et s.

(324) Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II, *o.c.*, n^o 113, pp. 290 et s. ; M.-C. PONTHOREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 13 ; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 335.

(325) R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, O.U.P., 1996, p. viii. Le rapprochement ici effectué entre étude du droit romain (et de l'histoire du droit en général) et droit comparé se justifie par les liens étroits entre ces disciplines (voy. sur ce point K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 367 ; K. ZWIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *o.c.*, p. 8). On observera cependant une différence importante entre ces disciplines dans la mesure où le droit romain est sans doute plus facilement présenté comme modèle, là où le droit étranger est parfois utilisé comme repoussoir (voy. par exemple *infra*, n^o 41, II).

De la même manière, nous entendons montrer que l'étude du droit comparé présente une utilité pour le juriste national en raison des *questions* qu'elle suscite, des *arguments* qu'elle suggère et même, parfois, des *solutions* qu'elle fournit (326).

40. Questions suscitées par le droit comparé. Le premier intérêt du droit comparé est qu'il permet au juriste de se poser un certain nombre de questions sur son système juridique (327).

I. Ainsi, le droit comparé permet tout d'abord au juriste de mettre en perspective et de *relativiser* les solutions consacrées par son ordre juridique, en lui donnant à voir qu'elles ne constituent pas la seule manière possible de résoudre un problème donné (328).

Comme illustration, nous avons déjà indiqué comment le souci d'assurer la protection du créancier *pendente condicione* contre les actes de disposition du débiteur pouvait être atteint sans recours à la technique de la rétroactivité (329).

II. La comparaison du droit national avec des droits étrangers permet également au juriste d'identifier et d'isoler les *traits distinctifs de son système national*, dont il n'aurait peut-être pas pris conscience autrement (330). À l'inverse, l'examen minutieux des systèmes juridiques étrangers permet parfois de se rendre compte que les différences que l'on pensait irréductibles s'avèrent en pratique fort ténues (331).

C'est ainsi, par exemple, que la confrontation du droit belge aux droits allemand et néerlandais permet de caractériser le système belge de transfert de la propriété comme un système à la fois moniste et causal, par opposition à un système dualiste et abstrait (332). Toutefois, les nombreuses entorses admises en droit belge à l'effet de la nullité

(326) Pour d'autres typologies, voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, pp. 311 et s. ; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 525.

(327) K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 346.

(328) Voy. sur ce point les explications détaillées de H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *Rev. dr. int. comp.*, 2000, pp. 503 et s. ; dans le même sens, T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 314 ; L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II, *o.c.*, n° 113, pp. 290 et s. ; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 93 ; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 344.

(329) Voy. *supra*, n° 36, I.

(330) R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 92.

(331) H. MUIR WATT, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.*, 2000, n°s 29 et s., pp. 524 et s.

(332) Voy. *infra*, n° 176, II.

envers les tiers (333), d'une part, et les exceptions réservées en droit allemand au principe d'abstraction (334), d'autre part, aboutissent à rapprocher fortement en pratique les deux régimes.

III. Le droit comparé peut également susciter dans l'esprit du juriste des *questions nouvelles* d'interprétation de son droit auxquelles il n'aurait peut-être pas pensé sur la base des seules sources nationales (335).

Ainsi, par exemple, si la doctrine belge a souvent examiné l'incidence de la perte fortuite de la chose sur les rapports de restitution consécutifs à l'annulation d'un contrat, elle est toujours partie du pré-supposé que le contrat avait été exécuté de part et d'autre avant le prononcé de l'annulation. Or, la consultation de la doctrine allemande permet de prendre conscience qu'il n'en est pas toujours ainsi en pratique et que les hypothèses où une seule des parties a exécuté ses obligations au moment où l'annulation est prononcée (*Vorleistung*) suscitent des difficultés particulières d'application de la théorie des risques (336).

IV. Enfin, le droit comparé permet parfois d'élaborer une *présentation systématique* novatrice du droit national (337).

Ainsi, la consultation des sources allemandes nous suggérera une présentation nouvelle de la théorie des risques en distinguant plus nettement risque de la chose, risque de la prestation et risque de la contre-prestation (338).

(333) Voy. *infra*, n^{os} 296 et s.

(334) Voy. *infra*, n^o 237, III.

(335) Voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 91 ; H. MUIR WATT, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.*, 2000, n^o 29, p. 524 ; X. THUNIS, « Comparer : de la réaction spontanée à l'outil méthodique », *Ann. dr. Louv.*, 2006, pp. 25 et s., spéc. p. 38, qui relève que la comparaison avec le droit étranger peut être utilisée comme « Stimulant de l'imagination du chercheur ».

(336) Voy. *infra*, n^o 269.

(337) Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 88 ; H. DÖLLE, *o.c.*, *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 406 ; H. MUIR WATT, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.*, 2000, n^o 29, p. 524 ; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 358. On rappellera ainsi que c'est la traduction du traité de Zachariae par Aubry et Rau qui a constitué l'événement déclencheur permettant à la doctrine française d'exposer les règles du droit civil en se détachant pour la première fois de l'ordre des articles du Code civil (voy. à ce propos C. BOCQUET, « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariae, Aubry et Rau », *La traduction juridique : Histoire, théorie(s) et pratique*, actes du colloque international organisé par l'École de traduction et interprétation de l'Université de Genève et l'Association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes à l'Université de Genève, les 17, 18 et 19 février 2000, accessible sur <http://bit.ly/17EiQmC>).

(338) Voy. *infra*, n^o 264, I.

41. Arguments puisés dans le droit comparé. Au-delà des questions qu'il peut susciter, le droit comparé peut également être la source d'arguments avancés en vue de privilégier une interprétation du droit national par rapport à une autre (339). Il est possible à cet égard de distinguer trois grandes hypothèses.

I. Tout d'abord, un argument peut être *emprunté tel quel* à un droit étranger, utilisé alors comme source d'inspiration (340).

Ainsi, par exemple, la question se pose de savoir si, en droit belge, il faut reconnaître au juge le pouvoir de réduire une obligation contractuelle illicite dans les limites légales (par exemple, une durée maximale fixée par la loi), ou s'il n'a d'autre choix que d'annuler purement et simplement la clause litigieuse. En faveur de la première branche de cette alternative, on peut faire valoir que la réduction n'est, au fond, qu'une forme particulière de nullité partielle, de sorte que, si cette dernière est admise en droit positif, il doit en aller de même de la réduction. Or, un tel argument est directement emprunté au droit allemand où la question s'est posée en des termes identiques (341).

II. Ensuite, à défaut de pouvoir véritablement revêtir la blouse blanche de l'expérimentateur, le chercheur en droit peut utiliser les systèmes juridiques étrangers comme *laboratoire social*, afin de tenter d'anticiper les conséquences – positives ou négatives – de l'adoption de telle ou telle interprétation du droit national (342).

Ainsi, par exemple, se pose la question de savoir si les dommages-intérêts alloués en droit belge en cas de résolution du contrat pour inexécution visent à replacer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté (réparation de l'intérêt positif) ou si, au contraire, ils visent seulement à le mettre dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu du tout (réparation de l'intérêt négatif). Or, l'étude du droit comparé montre que les rares ordres juridiques ayant opté en ce cas pour la réparation de l'intérêt négatif, soit ont fini par abandonner ce système (droit allemand), soit ne l'appliquent plus guère en pratique,

(339) J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520.

(340) Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 315 ; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 353 ; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 525, 527 et 536.

(341) Voy. *infra*, n° 315.

(342) Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, pp. 336 et s. ; J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 520 ; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 135 ; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 526.

les parties préférant en règle solliciter l'exécution forcée du contrat (droit suisse) (343). Ce constat empirique dissuade évidemment l'interprète du droit belge de consacrer une solution dont il peut d'emblée craindre qu'elle finisse par être rejetée par la pratique.

III. Enfin, il arrive que le droit étranger soit invoqué, non en raison du caractère convaincant des raisonnements qu'il a élaborés ou des résultats pratiques qu'il a permis d'atteindre, mais en tant qu'*argument d'autorité* (344). En ce cas, la valeur de l'argument est assurément plus faible, d'autant que la majorité des États n'adoptent pas toujours la solution la plus juste (345). Il n'en demeure pas moins que cet argument a également sa place dans le débat d'idées, spécialement lorsqu'il permet d'assurer une plus grande harmonie des solutions sur le plan international (346).

Ainsi, un autre argument en faveur de la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution pour inexécution du contrat est le fait que ce système a été adopté dans la plupart des ordres juridiques, y compris par la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises (347).

42. Solutions offertes par le droit comparé. Dernier apport à l'interprétation du droit national, le droit comparé peut également fournir au chercheur un certain nombre de solutions toutes faites (348). Celles-ci sont de deux ordres.

I. D'une part, le droit comparé peut suggérer un certain nombre de *solutions substantielles*, qu'il est parfois souhaitable d'importer telles quelles dans le droit national. Si la démarche se rencontre souvent dans le cadre d'une réforme législative, elle est également envisageable sous la forme d'une interprétation jurisprudentielle du droit positif, pour autant, comme on l'a dit, que cette relecture du droit national soit en harmonie avec l'ordre juridique existant et permette ainsi de le présenter sous un jour meilleur (349).

(343) Voy. *infra*, n° 394.

(344) Voy. à ce propos J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 521 ; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 526.

(345) K. ZWIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 14.

(346) *Comp. supra*, n° 37, II.

(347) Voy. *infra*, n° 394.

(348) Voy. K. ZWIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law, o.c.*, p. 15 ; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 350.

(349) Voy. *supra*, n° 38.

Ainsi, par exemple, nous suggérerons de transposer en droit belge la solution prévue par l'article 6:211 du NBW, en vertu duquel la restitution par équivalent ne peut être admise lorsque la prestation à restituer ne peut légalement être évaluée en argent (par exemple, l'accomplissement d'un meurtre), en fondant néanmoins cette solution sur les règles belges relatives aux conditions de recevabilité de l'action en justice (350).

II. D'autre part, l'étude du droit comparé est également intéressante en raison des *solutions méthodologiques* qu'elle peut fournir (351). Nous entendons par là non pas une solution à un problème juridique concret, mais plutôt les formes que le raisonnement juridique peut emprunter pour résoudre ce problème. À cet égard, la conception du droit que nous avons adoptée doit beaucoup aux réflexions de Dworkin, qui ont été formulées dans un contexte de *common law* (352). La distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle, sur laquelle repose notre recherche, a elle-même été suggérée par l'étude du droit étranger (353). L'apport du droit comparé ne s'arrête cependant pas là.

A. Ainsi, par exemple, il apparaît souhaitable de s'inspirer de l'usage que la doctrine et la jurisprudence allemandes font du raisonnement par *analogie* (354). Certes, cette figure n'est pas inconnue du juriste belge (355), mais elle ne semble cependant guère répandue dans la pratique. Or, il nous semble que l'analogie pourrait s'avérer utile en permettant de dépasser une logique souvent binaire : elle permet en effet, tout en constatant qu'une situation sort du champ d'application formel d'une règle, d'en étendre l'application à des situations similaires au regard des objectifs poursuivis par cette règle, plutôt que d'aboutir au même résultat au prix d'une interprétation souvent artificielle des termes de la règle.

Ainsi, par exemple, il ne fait pas de doute que l'article 549 du Code civil, inséré au titre relatif au droit de propriété, ne vise à prémunir le possesseur de bonne foi que contre les actions réelles en revendication des fruits introduites par le véritable propriétaire. Néanmoins,

(350) Voy. *infra*, n° 286.

(351) Voy. K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, pp. 370 et s.

(352) Voy. *supra*, n°s 16 et s.

(353) Voy. *supra*, n° 5.

(354) Voy. en ce sens K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, pp. 372 et s.

(355) Voy. not. P. FORIERS, « L'interprétation par analogie en droit belge », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 813 et s.

parce que cette disposition est, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, fondée sur l'idée que le possesseur de bonne foi de la chose a pu légitimement consommer les fruits au jour le jour et qu'il serait dès lors injuste de lui imposer de les rendre ultérieurement, il nous paraît légitime d'étendre, par analogie, l'application de cette disposition aux actions personnelles en restitution des fruits formées contre ce même possesseur (356).

Réciproquement, la règle *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, conçue à l'origine comme s'appliquant exclusivement à l'action personnelle en restitution (« *repetitio* »), nous paraît devoir être étendue à l'action réelle en revendication si on veut lui garantir un effet utile, dès lors que le créancier de la chose dispose en principe de ces deux types d'actions pour en obtenir la restitution (357).

B. À l'inverse de l'analogie qui a pour but d'étendre le champ d'application de la règle, le droit allemand utilise également couramment la figure de la « réduction téléologique » (*teleogische Reduktion*), méthode d'interprétation qui consiste à restreindre la portée d'une disposition légale dont la lettre va au-delà de l'objectif poursuivi par l'auteur de la norme (358). Si ce type de raisonnement n'est pas totalement inconnu du juriste belge, il ne reçoit cependant pas en Belgique d'appellation spécifique, ce qui empêche sans doute d'en reconnaître toute l'utilité.

Ainsi, comme nous l'avons déjà indiqué, la doctrine belge s'accorde aujourd'hui généralement à reconnaître que le but de l'effet rétroactif de la condition prévu à l'article 1179 du Code civil est assez limité, puisqu'il vise essentiellement à protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition accomplis à son préjudice par le débiteur *pendente condicione* (359). Pourtant, de nombreux auteurs répugnent à tirer toutes les conséquences de ce constat, et se sentent ainsi contraints de tenir la condition pour rétroactivement réalisée au jour de la conclusion du contrat en toutes circonstances, même si cela doit entraîner des conséquences jugées indésirables sans aucun lien avec le souci de protection du créancier conditionnel (360). La figure de la réduction téléologique nous paraît ici être de nature à jouer un rôle émancipateur salutaire par rapport à la lettre du texte. Elle permet en effet de reconnaître que, si l'effet rétroactif de la condition va

(356) Voy. *infra*, n° 257.

(357) Voy. *infra*, n° 281.

(358) Voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 78, p. 621.

(359) Voy. *supra*, n° 36, I.

(360) Voy. à ce propos *infra*, n° 181.

au-delà de l'objectif que lui assignait le législateur, il n'y a aucun motif rationnel de le prendre au pied de la lettre.

IV. – Considérations méthodologiques

43. Approche fonctionnelle. Comme on l'a dit, le choix d'une méthode est intimement lié aux buts poursuivis par la comparaison (361). Dès lors que nous ne prétendons pas rechercher les causes des différences entre les systèmes juridiques (362), mais que nous entendons surtout nous y référer dans la perspective pratique et normative de parfaire notre interprétation du droit national, il paraît possible de s'en tenir à une approche fonctionnelle classique (363). L'idée de base est que, pour être féconde, la méthode comparative se doit de comparer des choses comparables, à savoir celles qui, au sein des différents systèmes juridiques, remplissent la même fonction (364). Une telle démarche implique nécessairement de dépasser une approche nominaliste (365). Au demeurant, il faut être conscient qu'en se concentrant sur la fonction commune de plusieurs règles ou institutions, le comparatiste laisse nécessairement de côté d'autres fonctions de celles-ci (366).

C'est ainsi, par exemple, que la ratification du droit belge n'est pas exactement la *Genehmigung* du droit allemand, laquelle concerne également des hypothèses qui, en droit belge, seraient abordées sous l'angle de la confirmation, de la régularisation ou de la condition (367). Les deux institutions ne peuvent donc être utilement comparées qu'en laissant ces autres fonctions de côté et en se concentrant sur la problématique commune à ces deux institutions, à savoir l'approbation donnée par le représenté à un acte accompli par un représentant ayant agi sans pouvoir.

(361) Voy. *supra*, n° 35.

(362) Voy. not. à ce propos R. COTTERRELL, « Comparative Law and Legal Culture », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 709 et s.

(363) Sur les différentes significations de la fonction, voy. l'analyse détaillée de R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 339 et s.

(364) K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law, o.c.*, p. 34.

(365) F.R. VAN DER MENSBRUGGHE, *o.c.*, *Ann. dr. Louv.*, 2006, p. 49. Comp. dans le même sens, à propos de la qualification en droit international privé, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 191, p. 240.

(366) Voy. R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 371. Ainsi, si le droit des assurances et le droit de la responsabilité remplissent une fonction équivalente de réparation du dommage, il n'en est pas de même si l'on envisage la fonction de dissuasion des comportements illicites, celle de règlement des litiges, etc.

(367) Voy. *infra*, n° 116.

44. Choix des points de comparaison. I. Le choix des systèmes juridiques avec lesquels le droit national sera comparé dépend à nouveau directement des objectifs poursuivis par la comparaison (368). En effet, dès lors que celle-ci s'inscrit dans la perspective pratique d'une meilleure interprétation du droit national, la comparaison pourra se limiter aux États dont le système juridique présente une proximité suffisante avec le droit national sur le plan des principes consacrés et des techniques mises en oeuvre (369). Dès lors, même si l'étude de la *common law* est assurément riche en enseignements, elle présente cependant des différences techniques telles qu'il est plus naturel pour le juriste belge qui entend faire porter sa recherche sur des questions de droit des contrats de se tourner prioritairement vers d'autres systèmes juridiques (370), en particulier de la même famille romano-germanique (371), dont les apports pourront être plus facilement intégrés dans l'ordre juridique national. En outre, lorsqu'une règle ou un ensemble de règles – tel que le Code civil – est directement emprunté à un autre ordre juridique, il est logique de s'y rapporter pour tenter d'en mieux cerner la portée (372). Enfin, de manière générale, la tendance actuelle est de limiter le nombre de systèmes juridiques pris en considération afin de permettre d'effectuer une comparaison plus approfondie (373).

II. Compte tenu de ces paramètres, notre recherche puisera principalement son inspiration aux sources du droit français, du droit allemand et, dans une moindre mesure, du droit néerlandais.

L'étude du *droit français* se comprend aisément eu égard à sa parenté avec le système juridique belge et à la force d'attraction qu'il exerce encore aujourd'hui sur la doctrine et la jurisprudence belges. Dès lors, sauf lorsque les deux ordres juridiques consacrent des solutions différentes, les références belges et

(368) R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 7.

(369) Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 7 ; voy. également K. SCHADBACH, o.c., *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 362 ; plus nuancé, K. ZWEIGERT, o.c., *RabelsZ*, 1949-1950, p. 13, pour qui seule compterait la proximité culturelle, à l'exclusion de la proximité technique.

(370) R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 131 ; comp. cependant K. ZWEIGERT, o.c., *RabelsZ*, 1949-1950, p. 13.

(371) Voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 84 ; comp. la position plus nuancée de K. SCHADBACH, o.c., *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 364.

(372) Voy. *supra*, n° 38, I.

(373) M.-C. PONTTHOREAU, o.c., *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 13 ; voy. déjà R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., p. 129.

françaises pourront être citées ensemble sans préciser systématiquement leur origine.

À cet égard, on sait que plusieurs projets de réforme du droit français des contrats sont actuellement en cours. Ainsi, entre 2005 et 2009, plusieurs textes à la fois complémentaires et concurrents se sont succédé, à savoir un avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription parrainé par l'Association Henri Capitant (ci-après le « **Projet Catala** ») (374) et deux projets de réforme du droit des contrats, l'un élaboré sous l'égide de l'Académie des Sciences morales et politiques (ci-après le « **Projet Terré** ») (375), l'autre par la Chancellerie (ci-après le « **Projet de la Chancellerie** ») (376). Aucun de ces projets n'ayant à ce jour abouti, nous ne nous y sommes donc référé qu'avec parcimonie (377).

Le choix de l'étude des *droits allemand et néerlandais* se justifie quant à lui par la proximité relative que ces systèmes – de par leurs origines romaines communes – entretiennent avec le droit belge, par l'influence qu'ils exercent sur celui-ci (378) et, enfin, par la richesse des solutions qui y sont développées et qui peuvent dès

(374) Le texte en fut remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 et a été édité par la Documentation française (<http://bit.ly/15GdNeq>).

(375) F. TERRÉ (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009. Voy. à ce propos D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats », *Rev. contrats*, 2009, pp. 471 et s.

(376) La dernière version, qui date de mai 2009, est accessible sur <http://bit.ly/19ICTTR>.

(377) À l'heure de clôturer ce manuscrit, un nouveau texte de la Chancellerie daté du 23 octobre 2013 et intitulé « Avant-projet de réforme du droit des obligations » a été rendu public (<http://bit.ly/1hdtUbd>) ; cons. à ce propos D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, pp. 291 et s. S'agissant d'un document de travail au devenir encore incertain, nous avons préféré ne pas y faire référence dans la suite de cette étude.

(378) Voy. not. les arrêts de la Cour de cassation cités *supra*, n° 37, V. Les références au NBW se rencontrent du reste fréquemment dans la doctrine belge, il est vrai principalement du Nord du pays. Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que des concepts qui, même s'ils n'ont pas toujours été consacrés en tant que tels, exercent néanmoins une influence fondamentale sur la pensée juridique belge contemporaine – tels que les notions d'acte juridique, d'imprévision ou de *rechtsverwerking*, toutes absentes du Code civil – trouvent leur source première dans le droit allemand, bien qu'ils aient parfois pénétré dans l'ordre juridique belge par le détour du droit français (voy. à ce propos R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, o.c., pp. 132 et s.) ou du droit néerlandais (voy. en ce sens l'élégante formule de N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009, n° 26, p. 11 : « Voor België vormt Nederland een toegangspoort voor Duitse invloeden »). Dans un domaine plus proche de notre sujet d'étude, on relèvera ainsi que tant la nullité partielle que la conversion des actes nuls font l'objet de dispositions expresses dans le BGB et dans le NBW, dont l'étude permettra donc de mieux cerner ces concepts « importés » en droit belge (voy. *infra*, n°s 306 et s.). Fait peu connu, on signalera également que la conception de la nullité comme « droit de critique » a été empruntée par JAPIOT au droit allemand et fut ainsi introduite en droit français avant d'être accueillie en droit belge (voy. *infra*, n° 88).

lors servir de sources d'inspiration au juriste belge. À cet égard, point n'est besoin d'insister sur la richesse des analyses développées en droit allemand (379). Quant au droit civil néerlandais, il offre l'image d'un système à la fois jeune – le *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) n'étant entré en vigueur qu'en 1992 – et flexible, empreint de considération d'équité qui ne vont pas sans rappeler le succès croissant du principe de bonne foi dans notre droit. Sa souplesse le rend cependant à nos yeux plus difficile à exploiter par un juriste étranger. On sait, en effet, que de nombreuses dispositions du NBW comportent des clauses d'exception, qui permettent d'en écarter l'application lorsque les circonstances ou l'équité le commandent (380). Si de telles clauses permettent peut-être d'atteindre une plus grande justice dans la solution des cas individuels, elles présentent toutefois à nos yeux l'inconvénient de compliquer la formulation de règles à valeur générale susceptibles d'inspirer l'interprétation du droit belge (381).

Afin de faciliter la compréhension des résultats de notre recherche, chaque subdivision consacrée à l'examen de l'effet rétroactif d'une institution sera précédée d'un bref aperçu général des solutions existant en droits belge, français, allemand et néerlandais. Le reste de l'exposé se concentrera ensuite sur l'étude du droit belge, l'analyse comparée étant alors invoquée en fonction des nécessités pour éclairer ou approfondir le raisonnement.

III. Au-delà de ces influences principales, il nous arrivera également de faire des incursions ponctuelles dans d'autres systèmes juridiques, tels que le droit suisse. Nous nous référerons enfin à certains *instruments de droit uniforme*, tels que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après la « **CVIM** ») (382), le projet de cadre

(379) Sur ce que l'importance des enseignements qui peuvent être retirés de l'étude d'un système juridique est fonction du degré de sophistication de ce système, voy. K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, pp. 364 et s., spéc. pp. 365 et s. où le droit allemand est donné en exemple, y compris par des auteurs d'autres nationalités.

(380) Voy. par exemple les articles 3:42, 3:53, 6:207, 6:210 et 6:211 du NBW.

(381) Comp. la tentation casuistique évoquée *supra*, n° 5, III.

(382) Sur cet instrument, cons. not. M. FALLON et D. PHILIPPE, « La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998, pp. 17 et s. ; V. HEUZÉ, *Traité des contrats*, sous la direction de J. Ghestin, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, L.G.D.J., 2000 ; J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3^e éd., The Hague, Kluwer, 1999, www.cisg.law.pace.edu ; H. HONSELL (éd.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer-Verlag, 2010 ; S. KRÖLL, L. MISTELIS et P. PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on*

commun de référence (ci-après le « **DCFR** ») (383), la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (ci-après la « **proposition de DCEV** ») (384), les principes d'Unidroit

Contracts for the International Sale of Goods (CISG), München, Beck, 2011 ; K.H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausanne, CEDIDAC, 1993 ; R. PEETERS, « Overzicht van rechtspraak van het Weens Koopverdrag in België », *R.D.C.*, 2003, pp. 111 et s. ; P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER (éd.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4^e éd., München, Beck, 2004 ; UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, United Nations, 2012, www.uncitral.org ; H. VAN HOUTTE, J. ERAUW et P. WAUTELET (éd.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 1997 ; H. VAN HOUTTE, « Het Weens Koopverdrag in het Belgisch recht », *R.D.C.*, 1998, pp. 344 et s. ; N. WATTÉ, « La vente internationale de marchandises : bilan et perspectives », *R.D.C.*, 1991, pp. 366 et s. ; P. WAUTELET, « Une nouvelle convention pour la vente internationale de marchandises », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 389 et s. Voy. également les informations disponibles sur <http://www.cisg.law.pace.edu/>.

(383) STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier, 2009. L'édition abrégée (*Outline Edition*) est accessible sur le site de la Commission européenne (<http://bit.ly/dUca4w>). Une édition complète (*Full Edition*) en six volumes est également disponible et sera celle citée dans la suite de cette étude. Les auteurs du DCFR l'ont spécialement conçu comme une source possible d'inspiration dans l'élaboration du droit national des contrats pouvant contribuer à une harmonisation européenne informelle du droit privé (Introduction, n° 8). Sur le DCFR, cons. not. F. EMMERT, « The Draft Common Frame of Reference (DCFR). The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code civil and the BGB », Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper No. 2012-08, <http://ssrn.com> ; F. MÖSLEIN, « Legal Innovation in European Contract Law : Within and Beyond the (Draft) Common Frame of Reference », EUI Working Paper RSCAS 2009/07, <http://ssrn.com> ; R. SCHULZE, « Le nouveau cadre commun de référence et l'acquis communautaire », *Rev. contrats*, 2008, pp. 922 et s. ; J. SMITS, « The Draft-Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward », *E.R.C.L.*, 2008, pp. 271 et s. ; C. VON BAR, « Das Europäische Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens. Ein "Werkzeugkasten" für das Europäische Privatrecht – oder doch mehr? », *T.P.R.*, 2009, pp. 1850 et s.

(384) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final. La littérature relative à ce projet d'instrument est déjà abondante et parfois fort critique : voy. not. C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *JCP G*, 2011, pp. 2456 et s. ; J.-S. BERGÉ, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *Rev. contrats*, 2012, pp. 569 et s. ; C. DELFORGE, « Les ventes transfrontières aux consommateurs et aux P.M.E. belges bientôt régies par un "Code" européen de la vente en lieu et place du Code civil ? Quelques réflexions critiques à propos de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 », *J.T.*, 2012, pp. 753 et s. ; H. EINDENMÜLLER, N. JANSEN, E.-M. KIENINGER, G. WAGNER et B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.*, 2012, pp. 34 et s. ; V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G*, 2012, pp. 1225 et s. ; C. JELOSCHKE, « (Uit)eindelijk een optioneel instrument voor Europees contractenrecht », *N.T.E.R.*, 2012, pp. 186 et s. ; G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G*, 2012, pp. 912 et s. ; M. PIERS et C. VANLEENHOVE, « Gemeenschappelijk Europees kooprecht », *N.J.W.*, 2012, pp. 2 et s. ; R. ZIMMERMAN, « Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrecht », *JZ*, 2012, pp. 269 et s. Pour un commentaire détaillé de la proposition de

relatifs aux contrats du commerce international 2010 (ci-après les « **principes d'Unidroit 2010** »)(385) et, enfin, dès lors qu'il a largement inspiré la réforme du droit des sûretés réelles mobilières effectuée par la loi du 11 juillet 2013, le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (ci-après le « **Guide CNUDCI** »)(386).

Fort de ces points de repères, nous pouvons maintenant tenter une première approche de la notion de rétroactivité.

DCEV, cons. R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck, Hart et Nomos, 2012.

(385) Le texte complet des Principes avec commentaires et illustrations est disponible sur www.unidroit.org. Voy. également les informations disponibles sur www.unilex.info ainsi que le numéro spécial de la *Revue de droit uniforme*, 2011, pp. 517 et s. On notera que le préambule des Principes prévoit expressément qu'« [I]ls peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national » (voy. également le commentaire, p. 6).

(386) Ce Guide, édité en 2011, est disponible sur www.cnucci.org. Sur son influence sur la loi du 11 juillet 2013, voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 11.

CHAPITRE III

**PREMIÈRE APPROCHE DE LA NOTION DE
RÉTROACTIVITÉ**

45. Introduction. Même les notions fonctionnelles les plus flexibles, telles que l'ordre public ou l'abus de droit, possèdent néanmoins un noyau conceptuel, une unité de sens donnée *a priori*, à défaut de quoi elles perdraient toute consistance et, dès lors, tout caractère opératoire (387).

Le présent chapitre aura dès lors pour objet de mettre en évidence le noyau conceptuel de la notion de rétroactivité, telle qu'elle existe dans la théorie générale du contrat. À cette fin, nous commencerons pas nous interroger sur sa nature (§ 1) avant d'en suggérer une définition (§ 2), étant entendu que celle-ci n'entend pas épuiser ni même dicter toutes les conséquences possibles de la rétroactivité en droit positif : il s'agit seulement de proposer un point de départ, un fil conducteur qui permettra de guider nos réflexions lorsque nous examinerons ensuite les différentes institutions de la théorie générale du contrat dotées d'un effet rétroactif (388).

§ 1. – *Nature de la rétroactivité*

46. Objectif. Dans cette partie liminaire, on s'efforcera de synthétiser les différentes conceptions de la rétroactivité qui ont été défendues par la doctrine sans nous attacher à une institution en particulier. En effet, la plupart des auteurs n'adoptent pas une

(387) Sur l'opposition entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles, voy. *supra*, n° 5.

(388) Comp. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 206, p. 232 (« Si la notion de rétroactivité est unique dans son mécanisme, elle est multiple dans ses modalités d'application »). Sur l'utilité, limitée, mais certaine, de l'approche conceptuelle, voy. également les conclusions générales, *infra*, n° 599.

vision unitaire de la rétroactivité, mais estiment que la nature de celle-ci varie en fonction de l'institution étudiée (389).

L'intérêt de ces analyses n'est pas purement académique. En effet, la doctrine invoque fréquemment celles-ci à titre d'argument, prétendant en déduire une interprétation tantôt restrictive, tantôt extensive des conséquences de la rétroactivité. La portée de cet argument devra toutefois être appréciée à sa juste valeur (390).

Bien que la rétroactivité n'ait pas nourri des discussions doctrinales aussi vives, ces analyses rappellent irrésistiblement les différentes théories élaborées sur la nature de la personnalité morale (391). Ce rapprochement entre deux domaines *a priori* si éloignés n'est à la réflexion guère surprenant. Il s'explique en effet par le caractère fuyant de concepts aussi abstraits et vastes. Pour cerner au mieux ceux-ci, la réflexion doctrinale s'est alors efforcée d'y voir soit une simple image masquant le jeu de règles sous-jacentes (n° 47), soit une fiction répondant à une époque déterminée à un but précis (n° 48), soit encore l'apparition de règles nouvelles en droit positif (n° 51). Les mêmes types de raisonnement pourraient sans doute être développés à propos de la plupart des notions analysées par certains comme des fictions juridiques.

47. Image didactique. Un premier courant, hostile à l'idée de rétroactivité, ne voit en celle-ci qu'une image dépourvue d'effets juridiques propres. Les conséquences généralement attribuées à la rétroactivité sont alors rattachées à une règle préexistante qui rend tout recours à la rétroactivité superflu.

Ainsi, par exemple, l'anéantissement des actes de disposition accomplis par l'acquéreur sous condition résolutoire en cas de réalisation de la condition s'explique généralement par la rétroactivité de la résolution au jour de la conclusion du contrat. « Mais pour atteindre un tel résultat, la rétroactivité est complètement inutile. Sans elle, on dira que l'acquéreur sous condition résolutoire [...] n'a pu constituer

(389) Pour une illustration de cette attitude, voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 122, p. 75 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », *Arch. phil. dr.*, tome 20, 1975, pp. 273 et s., n°s 14 et s., pp. 282 et s.

(390) Voy. *infra*, n° 53.

(391) Pour un exposé d'ensemble de celles-ci, cons. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques, o.c.*, pp. 15-63 et 163-167.

des droits plus étendus que le sien propre » (392). La rétroactivité est donc remplacée ici par le recours à la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

De manière plus générale, R. Dekkers écrit, à propos de la rétroactivité de la condition, qu'elle « n'est qu'une explication, une illustration, [une] répétition sous une forme imagée d'une idée déjà autrement expliquée. Ces mots n'ont à nos yeux qu'une valeur didactique », ils ne sont « pas juridiquement nécessaires », parce que « [t]outes les conséquences [...] qu'on attache à l'effet rétroactif peuvent être justifiées par l'idée que l'obligation a déjà une certaine existence avant l'événement de la condition » (393). Ces propos évoquent directement ceux des partisans des théories négatrices de la personnalité morale (394).

La conséquence pratique de cette analyse est évidente. Si la rétroactivité n'est qu'une commodité de langage, une image forgée à des fins didactiques pour résumer l'effet d'une ou de plusieurs autres règles, ce sont ces dernières qui fixeront la mesure des droits en cause (395). On ne pourrait dès lors, dans ce cas, trouver dans l'étude de la rétroactivité la solution des difficultés d'interprétation de ces règles.

48. Fiction – Notion. Si l'on fait un pas dans la direction de la reconnaissance de la rétroactivité en droit positif, on constate que la majorité des auteurs n'admettent alors celle-ci que sous la qualification de fiction (396).

(392) A. CHAUSSE, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 543. Voy. de même, à propos de l'effet de la nullité sur les actes de disposition, B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, n° 277, p. 147 : « Recourir à la fiction de la rétroactivité pour expliquer l'anéantissement des maillons de la chaîne situés en aval du contrat annulé n'est même pas nécessaire. Les sous-acquéreurs n'ont pas acquérir plus de droits que leur auteur, lequel, tenant son titre d'un contrat nul, n'était titulaire d'aucun droit légitime ».

(393) R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 90, p. 56 (le dernier passage est une citation extraite par cet auteur du *Manuel élémentaire de droit romain* de GIRARD).

(394) Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé, o.c.*, n°s 27 et s., pp. 29 et s. Ainsi, la personne morale serait « une personne fictive, d'origine purement doctrinale, et qui, pour les seuls besoins de la pensée et du langage, est censée titulaire de droits et d'obligations qui appartiennent en réalité à des personnes véritables » (G. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1919, n° 319, p. 147).

(395) Comp. P.A. FORIERS, « La représentation en droit privé. Force et faiblesse des formules. Un point de vue belge », *Droit des contrats. France, Suisse, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 133 et s., n° 1, p. 133.

(396) Voy. par exemple A.S. HARTKAMP, *o.c.*, *W.P.N.R.*, 1991, n° 2, p. 868 ; R. HOUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, pp. 248 et s. ; B. JACOBI, *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, o.c.*, pp. 27 et s.

I. Il convient à cet égard de bien préciser cette notion. Le terme « fiction » évoque en effet quelque chose d'imaginaire, qui n'a pas sa place dans la réalité quotidienne ; un mensonge, en quelque sorte. Entendue dans un sens juridique, la fiction n'est toutefois pas un mensonge ordinaire. En effet, toutes les constructions juridiques vont, en raison de leur abstraction, à l'encontre des réalités physiques et perceptibles (397). Il ne s'agit en définitive que de conventions sociales, au sens le plus large du terme (398). Ainsi, par exemple, un droit subjectif, un droit de créance ne correspondent-ils à aucune réalité tangible. Ils n'en sont pas pour autant des fictions (399).

Aussi proposons-nous de donner à la fiction la définition bien connue de R. Dekkers, à savoir « un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie » (400). La fiction n'est donc pas un simple « mensonge », soit une affirmation contraire à la réalité matérielle ; c'est un mensonge *juridique*, à savoir une affirmation contraire aux règles du droit, indépendamment d'une éventuelle contrariété avec la réalité.

Ainsi, par exemple, affirmer qu'une personne de 17 ans est incapable de prendre un engagement peut constituer – en fonction de son degré de maturité – une affirmation contraire à la réalité ; il ne s'agit toutefois nullement d'une fiction juridique, mais au contraire de l'application de la règle abstraite selon laquelle les personnes de moins de 18 ans accomplis se trouvent dans un régime d'incapacité (article 388 du Code civil). En revanche, les immeubles par destination (articles 524 et 525) relèvent bien du mécanisme de la fiction, parce

(397) R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 28, p. 23.

(398) Voy. dans le même sens T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 703, p. 504.

(399) Comp. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 386, p. 410.

(400) R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 137, p. 86 ; pour la même approche, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, n°s 213 et s., pp. 264 et s. ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n° 18, pp. 24 et s. Cette définition s'écarte donc du courant qui consiste à identifier la fiction par un examen de la réalité matérielle (voy. en ce sens F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, Paris, Sirey, 1921, n° 241, pp. 367 et s. ; comp. la position intermédiaire de J.-F. ROMAIN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 63 et s., n° 25, p. 89). Pour un exposé des deux théories, sans prendre parti, voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n°s 51 et s., pp. 54 et s.

que, après avoir divisé tous les biens entre meubles et immeubles (article 516), le législateur a assimilé certains accessoires du fonds, meubles par nature, au fonds lui-même afin de leur conférer la qualité d'immeuble (401). La fiction découle de cette assimilation, inexacte au regard des catégories précédemment établies, d'un meuble à un immeuble, et ce, en vue de parvenir à un résultat pratique considéré comme nécessaire (402).

II. Dès lors, peut-on qualifier la rétroactivité de fiction ?

Il est sans doute une évidence du sens commun (403) que le temps s'écoule dans une direction unique et que le passé échappe donc par essence à toute emprise humaine. « Réécrire l'histoire », comme la rétroactivité tente de le faire, semble donc, de prime abord, relever du domaine de la fiction (404).

Toutefois, de la fiction ordinaire à la fiction juridique, il y a un pas qui ne pourrait être franchi que s'il était établi que le passé était *juridiquement* immuable. Or, tel ne nous paraît pas être toujours le cas.

Certes, on peut sans doute admettre l'existence, en droit positif, d'un principe non écrit de l'effet immédiat des actes juridiques en vertu duquel « [l]es phénomènes juridiques ne doivent, en principe, avoir d'effet qu'à partir du jour où ils sont réalisés » (405). Ce principe comporte cependant de très nombreuses entorses, comme nous allons le voir tout au long de cette étude.

Ainsi, par exemple, en décidant que tel événement antérieur à sa saisine s'est ou non produit, le juge prend une décision qui *pro veritate habetur*. L'autorité de la chose jugée attachée à celle-ci permet ainsi de redéfinir le cours des événements passés sans qu'on y voie une fiction, mais une simple présomption irréfragable. Or celle-ci, à la différence de la fiction, n'est pas nécessairement un mensonge, mais procède plutôt de la généralisation, justifiée par certaines valeurs (telles qu'en l'espèce la paix sociale), de ce qu'on considère être

(401) Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n^{os} 346 et s., pp. 202 et s. ; P. FORIERS, « Présomptions et fictions », *La pensée juridique de Paul Forières*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 773 et s., spéc. pp. 784 et s.

(402) Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n^{os} 58 et et s., pp. 38 et s.

(403) On s'abstiendra d'entrer ici dans les discussions du domaine de la physique qui pourraient nuancer, voir remettre en cause cette évidence. Voy. not. à ce propos P. NAHIN, *Time Travel in Physics, Metaphysics and Science Fiction*, New York, American Institute of Physics, 1993.

(404) Voy. not. en ce sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^o 3, p. 4.

(405) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^o 4, p. 4.

l'ordre normal des choses (en l'occurrence, la conformité de la vérité judiciaire à la vérité tout court) (406).

Si, donc, la rétroactivité peut être envisagée comme une fiction, c'est uniquement dans les cas où le droit positif considère qu'un événement s'est produit d'une certaine manière, mais décide néanmoins de méconnaître cette vérité juridique en traitant un événement ultérieur comme s'il s'était produit à la date du premier événement, en lieu et place de celui-ci. Si, en revanche, la rétroactivité respecte la logique du système juridique, alors il ne pourrait être question de fiction (407).

Ainsi, si le Code civil envisage l'effet déclaratif du partage comme une fiction ayant pour effet de rendre les héritiers propriétaires dès le décès de leur auteur (408), c'est parce qu'il prévoit par ailleurs qu'à l'ouverture de la succession, les héritiers acquièrent indivisément la propriété des biens du défunt. L'idée de fiction procède donc de la méconnaissance par l'effet déclaratif du partage des effets juridiques ordinaires de l'ouverture de la succession. On a soutenu, de la même manière, que l'effet rétroactif de la nullité serait une fiction, puisqu'il méconnaîtrait la réalité juridique consistant dans le fait que l'acte, quoique non valable, n'en a pas moins produit des effets que la nullité vient ensuite réputer non venus (409).

On rapprochera naturellement cette conception de la rétroactivité des théories de la personnalité morale analysée comme une fiction (410).

49. Fiction – Régime. Quelles sont les conséquences de la qualification de fiction ?

(406) Voy. P. FORIERS, *o.c.*, *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, pp. 777-778, 782-783 et 794 ; A.S. HARTKAMP, *o.c.*, *W.P.N.R.*, 1991, n° 3, p. 868 ; adde J.-F. ROMAIN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2010, n° 26, pp. 89 et s.

(407) Voy. dans un sens similaire J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 216, p. 267 : « de retroactiviteit mag dan wel een feitelijke fictie zijn, dit belet nog niet daar zij aan een eigen logica kan beantwoorden », auquel cas il ne s'agit pas d'une fiction juridique ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 4, p. 20.

(408) Voy. l'article 883 : « Chaque cohéritier *est censé* avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ».

(409) Voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 58, pp. 60 et s.

(410) Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, *o.c.*, nos 21 et s., pp. 23 et s.

Celle-ci présente souvent une coloration nettement péjorative. Anormale, mensongère, la fiction ne pourrait être qu'un procédé exceptionnel et, par conséquent, de stricte interprétation (411).

Cette approche de la fiction mérite toutefois d'être nuancée.

Tout d'abord, loin de présenter une importance marginale, la fiction est présente dans de nombreuses institutions (412), et son utilité historique a été démontrée lorsque le système juridique n'est pas mûr pour accueillir une règle entièrement nouvelle (413).

Plus fondamentalement, la thèse de l'interprétation stricte des fictions est étroitement liée à une certaine conception, aujourd'hui largement dépassée, selon laquelle la loi serait la source formelle suprême du droit, le juge étant réduit à n'être que la bouche de celle-ci. Dans cette conception, le législateur serait seul autorisé à créer une fiction, laquelle ne pourrait ensuite être appliquée que de manière purement mécanique par le juge, sans qu'il ne demeure aucune place pour son extension par analogie (414).

Pareil raisonnement méconnaît cependant le rôle créateur de l'interprétation judiciaire, qui ne peut se cantonner à une application littérale de la loi. Il arrive ainsi que le juge soit lui-même à l'origine d'une fiction (415). Plus modestement, on ne peut éluder le fait qu'en instaurant une fiction, le législateur poursuit un but ; seule l'analyse de celui-ci permettra de connaître la portée réelle de la fiction. Or, il se peut qu'afin d'atteindre ce but, la fiction doive, dans certains cas, recevoir une interprétation extensive (416).

(411) Voy. par exemple R. HOUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, p. 246, à propos de l'effet rétroactif de la condition et du partage ; J.-F. ROMAIN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2010, n° 28, p. 91.

(412) F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, *o.c.*, n° 240, pp. 360 et s., spéc. p. 365.

(413) R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c., passim* et spéc. n° 403, p. 231 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, *o.c.*, n° 242, pp. 375 et s. ; A.S. HARTKAMP, *o.c.*, *W.P.N.R.*, 1991, n° 2, p. 868.

(414) Sur cette conception et sa critique, voy. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, *o.c.*, nos 248 et s., pp. 420 et s.

(415) Voy. P. FORIERS, *o.c.*, *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, p. 790, qui donne l'exemple de l'assimilation par la Cour de cassation de l'état de nécessité à la contrainte morale, alors que l'article 71 du Code pénal ne vise que cette dernière.

(416) Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 133, p. 84 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 190, pp. 209 et s. ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel, Eyboullet, 1922, n° 417, p. 287 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, *o.c.*, n° 251, pp. 434 et s. ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n° 20, p. 28.

Il faudra donc prendre garde, d'une part, à ne pas donner par principe à la rétroactivité-fiction une interprétation restrictive (417), mais, d'autre part, à ne pas lui prêter des conséquences qui dépasseraient la volonté de son auteur en prenant celle-ci au pied de la lettre (418).

50. Réalité – Notion. Il arrive qu'après une certaine évolution, on en vienne à considérer une règle juridique, qualifiée à l'origine de fiction, non plus comme une assimilation, certes nécessaire mais trompeuse, mais comme une réalité juridique ou – si l'on craint l'oxymore – comme une réalité dans le discours juridique. Du statut de fiction, elle accède alors au rang de concept (419) ou de règle nouvelle à part entière (420).

Ces analyses rappellent ici encore les théories de la personnalité morale, cette fois envisagée comme réalité technique (421) ou comme concept (422).

(417) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. 1, o.c., n° 20, p. 25. Voy. également A.S. HARTKAMP, o.c., *W.P.N.R.*, 1991, n° 2, p. 868, pour qui la place restreinte réservée à la rétroactivité dans le NBW s'explique, non par son caractère de fiction, mais par l'atteinte qu'elle peut porter aux attentes des parties et des tiers.

(418) Voy. en ce sens R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Rousseau, 1949, n° 235, p. 322 : « Au surplus, la conception classique est dangereuse. En considérant fictivement que l'acquisition de la propriété s'est faite à une date antérieure, on peut être amené, *emporté par la force propre de cette formule*, à faire produire à l'effet rétroactif des résultats plus larges que la consolidation ou la destruction des actes juridiques pour lesquels il a d'abord été imaginé » (nous soulignons) ; adde J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 191, pp. 211 et s. ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, o.c., n° 247, pp. 415 et s. ; B. JACOBI, *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, o.c., pp. 163 et s. Pour une application en droit judiciaire, voy. les conclusions de M. l'avocat général HENKES avant Cass., 14 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 414, point 17 : le désistement d'instance emporte certes « renonciation, avec effet rétroactif "comme s'il n'y avait pas eu d'instance", à une procédure commencée, mais cette fiction est limitée en ce qu'elle n'emporte par [lire : pas] l'inexistence de la procédure abandonnée, de sorte qu'elle a généré des dépens qu'il convient de régler ». Le ministère public, suivi par la Cour, en déduit que la partie qui se désiste d'une instance civile portée devant le juge répressif y a néanmoins été partie, de sorte que l'autorité de la chose jugée par le juge répressif lui est opposable sans restriction dans une instance civile ultérieure.

(419) F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, o.c., n° 246, p. 414.

(420) R. DEKKERS, *La fiction juridique*, o.c., n° 403, pp. 233 et s. ; voy. également B. JACOBI, *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, o.c., pp. 173 et s.

(421) Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, o.c., n°s 51 et s., pp. 46 et s.

(422) Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, o.c., n°s 198 et s., pp. 163 et s.

Ainsi a-t-on pu mettre en cause le caractère fictif de la rétroactivité de la nullité dans les termes suivants : « La rétroactivité, c'est-à-dire la suppression des conséquences *juridiques* que l'acte a eues dans le passé, participe [...] de l'essence de la nullité. Elle n'est donc pas une fiction juridique [...], mais découle du pouvoir du droit de créer son propre monde et de réécrire la réalité [...] La formule usuelle, selon laquelle l'acte nul est "censé" n'avoir jamais existé, est dès lors à proscrire. En droit, l'acte n'a réellement aucune existence, le jugement prononçant la dissolution *ex tunc* ayant anéanti tous ses effets juridiques tant pour l'avenir que pour le passé » (423).

Cette rétroactivité devenue réalité peut encore se présenter sous deux formes.

51. Réalité – Substitution de règles nouvelles. Dans le premier cas, on pourra encore faire l'économie de l'idée de rétroactivité en lui substituant une ou plusieurs règles nouvelles.

Ainsi, plutôt que d'affirmer que la nullité rétroagit au jour du contrat annulé – ce qui était perçu comme une fiction –, on dira notamment qu'elle oblige les parties à restituer ce qu'elles ont reçu en vertu du contrat annulé, et on décrira chaque conséquence traditionnellement attachée à la rétroactivité comme faisant partie du régime propre des nullités.

Cette évolution illustre le rôle historique des fictions (424), qui apparaissent à une époque où les circonstances sociales imposent l'introduction d'un changement dans l'ordre juridique, mais où les mentalités ou les institutions ne sont pas encore prêtes à accepter un bouleversement radical de celui-ci par l'introduction d'une règle entièrement nouvelle. La brutalité du changement est alors adoucie en rattachant la règle nouvelle à une règle existante, par le biais de la fiction. Ce n'est qu'à un stade ultérieur de l'évolution que l'ordre juridique est enfin disposé à accepter cette règle

(423) T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 229 et s., n° 2, p. 237. Voy., dans le même sens, E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, p. 161 ; à propos de la résolution, R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 110, p. 68 ; à propos de la rétroactivité de la loi et de la nullité, R. HOUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, p. 248 ; de manière générale, J. SANDRA et R. MESSIAEN, « Fiscale aspecten van retroactiviteit in overeenkomsten en vennootschapsakten », *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, pp. 415 et s., n^{os} 12 et s., pp. 418 et s.

(424) Voy. à ce propos R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n^{os} 335 et s., pp. 197 et s. ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, *o.c.*, n° 242, pp. 375 et s., et n^{os} 245 et s., pp. 396 et s.

nouvelle, dépouillée du masque de la fiction. Dans certains cas, celle-ci subsistera encore à titre d'image didactique (425), chargée de résumer la règle nouvelle plutôt que de la justifier.

Ainsi, même si l'on fait l'économie de la rétroactivité pour justifier les restitutions consécutives au prononcé de la nullité, on ajoutera souvent, dans le but de bien faire saisir la règle nouvelle ou à titre de survivance de la règle antérieure, que ces restitutions ont pour but de faire « comme si » les parties n'avaient jamais contracté (426).

52. Réalité – Consécration de la rétroactivité comme concept autonome. Plutôt que de voir dans les différentes conséquences de la rétroactivité des effets propres à l'institution concernée, franchissant encore un pas supplémentaire dans la voie de l'abstraction, on peut encore avancer que la rétroactivité elle-même a accédé au statut de réalité juridique (427).

Comme en matière de fiction, on se gardera toutefois de prendre cette réalité au pied de la lettre. En effet, comme toute abstraction (428), le concept de rétroactivité porte en lui les germes de ses excès. S'il fallait tirer toutes les conséquences de la proposition selon laquelle, dans la sphère du droit, tel acte ne s'est jamais produit, on risquerait en effet de tomber dans une logique rigide entièrement détachée des situations concrètes que le droit a pour mission de régler.

Pour prendre un exemple extrême, la résolution du contrat découlant d'une clause résolutoire expresse apparaît, de prime abord, problématique, dans la mesure où cette résolution entraînerait l'anéantissement depuis l'origine de tout le contrat, en ce compris donc cette clause. Or, comment la résolution pourrait-elle se produire si la clause sur laquelle elle se fonde n'a jamais existé ? (429) La solution de ce paradoxe consiste bien évidemment à donner une portée raisonnable

(425) R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 341, p. 200 ; voy. *supra*, n° 47.

(426) Voy., à propos de la résolution, R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n° 110, p. 68.

(427) Voy. par exemple la citation de T. STAROSSELETS reproduite *supra*, n° 50.

(428) Voy. sur ce point F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, 3^e tirage, Paris, Sirey, 1925, n° 45, pp. 131 et s.

(429) Comp. P.A. FORIERS, « Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive », *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 223 et s., n° 10, p. 234. Il s'agit là au demeurant d'un paradoxe temporel classique dans la littérature : comp. le dénouement du roman de R. BARJAVEL, *Le voyageur imprudent*, Paris, Folio (Gallimard), 1973 (1^{re} éd. 1944).

à l'effet rétroactif de la résolution, en admettant qu'il laisse subsister certaines clauses du contrat résolu (430).

De manière moins caricaturale, imaginons que le propriétaire d'un immeuble aliène celui-ci aux termes d'une vente entachée de nullité. L'acquéreur de cet immeuble le revend à un tiers. À l'issue d'une longue procédure judiciaire, le propriétaire initial obtient la nullité de la première vente. Dans l'intervalle, le tiers a cependant acquis un titre propre sur l'immeuble par prescription acquisitive. Il s'opposera ainsi valablement à la revendication du propriétaire initial. Pourtant, si l'effet rétroactif de la nullité devait être considéré sans la moindre réserve comme une réalité, il aurait fallu effacer toutes les suites de la première vente, en ce compris le juste titre sur lequel il s'est basé pour prescrire et l'écoulement du temps, qui sont tous deux des faits juridiques. Un tel raisonnement irait cependant à l'encontre de l'objectif de sécurité juridique qui est à la base de l'institution de la prescription et qui commande de donner une interprétation raisonnable aux effets de la nullité.

Aussi, même envisagée comme réalité à part entière, la rétroactivité doit-elle – à l'instar d'ailleurs de tout concept juridique (431) – être soumise à l'interprétation en vue d'en dégager sa portée véritable.

53. Intérêt pratique limité de ces analyses. En conclusion, la doctrine a élaboré plusieurs visions radicalement différentes de la rétroactivité.

Leur principal intérêt est à nos yeux d'aider à saisir ce que recouvre exactement cette notion (432). Leur exposé permettra également de mieux comprendre la pensée des auteurs lorsque nous examinerons chacune des manifestations de la rétroactivité.

La nature de celle-ci est ensuite fréquemment utilisée à titre d'argument, que ce soit en faveur d'une interprétation restrictive (s'il s'agit d'une fiction ou d'une simple image) ou extensive (s'il s'agit d'une réalité juridique). La force de conviction d'un tel

(430) Voy. à ce propos *infra*, n^{os} 489 et s.

(431) Voy. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, *o.c.*, n^{os} 222 et 223, pp. 207 et s. ; *adde* F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, *o.c.*, n^o 50, pp. 146 et s.

(432) Voy. *infra*, n^{os} 54 et s.

argument ne doit cependant pas être exagérée (433), et ce, pour plusieurs motifs.

Premièrement, il est souvent difficile de s'accorder sur le point de savoir si telle hypothèse de rétroactivité constitue une image ou une fiction, ou, au contraire, une réalité. L'existence d'une fiction relève en effet, pour une certaine part, d'une appréciation subjective, puisqu'elle dépend de l'analyse que l'on donne de l'institution en cause, ce qui en fait une notion éminemment relative (434) et évolutive (435).

Deuxièmement, nous avons vu que, quelle que soit l'analyse retenue de la rétroactivité, celle-ci ne commande pas nécessairement de s'en tenir à une interprétation stricte ou, au contraire, extensive. Il conviendra en définitive, dans chaque cas, de ne pas s'arrêter à la qualification d'image, de fiction ou de réalité mise en avant par la doctrine, mais de s'attacher à déterminer le rôle joué par l'idée de rétroactivité, dont seul pourront découler ses limites. On trouve déjà ainsi une confirmation intuitive du caractère fonctionnel de la rétroactivité que nous défendons (436).

Par conséquent, dans la suite de cette étude, nous utiliserons indifféremment le vocabulaire propre aux fictions ou aux réalités juridiques pour décrire le mécanisme de la rétroactivité. Nous dirons, par exemple, que la nullité « produit ses effets dans le passé » ou qu'elle est « réputée produire ses effets dans le passé », sans que l'usage de l'une ou l'autre formule implique une différence de régime sur le plan juridique.

§ 2. – *Définition de la rétroactivité*

54. Effet dans le passé. De manière générale, la rétroactivité évoque un retour en arrière, un effet dans le passé d'un événement présent. « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet

(433) Comp. dans le même sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 703, note n° 2, p. 503, pour qui la question de savoir si la rétroactivité est ou non une fiction ne change rien en pratique.

(434) Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique*, o.c., n° 340, p. 200 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, o.c., *Arch. phil. dr.*, tome 20, 1975, n° 18, p. 285.

(435) R. HOUIN, o.c., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, p. 245 *in fine*.

(436) Voy. *supra*, n° 6.

rétroactif », énonce l'article 2 du Code civil. C'est donc *a contrario* que la loi rétroactive dispose pour le passé.

Ainsi, la rétroactivité peut se définir comme l'« efficacité renforcée consistant pour un acte accompli ou pour un fait survenu à une certaine date à *produire des effets à partir d'une date antérieure* ; *report dans le passé des effets d'un acte ou d'un fait » (437).

De même, « [l]e mot "rétroactivité" s'emploie couramment dans le langage juridique, lorsqu'il s'agit de *conférer à une situation actuelle des effets dans le passé*. On parle d'effet rétroactif d'une loi nouvelle pour désigner son application à des faits antérieurs à sa promulgation, comme on parle, par exemple, d'effet rétroactif de la condition accomplie, de la prescription accomplie, ou encore d'effet déclaratif ou rétroactif du partage, pour exprimer l'idée que *certains effets attachés à ces événements actuels seront réputés survenus avant ces événements eux-mêmes* » (438).

La rétroactivité apparaît donc comme « un procédé technique qui consiste essentiellement dans la substitution d'une situation nouvelle à une situation antérieure de telle sorte que "tout se passe comme si celle-ci n'avait jamais existé". Au lieu de la succession chronologique de deux situations, la seconde absorbe et supprime la première » (439).

De manière plus simple, « l'effet rétroactif est celui d'une cause agissant sur des faits qui lui sont antérieurs » (440), « le produit d'une cause qui agit sur le passé » (441). De la sorte, « les effets d'un phénomène juridique sont reportés à une époque antérieure à celle de leur manifestation véritable » (442).

À cet égard, on ajoute parfois que la rétroactivité produirait toujours « un effet consolidateur à l'égard de son bénéficiaire et un effet destructeur à l'égard de sa victime » (443). Cette présentation des choses nous paraît cependant trop restrictive. Ainsi, par exemple, le fait pour l'assureur et l'assuré de convenir que leur contrat d'assu-

(437) ASSOCIATION HENRI CAPITANT (sous la direction de G. CORNU), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2007, v^o *Rétroactivité*, p. 829 (nous soulignons)

(438) M. GEGOUT, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n^o 1, p. 283 (nous soulignons).

(439) R. HOUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, p. 247 *in fine* ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *o.c.*, n^o 15, p. 21.

(440) *Pand.*, tome XXXIV, v^o *Effet rétroactif*, Bruxelles, Larcier, 1890, n^o 1.

(441) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome X, 5^e éd., Bruxelles, Tarlier, 1836, v^o *Effet rétroactif*, p. 1. Voy. encore J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *o.c.*, *Arch. phil. dr.*, tome 20, 1975, n^o 14, p. 282 (la rétroactivité vise « les cas où les effets de la mise en œuvre d'un concept sont anticipés par rapport à l'événement qui leur a donné naissance »).

(442) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n^o 1, p. 2.

(443) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n^o 1, p. 2.

rance conclu le 15 janvier prendra effet dès le 1^{er} janvier peut aboutir, à certaines conditions, à conférer une action directe contre l'assureur à la victime d'un sinistre survenu entre ces deux dates (444). Dans un tel cas de figure, si l'assureur peut, en un certain sens, être vu comme la « victime » – néanmoins consentante – de la rétroactivité, il paraît en revanche inapproprié de dire qu'il subirait un « effet destructeur », là où il s'agit plutôt de créer dans son chef une dette (envers l'assuré) et d'étendre (envers un tiers) le champ des personnes habilitées à se prévaloir des effets internes de celle-ci.

55. Effet immédiat – Notion. Certains auteurs ont contesté ces définitions de la rétroactivité. Pour eux, l'acte rétroactif ne produit pas à proprement parler ses effets dans le passé, mais se borne toujours à modifier *pour l'avenir* les effets d'une situation antérieure.

Ainsi, pour Demogue, « [l]a rétroactivité, sans entrer dans les controverses qu'a soulevées cette notion, présente toujours ce caractère : un acte, au sens le plus large du mot pour y comprendre à la fois les actes législatifs et les actes juridiques entre particuliers, agit dans le passé (rétro - agir). Il le fait non pas en ce sens qu'il remonte le cours des temps, mais *il produit dans l'avenir des conséquences* telles qu'un acte qui, pendant un certain temps, était considéré comme régulier, ayant des conséquences juridiques, est traité désormais comme un fait illicite ou non avenu » (445).

S'appuyant sur ces considérations, R. Merle estime que l'effet rétroactif « est la réaction immédiate d'un acte ou d'un fait juridique sur la situation antérieure qui est mise en harmonie avec la situation nouvelle par des destructions ou des consolidations d'actes juridiques antérieurement valables ou inefficaces. Aussi l'effet rétroactif, contrairement à ce que suggère la terminologie qui l'exprime, se produit-il *au jour même de la réalisation de l'acte ou du fait auquel il est attaché*. On pourrait donc soutenir sans paradoxe que l'effet rétroactif n'est en réalité qu'un effet immédiat » (446).

(444) Voy. *infra*, n^{os} 578 et s.

(445) R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, pp. 163 et s. (nous soulignons). On observera d'emblée que la définition apparaît comme trop restrictive, dans la mesure où elle envisage uniquement la rétroactivité comme pouvant effacer un acte antérieurement régulier (voy. également la définition de R. JAMBU-MERLIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n^o 5 *in fine*, p. 275). Or, la rétroactivité peut notamment avoir pour effet de consolider un acte jusque là inefficace (voy. par exemple la ratification d'un acte accompli sans pouvoir).

(446) R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, o.c.*, n^o 241, p. 328. Voy. dans le même sens S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*,

56. Suite – Illustration. Cette conception de la rétroactivité est à première vue séduisante. Elle permet en effet d'expliquer la plupart des effets généralement qualifiés de rétroactifs sans devoir recourir à la notion de « retour dans le temps » qui semble paradoxale.

Il en va ainsi, par exemple, du principal effet de la nullité, à savoir les *restitutions*. Certes, celles-ci se justifient classiquement par l'idée de remise des choses dans leur pristin état, comme si le contrat nul ou résolu n'avait jamais été conclu. Toutefois, le résultat pratique semble *a priori* identique si l'on considère que la dette de restitution naît au jour du prononcé de la nullité ou de la résolution (447). Tout au plus le *quantum* de cette dette pourra-t-il être augmenté d'intérêts, de manière à tenir compte de la période écoulée depuis la conclusion du contrat, mais cela n'implique pas nécessairement que la dette de restitution soit née avant le jour du jugement de nullité ou de résolution (448). La meilleure preuve en est qu'au terme normal du bail ou du dépôt, le locataire ou le dépositaire est tenu d'une obligation de restitution sans qu'on y voie pour autant la manifestation d'un quelconque effet rétroactif.

Le raisonnement peut également être étendu *dans les rapports avec les tiers*. Ainsi, l'effacement des actes de disposition consécutifs à une vente initiale frappée de nullité ne doit pas nécessairement se produire dans le passé (449). Ce qui importe, en effet, au vendeur ini-

o.c., n° 13, pp. 28 et s. et, de manière plus claire encore, la préface de G. GOUBEAUX à la thèse de ce dernier : « La rétroactivité n'est pas à proprement parler revenir sur le passé, mais appliquer aujourd'hui des mesures qui développeront leurs effets dans l'avenir de façon à corriger les résultats actuels de l'acte antérieurement créé ; c'est l'amplitude de la correction qui est calculée en faisant référence à ce qui aurait été, dans le passé, une situation différente de celle dont on observe les effets » (*ibid.*, pp. 7 et s.).

(447) Voy. dans le même sens R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n° 3. En réalité, la date de naissance de la dette de restitution peut encore présenter un certain intérêt, par exemple en ce qui concerne le point de départ de la prescription (voy. *infra*, n° 247) ou la qualification de dette dans la masse (voy. *infra*, n° 466).

(448) Comp. avec l'exemple donné par R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 168, en matière de rétroactivité conventionnelle : « Deux cocontractants faisant aujourd'hui un contrat pur et simple ne peuvent pas dans leur rapports avec les tiers dire qu'il rétroagira jusqu'à une date choisie par eux. Dans leurs rapports de contractants, ce qu'ils pourront appeler rétroactivité ne pourra être qu'une fixation de l'étendue de l'objet. Ainsi, une personne vendant une ferme aujourd'hui peut dire que l'acquéreur aura la jouissance depuis le 1^{er} janvier dernier pour lui assurer le fermage entier de l'année. Mais cette clause n'empêchera pas la validité des paiements de fermage faits au vendeur antérieurement à la vente » (nous soulignons).

(449) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 738.II, p. 428 ; *contra* : J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 167, p. 179.

tial, c'est qu'il soit mis en mesure, à partir du prononcé de la nullité, de revendiquer le biens entre les mains des sous-acquéreurs ; peu lui importe en pratique la date à laquelle la nullité est censée se produire.

Plutôt qu'un véritable effet rétroactif, il s'agirait donc de lancer sur le passé un regard *rétrospectif* : les événements antérieurs ne seraient pas remis en cause, seules leurs conséquences futures en seraient affectées, en tenant compte dans la mesure nécessaire des événements passés (450).

L'intérêt pratique de la théorie de l'effet immédiat serait que « l'effet rétroactif, se produisant au jour même de l'acte auquel il est attaché n'implique pas la négation de la situation antérieure » (451). Ceci expliquerait, par exemple, le maintien des actes d'administration, qui devraient au contraire connaître le même sort que les actes de disposition si l'effet rétroactif (de la nullité, de la condition accomplie, etc.) remontait véritablement au jour de la conclusion du contrat (452). De manière générale, l'effet immédiat permettrait d'éviter de devoir tirer toutes les conséquences de l'effet rétroactif.

57. Suite – Appréciation critique. À la réflexion, cependant, nous ne pensons pas que la rétroactivité doive nécessairement se réduire à un effet immédiat.

I. Tout d'abord, le choix entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat constituera souvent une *question d'interprétation*. La plupart des manifestations classiques de la rétroactivité sont en effet

(450) La rétrospectivité peut être définie comme une « figure originale du *conflit de lois dans le temps voisine (par son effet "rétro") de la *rétroactivité en ce qu'elle modifie pour l'avenir l'effet d'une situation établie dans la durée antérieurement à elle, mais distincte de celle-ci en ce qu'elle ne remet pas en cause les effets produits par la règle ancienne antérieurement à la loi nouvelle » (ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique, o.c.*, v^o *Rétrospectivité*, p. 829). – Voy. en ce sens, à propos de la ratification, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *Das Rechtsgeschäft*, 3^e éd., Berlin, Heidelberg et New York, Springer-Verlag, 1979, § 56, p. 899 ; à propos de la résolution, l'article III – 3:509 du DCFR et le commentaire, p. 887. Comp. avec la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, qui distingue la rétroactivité de la loi (*Rückwirkung von Rechtsfolgen*) du fait, pour une loi qui ne s'applique que pour l'avenir, de faire dépendre ses effets juridiques d'éléments antérieurs à sa publication (*tatbestandliche Rückanknüpfung*) (voy. BVerfG, 14 mai 1986, *BVerfGE*, vol. 72, p. 200, points C, 1, b) et s., pp. 241 et s. ; BVerfG, 22 mars 1983, *BVerfGE*, vol. 63, p. 343, point B, II, 3, a), pp. 356 et s.) ; voy., dans le même sens, C.C., 20 septembre 2012, n^o 110/2012, B.6.2, alinéa 3.

(451) R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, o.c.*, n^o 241, p. 329.

(452) *Ibid.*, pp. 329 et s.

susceptibles de deux lectures, comme en témoignent les deux exemples donnés ci-avant (453).

Or, le fait que l'on puisse faire l'économie de la notion de rétroactivité en lui substituant celle d'effet immédiat ne signifie pas nécessairement que la première soit inexacte. En effet, on se gardera de bannir trop aisément des frontières du droit positif la règle qui peut passer pour surabondante. Ainsi, l'on pourrait théoriquement faire l'économie des théories de la cause, de la force majeure, de l'abus de droit ou de la fraude à la loi ; elles n'en demeurent pas moins utiles en pratique « dans la mesure où elles permettent de clarifier les idées, d'établir des catégories et des conditions d'application » ou de « caractériser un type de situations » (454).

En l'occurrence, la notion de rétroactivité conservera à notre sens toujours un intérêt, fût-ce au titre de simple image didactique (455). Il peut être utile, en outre, de regrouper et de comparer certains types d'effets immédiats, dans la mesure où ils poursuivent un but commun consistant à agir sur les conséquences d'actes antérieurs. La rétroactivité permet de caractériser ces situations et ce but (456).

II. Ensuite, la théorie de l'effet immédiat ne nous paraît pas être à l'abri de toute *confusion entre la réalité matérielle et le discours juridique*. Constaté que l'acte rétroactif produit nécessairement ses effets pour l'avenir est en effet une observation qui relève du sens commun. Nous avons toutefois déjà eu l'occasion de souligner que le discours juridique n'est pas soumis aux mêmes contraintes que la réalité matérielle (457). Rien n'empêche donc d'admettre que, juridiquement, un acte produise des effets dans le passé, même si, d'un point de vue pratique, les sujets de droit ne pourront tirer les conséquences de cet effet rétroactif qu'après qu'il se soit produit.

(453) Voy. *supra*, n° 56 ; comp. *supra*, n° 53, avec la difficulté de choisir entre les qualifications d'image, de fiction ou de réalité.

(454) P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s., spéc. n° 12, p. 49.

(455) Voy. *supra*, n° 47.

(456) Voy également les conclusions générales, *infra*, n° 599.

(457) Voy. et comp. *supra*, n° 48, II, à propos de la fiction ; voy. également C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 497, p. 303.

III. Par ailleurs, l'*intérêt pratique* de la théorie de l'effet immédiat ne doit pas être exagéré (458). On a déjà indiqué, en effet, que, même si la rétroactivité est prise comme une réalité juridique, il ne faut pas pour autant céder à une approche conceptuelle et rigide qui lui fasse produire des effets indésirables (459). Ainsi, par exemple, le maintien des actes d'administration peut se justifier notamment par une interprétation du but de l'effet rétroactif sans pour autant nier l'existence de cet effet (460).

IV. Enfin, la notion d'effet immédiat présente des *limites*, toutes les manifestations de la rétroactivité ne se prêtant pas à une réinterprétation sous cette forme.

Ainsi, par exemple, les lois coordonnées relatives au contrat d'emploi prévoyaient autrefois que le contrat d'emploi conclu pour une durée déterminée devait être constaté par écrit au plus tard lors de l'entrée en service de l'employé. Dans un arrêt du 5 novembre 1979 (461), la Cour de cassation a toutefois admis qu'un employeur ratifie, après l'entrée en service de l'employé, un contrat conclu avant cette entrée en service par un représentant sans pouvoir. Seul l'effet rétroactif de la ratification permet de justifier la décision que l'employeur a ainsi satisfait aux conditions posées par les lois coordonnées pour la conclusion d'un contrat à durée déterminée.

De même, dans un groupe de contrats, la nullité de l'un d'eux ne pourrait entraîner la nullité des autres pour erreur sur la cause qu'à la condition de reconnaître un effet rétroactif à la première nullité (462). En effet, l'existence d'une cause devant en règle, comme toute condition de validité, s'apprécier au jour de la formation du contrat, on n'aperçoit pas comment le seul effet immédiat de la nullité pourrait faire disparaître la cause des autres contrats à une date antérieure.

Dans ces deux exemples, la reconnaissance d'un effet rétroactif apparaît donc comme étant la solution la moins artificielle.

(458) Dans le même sens, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 43, p. 47 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 729, p. 524, qui ne voit dans le passage de l'effet rétroactif à l'effet immédiat qu'un « changement de mot ».

(459) Voy. *supra*, n° 52.

(460) Voy. par exemple *infra*, n° 198, en matière de condition suspensive.

(461) Cass., 5 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75, note Taquet et Wantiez, analysé *infra*, n° 151.

(462) Voy. *infra*, n° 332.

58. Définitions proposées – Énoncé. Compte tenu des observations qui précèdent, il paraît possible de proposer une double définition de la rétroactivité (463).

Au sens étroit et technique, la rétroactivité désigne le mécanisme par lequel les effets juridiques d'une situation résultant d'une loi, d'un acte ou d'un fait juridique (l'événement antérieur) sont ultérieurement remis en cause par une loi, un acte ou un fait juridique (l'événement rétroactif), dont les effets se produisent à la date de l'événement antérieur.

Au sens large et non technique, la rétroactivité désigne le mécanisme par lequel les effets juridiques d'une situation résultant d'une loi, d'un acte ou d'un fait juridique (l'événement antérieur) sont ultérieurement remis en cause par une loi, un acte ou un fait juridique (l'événement rétroactif), de manière à atteindre un résultat pratique identique à celui qu'aurait eu l'événement rétroactif s'il s'était produit à la date de l'événement antérieur, indépendamment de la question de savoir à quelle date cet événement rétroactif sortit juridiquement ses effets.

59. Définitions proposées – Commentaire. Les deux définitions proposées doivent être brièvement commentées.

(463) Comp. la distinction, reprise par une partie de la doctrine française (voy. not. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1972, n^{os} 76 et s., pp. 53 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n^{os} 735 et s., pp. 424 et s.), entre aspect technique et aspect dogmatique de la rétroactivité, qui trouve son origine chez R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, o.c.*, n^{os} 230 et s., pp. 317 et s. L'aspect technique, qui correspond approximativement à ce que nous nomons la rétroactivité s.l., décrirait le résultat de l'acte rétroactif, à savoir l'effet produit sur un acte antérieur à sa formation. L'aspect dogmatique, équivalent de notre rétroactivité s.s., désignerait quant à celui la justification théorique de ce résultat. À cet égard, si la rétroactivité se base dans la conception classique sur un recours à la fiction, l'auteur propose d'y substituer un appel à la logique de l'institution, à la « nature particulière de certains actes ou de certains faits juridiques » (n^o 239, p. 327). De la sorte, il serait possible de conserver l'aspect technique (le résultat atteint) tout en faisant l'économie de la fiction de l'antidate : la rétroactivité ne serait en réalité qu'un effet immédiat (n^{os} 240 et s., pp. 327 et s.). Outre les critiques de fond auxquelles ce raisonnement s'expose (voy. *supra*, n^o 57), la terminologie utilisée nous paraît elle-même peu heureuse. En effet, l'aspect « technique » de la rétroactivité mis en avant par cet auteur n'a, précisément, rien de technique, puisqu'il désigne le résultat atteint indépendamment de la technique juridique mise en oeuvre. C'est au contraire l'aspect dogmatique de la rétroactivité qui présente un aspect technique (voy. d'ailleurs n^o 239, p. 326, où l'auteur considère que l'aspect dogmatique constitue le « complément technique indispensable » à la réalisation des actes rétroactifs). Enfin, il nous semble réducteur de présenter l'aspect dogmatique comme une alternative entre fiction et effet immédiat, alors que la rétroactivité peut également être envisagée comme une réalité dans le discours juridique (voy. *supra*, n^{os} 50 et s.).

La rétroactivité décrit les effets d'un événement rétroactif sur un événement antérieur. Ces deux événements peuvent résulter « d'une loi, d'un acte ou d'un fait juridique » (464). Ces termes doivent être entendus de la manière la plus large possible. Ainsi, la loi recouvre non seulement la loi fédérale, mais également un arrêté royal, une norme adoptée par une entité fédérée ou par l'Union européenne, un traité, etc. Le terme acte désigne tous les actes juridiques accomplis par les particuliers, qu'ils soient unilatéraux (confirmation, ratification, etc.) ou multilatéraux (partage, transaction, etc.). Il faut également y inclure les jugements, qui sont des actes de l'autorité. Les faits juridiques constituent enfin la catégorie résiduaire dans laquelle on retrouve l'ouverture d'une succession (événement antérieur en cas de partage successoral), la réalisation ou la défaillance d'une condition, la résolution extrajudiciaire d'une convention, etc. (465)

La rétroactivité n'agit toujours qu'à l'égard des « effets juridiques », ce qui est normal s'agissant d'une notion juridique. Il faut donc se garder de confondre le domaine de la réalité matérielle et celui du discours juridique (466). Ceci n'empêche pas cependant que les effets juridiques de la rétroactivité puissent avoir pour objectif d'effacer, dans la mesure du possible, les conséquences matérielles des événements antérieurs. Tel est, par exemple, le cas des restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif du contrat. Il nous paraît dès lors artificiel de considérer celles-ci comme étant entièrement étrangères à l'idée de rétroactivité (467).

La rétroactivité a pour effet de « remettre en cause » les effets juridiques d'un événement antérieur. L'antériorité de cet événement souligne la dimension temporelle de la rétroactivité. Quant à la remise en cause des effets juridiques, il s'agit d'une modification qui peut tendre, soit à la consolidation ou à la création, soit à l'affaiblissement ou à la destruction d'effets juridiques. Ainsi, par exemple, les actes de disposition accomplis par l'acquéreur sous

(464) Comp. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^{os} 35 et s., pp. 38 et s.

(465) Dans le cas particulier de la rétroactivité conventionnelle (voy. à ce propos *infra*, n^{os} 560 et s.), l'événement antérieur est un fait négatif, à savoir la circonstance qu'à la date à laquelle le contrat rétroactif entre en vigueur, celui-ci n'avait pas encore été conclu.

(466) Voy. *supra*, n^{os} 48 et 57.

(467) Comp. *supra*, n^o 56 ; voy. également, dans le domaine de la résolution pour inexécution, *infra*, n^o 415.

condition suspensive seront soit validés, soit anéantis, selon que la condition se réalise ou défaille.

L'élément central des deux définitions proposées est la manière dont les effets de l'événement antérieur sont remis en cause.

Dans la rétroactivité au sens strict, les effets de l'événement rétroactif se produisent véritablement à la date de l'événement antérieur. En d'autres termes, pour qualifier une institution de rétroactive au sens strict, on a égard au *procédé technique* auquel elle recourt. Selon les cas, cette rétroactivité s'analysera comme une fiction (468) ou une réalité (469).

La rétroactivité au sens large se définit quant à elle en ayant égard au *résultat* visé, indépendamment du procédé technique utilisé pour atteindre ce résultat. Ainsi, elle englobe aussi bien les hypothèses de rétroactivité au sens strict que celles où la rétroactivité n'est qu'une image (470), notamment parce qu'elle peut être réduite à un effet immédiat (471). Dans cette seconde série d'hypothèses, l'événement « rétroactif » modifie les effets d'un événement antérieur et sortit les mêmes conséquences que s'il s'était produit à la date de cet événement antérieur ; mais la rétroactivité n'est alors bien souvent qu'une métaphore aidant à saisir la portée de la règle.

Ainsi, par exemple, si l'on envisage uniquement la question des restitutions découlant de la nullité d'un contrat, on peut, selon l'analyse retenue, considérer que la dette de restitution naît au jour de la conclusion du contrat nul ou au jour du prononcé de la nullité (472). Il s'agira, respectivement, d'une forme de rétroactivité au sens strict ou d'effet immédiat. Dans les deux cas, cependant, tout se passera « comme si » le contrat n'avait jamais été exécuté, ce qui donne aux restitutions un effet rétroactif au sens large.

C'est cette seconde acception de la rétroactivité qui sera retenue pour fixer les limites de cette étude. En effet, ce n'est qu'après avoir analysé attentivement une institution qu'il est possible de déterminer si une hypothèse, qui présentait toutes les apparences

(468) Voy. *supra*, n° 48.

(469) Voy. *supra*, n° 52.

(470) Voy. *supra*, n^{os} 47 et 51.

(471) Voy. *supra*, n° 55.

(472) Voy. *supra*, n° 56.

de la rétroactivité, constitue bien un cas de rétroactivité au sens strict.

60. Importance de la période intermédiaire. Dans les deux définitions proposées, les effets juridiques, c'est-à-dire les droits des parties et des tiers, peuvent être examinés à deux moments différents : au cours de la période intermédiaire qui sépare l'événement antérieur de l'événement rétroactif, et postérieurement à cet événement rétroactif (473).

Cette période intermédiaire est essentielle pour déterminer si un effet juridique implique une forme de rétroactivité au sens strict ou seulement au sens large. En effet, seule l'analyse de la période intermédiaire permet de déterminer si la remise en cause des effets de l'événement antérieur par l'événement rétroactif se produit véritablement dans le passé (474). Il conviendra donc, pour chaque manifestation de la rétroactivité analysée, d'examiner soigneusement les droits existant au cours de la période intermédiaire.

Pour chaque institution examinée dans cette étude, nous adopterons dès lors une structure en trois temps : présentation de l'institution ; examen de ses effets au cours de la période intermédiaire ; et analyse de son effet rétroactif. En fonction de la nature de l'institution, une section supplémentaire sera parfois consacrée à l'examen de règles connexes (475).

Avant d'entamer cet examen systématique, il convient cependant de s'interroger encore sur le rôle que le principe constitutionnel d'égalité peut être appelé à jouer dans notre réflexion.

(473) Sur l'importance de la période intermédiaire dans l'analyse de la rétroactivité, voy. et comp. J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n^{os} 37 et s., pp. 41 et s.

(474) Voy. par exemple, s'agissant de la confirmation, *infra*, n^o 95.

(475) Par exemple, la réalisation de la condition suspensive sera rapprochée de la défaillance de la condition résolutoire.

CHAPITRE IV
ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION
EN DROIT PRIVÉ

§ 1. – *Position du problème*

61. Intérêt du principe d'égalité. Dans la foulée de la réforme de l'État de 1989, la compétence de la Cour constitutionnelle (à l'époque encore appelée Cour d'arbitrage⁽⁴⁷⁶⁾) a été étendue au contrôle de la conformité des normes législatives au principe d'égalité et de non-discrimination, garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution. Loin de se contenter d'une interprétation restrictive de cette nouvelle compétence que son origine historique aurait pu induire, la Cour a au contraire rapidement fait du principe d'égalité la clef de voûte de sa jurisprudence⁽⁴⁷⁷⁾. Elle a depuis lors multiplié ses incursions dans tous les domaines du droit, en ce compris le droit privé⁽⁴⁷⁸⁾.

Cette évolution ne peut laisser le chercheur indifférent. En effet, là où, autrefois, une recherche scientifique devait dans certains

(476) Par souci de simplification, nous nous référerons systématiquement ci-après à la Cour constitutionnelle, quelle que soit la période envisagée. Il ne sera fait référence à la Cour d'arbitrage que dans les références infrapaginales pour les arrêts antérieurs au 7 mai 2007, date du changement de dénomination de la Haute juridiction.

(477) Voy. ainsi le célèbre arrêt *Biorim*, C.A., 13 octobre 1989, n° 23/89, point B.1.2 : « Le Conseil des ministres défend la thèse selon laquelle l'article 6bis de la Constitution ne prohiberait que les discriminations pour des raisons idéologiques et philosophiques. Il en conclut que les moyens pris par certains requérants de la violation de l'article 6bis de la Constitution "manquent en fait", parce que ces requérants n'allèguent pas qu'une discrimination soit faite en fonction de leurs opinions. [...] Dans sa première partie, cette disposition revêt une portée générale et interdit toute discrimination, quelle que soit son origine : la règle constitutionnelle de non-discrimination est applicable à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges. La thèse du Conseil des ministres ne peut être retenue. » Cons. à ce propos S. VAN DROOGHENBROECK, « L'égalité en droit belge. I^{re} partie », Cycle de conférences *Droits et discriminations*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 7 mars 2008, pp. 10 et s.

(478) Voy. not. le premier numéro de l'année 2002 de la *Revue de la Faculté de droit de l'ULB* consacré au thème « La Cour d'arbitrage et le droit privé ».

cas trouver son aboutissement dans le constat d'une carence du droit positif doublé d'un nécessaire appel au législateur, la Cour constitutionnelle a parfois fait en sorte que les conclusions de l'étude ne demeurent pas purement platoniques (479).

En l'occurrence, l'étude de la rétroactivité a déjà donné lieu à d'importantes réflexions *de lege ferenda* (480). Comme nous l'avons indiqué, notre propos n'est pas de suggérer une réforme globale en la matière, mais, plus modestement, d'apprécier la cohérence du régime des principales institutions auxquelles un effet rétroactif est généralement reconnu au terme d'une comparaison entre ces institutions opérée sur la base d'un regroupement fondé sur la fonction dévolue à l'effet rétroactif (481). Bien que cette réflexion soit menée essentiellement *de lege lata*, elle s'efforcera néanmoins de prendre en compte les modifications législatives commandées par le principe constitutionnel d'égalité et tentera d'indiquer les différences de traitement qui pourraient apparaître comme critiquables au regard de ce principe.

Cette démarche peut être illustrée par une situation empruntée à la matière des « droits effacés ». Ainsi, si la nullité et la résolution pour inexécution ont en principe un effet rétroactif opposable aux tiers, en revanche, la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ne préjudicie pas aux aliénations effectuées par le donataire (article 958 du Code civil). Une telle différence de traitement est-elle bien conforme au principe constitutionnel d'égalité et, dans la négative, comment cette discrimination doit-elle être corrigée ?

Dans les pages qui suivent, nous exposerons la manière dont une violation du principe constitutionnel peut être constatée, spécialement lorsqu'il s'agit de comparer des institutions relevant du droit privé (§ 2), et comment elles peuvent dans un second temps être sanctionnées (§ 3). Ces développements nous permettront de

(479) Voy. ainsi, à la suite de la thèse de A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale. Pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, l'arrêt rendu par C.A., 9 janvier 2002, n° 2/2002, et la note de A. PUTTEMANS, « Action en cessation, Cour d'arbitrage et droits intellectuels : d'où venons-nous, où en sommes-nous, où allons-nous? », *R.D.C.*, 2002, pp. 812 et s. Le législateur est finalement intervenu le 10 mai 2007 pour modifier l'article 96 de la loi sur les pratiques du commerce et tirer ainsi les conséquences de cette jurisprudence.

(480) Voy. la deuxième partie de la thèse de J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, o.c.

(481) Voy. *supra*, n°s 5 et s.

mieux cerner le rôle assigné au principe constitutionnel d'égalité dans notre recherche (§ 4).

§ 2. – *Contrôle du respect du principe d'égalité*

62. Définition du principe d'égalité. Le principe d'égalité n'implique évidemment pas de condamner toute différence de traitement, quelle qu'elle soit. Une telle différence ne devient critiquable que lorsqu'elle peut être considérée comme discriminatoire, c'est-à-dire qu'elle n'est pas susceptible d'une justification objective et raisonnable (482). Au terme d'une jurisprudence constante, le principe d'égalité peut dès lors être formulé comme suit :

« Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (483).

(482) Réciproquement, « [l]a Cour ne peut censurer un traitement égal que si deux catégories de personnes qui se trouvent dans des situations fondamentalement différentes au regard de la mesure litigieuse sont traitées de manière identique sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable » (voy. C.C., 28 juin 2012, n° 80/2012, point B.6 ; C.C., 13 octobre 2011, n° 156/2011, point B.3). Par souci d'alléger le texte, nous n'évoquerons systématiquement par la suite que la question des différences de traitement discriminatoires.

(483) Voy. récemment C.C., 26 septembre 2013, n° 127/2013, point B.24 ; C.C., 24 février 2013, n° 24/2013, point B.3.2. Comme l'observe N. BANNEUX, « L'égalité : clef du contentieux constitutionnel ? », *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 5 et s., spéc. p. 9, cette définition est de moins en moins reproduite dans les arrêts de la Cour, sans doute parce qu'elle est considérée comme relevant désormais du domaine de l'évidence. Elle est en tout cas directement empruntée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553 et s., spéc. p. 582 ; voy. not. C.E.D.H. (Gr. ch.), 12 février 2008, *Kafkaris C. Chypre*, n° 21906/04, §§ 159 et s.) dont s'inspire également la Cour de justice des Communautés européennes (voy. C.J.C.E. (gr. ch.), 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, points 39 et 47) et qui est aujourd'hui également adoptée par la Cour de cassation (voy. Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 328, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 20 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 563, point 6) et le Conseil d'État (voy. C.E., 7 août 2007, *SPRL Brussels International Trade Mart, Ltd & C°*, n° 173.908). Le même principe se trouve formulé en des termes similaires **en droits allemand** (voy. BVerfG, 5 février

Même si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est parfois empreinte d'un certain empirisme, le raisonnement suivi pour s'assurer du respect du principe d'égalité peut être schématiquement divisé en plusieurs étapes (484). Nous exposerons succinctement celles-ci dans les lignes qui suivent en mettant l'accent sur les difficultés que peut susciter l'application du principe d'égalité aux institutions traditionnelles du droit civil qui font l'objet de la présente étude.

63. Question liminaire : les bénéficiaires du principe d'égalité. Au préalable, il convient de préciser que le principe d'égalité vise à garantir aux individus des droits égaux, et non à comparer de manière abstraite des institutions (485). Il s'agit toutefois essentiellement d'une question de présentation du problème : il suffit en effet d'aborder la question sous l'angle des sujets de droit concernés par ces institutions pour entrer dans le domaine d'action des articles 10 et 11 de la Constitution (486).

Ainsi, pour reprendre l'exemple donné ci-dessus (n° 61), plutôt que de comparer dans l'absolu les effets de la résolution pour inexécution à ceux de la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, on envisagera la situation du tiers qui, ayant acquis d'une personne un bien immobilier, se voit privé de ce bien par la résolution affectant une cession antérieure de ce bien, et on comparera les droits de ce tiers à ceux dont il aurait bénéficié si la cession antérieure avait été révoquée pour cause d'ingratitude. Une telle comparaison concrète de la situation du tiers entre en principe dans le champ d'application des articles 10 et 11 de la Constitution.

2009, 1 BvR 1631/04, point 30) et **français** (voy. Cons. const., 28 mai 2010, déc. n° 2010-1 QPC, point 8 ; Cons. const., 18 mars 2009, déc. n° 2009-578 DC, point 19).

(484) Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, n°s 635 et s., pp. 250 et s. ; adde N. BANNEUX, o.c., *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, pp. 9 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, o.c., *Droits et discriminations*, pp. 15 et s.

(485) B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, o.c., *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, p. 568.

(486) Voy. ainsi C.C., 29 mars 2012, n° 52/2012, point B.4 et C.C., 17 septembre 2009, n° 139/2009, point B.5 (la différence de traitement visée dans la question préjudicielle concerne effectivement des personnes et non des dettes) ; C.C., 30 septembre 2010, n° 108/2010, point B.2.2 (la question préjudicielle doit être comprise, non comme invoquant une différence de traitement entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais entre les agents des Communautés selon que leur statut soit réglé par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif) ; C.A., 11 décembre 2002, n° 182/2002, points B.2.1 et s. (il ne s'agit pas de comparer le sort de la cotisation sociale et celui de l'impôt, mais bien les droits de l'O.N.S.S. et ceux du fisc) ; comp. également, **en droit allemand**, BVerfG, 7 mai 2013, 2 BvR 909/06, point 75.

64. Première étape : la comparabilité des situations.

I. Pour qu'une différence de traitement entre deux situations soit tenue pour discriminatoire, on exige classiquement que ces deux situations soient considérées comme *comparables* (487).

Cette appréciation est loin d'être évidente, et constitue parfois une manière commode pour le juge d'évacuer l'application du principe d'égalité (488). En effet, par hypothèse, les deux situations ne sont jamais identiques – à défaut de quoi il n'y aurait pas de différence de traitement –, mais il existe par ailleurs toujours des points communs entre ces deux situations (489). Considérer que celles-ci sont comparables à certains égards impose dès lors de poser une appréciation d'ordre subjectif, qui laisse souvent la place à des opinions divergentes (490).

(487) Sur le principe, voy. not. C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012, point B.5.1.

(488) Voy. ainsi et comp. l'attitude de la Cour de justice à l'égard des partenariats enregistrés entre personnes de même sexe conformément aux droits suédois ou allemand, lesquels ont pour particularité de soumettre ces partenariats à un régime très similaire au mariage (à la différence, par exemple, de la cohabitation légale de droit belge dont les effets sont essentiellement d'ordre patrimonial). Dans un premier temps, la Cour de justice a estimé qu'en l'état « des conceptions prévalant dans l'ensemble de la Communauté », le partenariat enregistré ne pouvait être considéré comme comparable au mariage (C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède C. Conseil*, C-122/99 P et C-125/99 P, points 48 et s.). Opérant une courbe rentrante, elle a ensuite estimé qu'il appartenait plutôt au juge de renvoi – et donc à chaque État membre – de se prononcer sur cette question (C.J.C.E. (gr. ch.), 1^{er} avril 2008, *Maruko*, C-267/06, point 72).

(489) Comme le relève C.C., 8 mars 2012, n° 43/2012, point B.4 : « Il faut cependant ne pas confondre différence et non-comparabilité. Le mode d'introduction différent d'une action peut certes constituer un élément dans l'appréciation d'une différence de traitement, mais il ne suffit pas pour conclure à la non-comparabilité, sous peine de priver de sa substance le contrôle qui est exercé au regard du principe d'égalité et de non-discrimination ». Voy. de même C.C., 18 octobre 2012, n° 122/2012, B.5.

(490) Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, o.c.*, n° 637, pp. 251 et s. (ces auteurs citent comme exemple C.A., 7 mars 1991, n° 3/91, point B.4.2, et C.A., 23 avril 1992, n° 31/92, point 6.B.3, décidant au stade de l'annulation dans un sens opposé à la solution retenue dans la même affaire au contentieux de la suspension) ; V. FLOHMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *Rev. B. dr. const.*, 2008, pp. 217 et s., spéc. pp. 220 et s. ; R. HERNU, *Dictionnaire des Droits de l'Homme, v° Egalité et non-discrimination*, Paris, P.U.F., 2008, pp. 357 et s., spéc. p. 358 ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, pp. 579 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Introduction générale. Théorie générale de l'égalité et de la non-discrimination », Cycle de conférences *Droits et discriminations*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1^{er} et 8 février 2008, pp. 10 et s. *Adde*, dans le contexte du droit comparé, l'observation pertinente de X. THUNIS, « Comparer : de la réaction spontanée à l'outil méthodique », *Ann. dr. Louv.*, 2006, pp. 25 et s., spéc. p. 28 (« il n'est pas possible de poser *a priori* les conditions de validité d'une comparaison, indépendamment du contexte et de la stratégie poursuivie par celui qui la pratique »).

II. Le test de la comparabilité présente en outre une complexité particulière lorsqu'il vise à rapprocher *deux situations indépendantes l'une de l'autre*. En effet, la plupart des affaires soumises à la Cour constitutionnelle portent, soit sur la légitimité d'établir un régime particulier dérogatoire au droit commun (par exemple, les règles de prescription des créances à charge de l'État), soit sur la comparaison entre deux parties ayant des intérêts opposés dans le cadre d'un même rapport de droit (par exemple, le demandeur et le défendeur dans un procès). Dans ces cas, la comparabilité des deux situations laisse peu de place à la discussion en raison du lien unissant les deux hypothèses. Il n'en va pas de même lorsque l'on songe à comparer des institutions conceptuellement indépendantes l'une de l'autre, telles que par exemple la confirmation et la ratification, ou la nullité et la résolution. Ne peut-on, dans ce cas, opposer à l'application du principe d'égalité que ces institutions sont si radicalement différentes, et présentent si peu de liens, qu'elles ne peuvent être utilement comparées ?

Ainsi, considérant qu'il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsque cette question compare deux procédures différentes et ne concerne dès lors pas une distinction entre des personnes ou des parties, qui se trouvent dans une même situation juridique, mais une distinction entre des personnes qui se trouvent en la même qualité dans des situations juridiques différentes valant pour toutes les parties, la Cour de cassation refuse de comparer la situation de l'inculpé selon qu'il soit ou non en état d'arrestation (491), celle d'une partie sollicitant la récusation d'un juge selon qu'il s'agisse d'une procédure civile ou pénale (492) la situation du prévenu et celle de l'accusé (493), la situation de l'employeur public agissant en réparation contre l'auteur d'un dommage causé à l'un de ses agents selon qu'il ait ou non été privé des prestations de travail de celui-ci (494), la situation des personnes morales de droit public et de celle des personnes morales de droit privé même lorsqu'elles fournissent des services comparables (495), ou encore l'obligation de recourir au ministère d'un avocat à la Cour de cassation pour former

(491) Cass., 8 septembre 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 393.

(492) Cass., 19 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 268.

(493) Cass., 30 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 55.

(494) Cass., 2 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 144.

(495) Cass., 19 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 237.

un pourvoi contre une décision, selon qu'elle soit rendue en matière d'établissement ou de recouvrement de l'impôt (496).

Malgré ces difficultés sérieuses, l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle révèle pourtant que celle-ci n'hésite pas à comparer des situations qui ne se trouvent pas dans un rapport de principe à exception, qui concernent des rapports de droit distincts et présentent au surplus des différences sensibles. Seul un degré suffisant d'analogie est donc requis (497).

Souvent, la solution est implicite, en ce sens que la Cour ne se prononce pas expressément sur la comparabilité des situations, mais passe directement à l'examen de la justification de la différence de traitement dénoncée (498). Ainsi, dans le domaine du droit privé au sens large, ont notamment été jugés comparables :

- les ouvriers et les employés, s'agissant de la durée du préavis (499), du montant de la pension (500), des règles du licenciement abusif (501) ou de l'imposition du pécule de vacances (502) ;
- la nullité et la résolution pour inexécution, dès lors qu'elles « sont toutes deux des modes de cessation des conventions qui ont un effet rétroactif et peuvent à ce titre être jugées comparables », s'agissant de la restitution des droits d'enregistrement (503) ;

(496) Cass., 20 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 470, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES.

(497) D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht, o.c.*, n° 637, p. 251 ; V. FLOHIMONT, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 2008, p. 229. Ainsi, par exemple, s'opposant à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle décide que « [l]a différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées », admettant ainsi la comparabilité de ces situations (C.C., 9 juillet 2013, n° 99/2013, point B.8 ; C.C., 30 mai 2013, n° 76/2013, point B.3 ; C.C., 10 mai 2012, n° 63/2012, point B.4 ; C.C., 15 décembre 2011, n° 192/2011, point B.5 ; C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, point B.5.1 ; C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, point B.13 ; C.C., 27 mai 2010, n° 65/2010, point B.5.2 ; C.C., 22 avril 2010, n° 38/2010, point B.3.4 ; C.C., 4 février 2010, n° 9/2010, point B.4 ; C.C., 4 mars 2009, n° 37/2009, point B.3).

(498) V. FLOHIMONT, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 2008, p. 234.

(499) C.A., 8 juillet 1993, n° 56/93, point B.6.3.2 (solution implicite).

(500) C.A., 12 janvier 1995, n° 1/95, point B.7 (solution implicite ; voy. également le point B.4 où il est rappelé que seules les différences de traitement entre catégories comparables entrent dans le champ d'application du principe d'égalité).

(501) C.A., 21 juin 2001, n° 84/2001 point B.8 (solution implicite).

(502) C.A., 11 décembre 2002, n° 185/2002, point B.11 (solution implicite).

(503) C.A., 8 février 1994, n° 14/94, point B.5.2.

- les membres du personnel statutaire occupés par les pouvoirs publics et les travailleurs contractuels en général, sous l'angle de la responsabilité civile résultant d'une faute légère occasionnelle (504) ou du délai de prescription de l'action en répétition de traitements indûment versés (505) ;
- le délai de prescription de l'action contractuelle du travailleur et celui de son action extracontractuelle *ex delicto* contre l'employeur (506) ;
- la situation de l'agent statutaire et celle de l'agent contractuel lorsque celui-ci a assigné son employeur pour être indemnisé du préjudice que ce dernier lui a causé en n'appréciant pas ses mérites sur la base de critères objectifs (507) ;
- le délai de prescription de l'action contractuelle dirigée contre un avocat et celui de l'action extracontractuelle dirigée contre un tiers en toute matière (508) ;
- la situation des conjoints, des cohabitants légaux et/ou des cohabitants non mariés à l'égard du droit réel d'habitation (509), en matière fiscale (510), de compensation des

(504) C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, point B.3, qui relève « la similitude des relations de travail comparées, notamment, sous l'angle de la subordination juridique ».

(505) C.C., 18 mai 2011, n° 88/2011, point B.5.1 (« Même si les différences essentielles entre les deux catégories de travailleurs mentionnées en B.2 justifient qu'ils puissent être soumis à des systèmes différents, ils se trouvent néanmoins dans des situations comparables. Dans les deux cas, le remboursement de traitements indûment payés est demandé aux travailleurs concernés »).

(506) C.A., 18 mars 1997, n° 13/97, point B.3 (« Contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, la différence de fondement juridique de ces actions ne constitue pas un élément suffisant pour conclure que les catégories de personnes auxquelles s'appliquent ces délais de prescription distincts ne sont pas comparables »).

(507) En règle, toutefois, ces deux catégories d'agents ne sont pas comparables dès lors qu'ils se trouvent dans des situations juridiques fondamentalement différentes (C.A., 16 octobre 2001, n° 127/2001, point B.5).

(508) C.A., 30 octobre 2001, n° 137/2001, point B.7 (« Bien qu'elles se trouvent dans des situations objectivement différentes, les personnes qui invoquent le préjudice que leur a causé leur avocat et celles qui ont subi, en quelque matière, un dommage causé par un tiers ne sont pas dans des situations à ce point éloignées qu'elles ne pourraient être comparées »).

(509) C.A., 24 mars 2002, n° 54/2004, point B.4 (« Le droit d'habitation vise à octroyer l'usage d'une habitation au titulaire de ce droit et à sa famille. À la lumière de cet objectif et en vue de déterminer l'étendue de ce droit, les époux et les couples non mariés sont comparables »).

(510) C.A., 11 décembre 2002, n° 185/2002, point B.5 et C.C., 2 avril 2009, n° 65/2009, point B.4 (solutions implicites) ; C.C., 26 novembre 2009, n° 187/2009, point B.3.3 (« Bien que les droits et obligations légales qui découlent d'une déclaration de cohabitation légale ne soient pas les mêmes que ceux qui résultent de l'institution du mariage, les deux catégories de personnes en cause sont suffisamment comparables dès lors que le législateur décrétait a

dépens (511), de propriété des biens (512) ou d'assiette de l'usufruit successoral mobilier (513) ;

- la situation du concessionnaire d'un service public et celle du locataire engagé dans les liens d'un contrat de bail commercial, au regard de la protection reconnue en cas de congé (514) ;
- les personnes qui élèvent un enfant, selon qu'elles aient ou non un lien de filiation avec lui (515) ;
- le failli, son gérant, son conjoint, son ex-conjoint, son cohabitant légal, sa caution – personnelle, à titre gratuit ou onéreux, ou réelle – et ses codébiteurs solidaires, en matière d'excusabilité et de suspension des voies d'exécution (516) ;
- la situation du bailleur dans un bail à ferme et celle du bailleur dans un bail d'habitation ou un bail commercial, au regard de la possibilité de mettre fin au bail de terrains situés dans une zone d'extraction de minerais de surface (517) ;
- les dettes de somme et les dettes de valeur, en matière de répétibilité des honoraires d'avocat (518) ;
- les procédures de droit social et les procédures d'expropriation d'extrême urgence, au regard des délais de recours (519) ;
- le débiteur qui introduit une procédure en règlement collectif de dettes et l'assuré social, au regard des règles de notification des jugements (520) ;
- l'administrateur provisoire et, d'une part, le curateur et le médiateur de dettes au regard de leur rémunération, et,

entendu les traiter sur un pied d'égalité relativement au régime des droits de succession qui leur est appliqué »).

(511) C.C., 12 novembre 2009, n° 181/2009, point B.7 (solution implicite).

(512) C.C., 23 juin 2010, n° 72/2010, point B.8.1.

(513) C.C., 7 novembre 2013, n° 151/2013, point B.3 (solution implicite).

(514) C.A., 12 janvier 2003, n° 32/2003, point B.4 (solution implicite).

(515) C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, points B.3.1 et B.3.2.

(516) Voy. not. C.A., 12 mai 2004, n° 78/2004, point B.11.1 ; C.A., 11 mai 2005, n° 91/2005, point B.10 ; C.A., 29 mars 2006, n° 50/2006, points B.5 et s. ; C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, points B.7, B.12.1 et B.14.3 (solutions implicites) ; C.C., 4 février 2010, n° 5/2010, point B.10 (solution implicite) ; C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, point B.5 ; C.C., 18 mai 2011, n° 80/2011, point B.10 (solution implicite) ; C.C., 18 mai 2011, n° 87/2011, point B.7 ; C.C., 13 juin 2013, n° 86/2013, point B.5.3.

(517) C.A., 24 mai 2006, n° 87/2006, point B.11 (solution implicite).

(518) C.A., 14 juin 2006, n° 95/2006, point B.14 (solution implicite).

(519) C.A., 13 décembre 2006, n° 197/2006, point B.4 (solution implicite).

(520) C.A., 15 mars 2007, n° 40/2007, point B.8.1 (solution implicite).

- d'autre part, le subrogé tuteur en matière de conflit d'intérêts (521) ;
- la situation des preneurs et des bailleurs de baux d'habitation, d'une part, et celle des preneurs et des bailleurs d'autres sortes de baux, tels que le bail commercial et le bail à ferme, d'autre part, en ce qui concerne l'obligation d'établir une convention écrite (522) ;
 - la nullité d'un acte authentique notarié et la nullité d'un acte authentique judiciaire, en matière de sanction des règles de forme (523) ;
 - la faillite et le règlement collectif de dettes, s'agissant de l'exclusion de la masse des indemnités de réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite (524) ;
 - les créanciers d'une société commerciale en liquidation et ceux d'une ASBL en liquidation (525) ;
 - les citoyens et les pouvoirs publics, en ce qui concerne l'interdiction de commettre une discrimination (526) ;
 - les éditeurs de partitions et les éditeurs de livres, au regard du droit de reproduction des œuvres qui sont fixées sur un support graphique ou analogue (527) ;
 - les avocats, magistrats, greffiers et huissiers de justice, au regard du délai de prescription de l'action disciplinaire (528) ;

(521) C.A., 15 mars 2007, n° 43/2007, points B.4 et B.10.

(522) C.C., 26 juin 2008, n° 92/2008, point B.4.2, qui ajoute : « La circonstance que les législations distinctes présentent des différences – en ce qui concerne, notamment, les formalités à respecter, les droits et les devoirs des parties et le régime du congé – n'y change rien, dès lors que toutes les catégories de preneurs et de bailleurs concluent des conventions en vertu desquelles les seconds mettent un bien immobilier temporairement à la disposition des premiers ».

(523) C.C., 31 juillet 2008, n° 109/2008, point B.2.3.

(524) C.C., 2 octobre 2008, n° 134/2008, point B.10 et références citées.

(525) C.C., 20 novembre 2008, n° 161/2008, point B.3 (« La liquidation d'une société commerciale, comme celle d'une ASBL, tend au paiement des créanciers, la liquidation visant le règlement définitif de l'actif et du passif de ces sociétés. De ce point de vue, la situation des créanciers est suffisamment comparable, de même, d'ailleurs, que celle des liquidateurs qui sont dans les deux cas chargés de mener à bien le paiement des créanciers »).

(526) C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, points B.10.1 et s.

(527) C.C., 23 avril 2009, n° 69/2009, point B.9 ; C.C., 16 juillet 2009, n° 127/2009, point B.6.

(528) C.C., 4 avril 2010, n° 8/2010, points B.3 et s.

- la SCRI, la SCRL, la SPRL et la SA au regard de la possibilité d'introduire une action sociale minoritaire (529) ;
- les autorités administratives, selon qu'elles doivent se défendre au contentieux de l'indemnité devant le Conseil d'État ou au contentieux de la responsabilité civile extra-contractuelle (530) ;
- le preneur dans le cadre d'un bail commercial, selon que celui-ci soit conclu à durée déterminée ou indéterminée, au regard du droit de demander la révision triennale du loyer (531) ;
- les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises, en ce qui concerne la protection des consommateurs (532) ;
- les baux d'habitation écrits et les baux d'habitation oraux, en ce qui concerne la possibilité de résiliation par le preneur (533) ;
- un sous-traitant au premier, au deuxième ou au troisième degré, pour les besoins de l'action directe (534) ;
- les couples de même sexe et les couples de sexe différent, en ce qui concerne les conséquences de l'adoption plénière d'un enfant mineur sur son nom de famille (535).

De son côté, la Cour de cassation a par ailleurs admis la comparabilité entre le chômeur à temps plein et le jeune travailleur bénéficiaire des allocations d'attentes, lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences du non-respect d'un engagement pris dans un contrat d'activité (536), de même qu'entre les avocats intervenant pour compte d'une personne morale de droit privé et ceux intervenant pour compte d'une personne

(529) C.C., 16 septembre 2010, n° 102/2010, point B.3.2 (« La circonstance que des règles spécifiques s'appliquent aux différentes formes de sociétés mentionnées dans les questions préjudicielles et que les personnes souhaitant faire partie d'une société peuvent choisir telle ou telle forme sociale n'empêche pas qu'en ce qui concerne la possibilité d'intenter ou non une action minoritaire, ces différentes formes de sociétés sont comparables dans le cadre d'un examen au regard du principe d'égalité et de non-discrimination »).

(530) C.C., 9 décembre 2010, n° 138/2010, point B.2.

(531) C.C., 22 décembre 2010, n° 150/2010, point B.3.2.

(532) C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, point B.4 ; C.C., 9 juillet 2013, n° 99/2013, point B.7.

(533) C.C., 1^{er} décembre 2011, n° 182/2011, point B.3 (solution implicite).

(534) C.C., 2 février 2012, n° 12/2012, point B.8 (solution implicite).

(535) C.C., 1^{er} mars 2012, n° 26/2012, point B.4.2.

(536) Cass., 9 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 648, avec les conclusions contraires de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ.

morale de droit public dans le cadre de la prévention des conflits d'intérêts (537).

III. Au demeurant, la souplesse dont la Cour constitutionnelle fait preuve dans l'appréciation de la comparabilité des situations pourrait bien trouver son aboutissement dans la disparition presque complète de cette condition. C'est du moins l'impression qui ressort à la lecture de certains arrêts décidant que :

« L'allégation que des situations ne sont pas suffisamment comparables ne peut aboutir à ce que les articles 10 et 11 de la Constitution ne seraient pas applicables. Elle peut uniquement avoir pour effet d'abrégé la démonstration de la compatibilité avec ces dispositions, lorsque les situations sont à ce point éloignées qu'il est immédiatement évident qu'un constat de discrimination ne saurait résulter de leur comparaison minutieuse » (538).

Dans ces conditions, et quoiqu'une certaine prudence reste de mise, il ne nous paraît pas exclu d'établir une comparaison entre certaines des institutions faisant l'objet de notre étude. Il en va d'autant plus ainsi que nous veillerons à ne comparer que des hypothèses dans lesquelles l'effet rétroactif de ces institutions poursuit un but similaire, tel que la perfection d'un droit inachevé, l'effacement d'un droit, etc. La nature et le but des institutions en cause sont en effet essentiels pour effectuer le test de comparabilité, deux catégories pouvant être comparables au regard de certaines règles seulement (539).

(537) Cass. 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 328, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT.

(538) C.C., 30 septembre 2010, n° 109/2010, point B.3.2 (comparaison entre les requérants au Conseil d'État selon qu'ils aient un intérêt direct ou indirect à l'annulation) ; C.A., 26 janvier 2005, n° 23/2005, point B.5.2 (comparaison entre les curateurs et d'autres catégories gérant les fonds de tiers, tels que notaires, tuteurs, administrateurs provisoires et médiateurs de dettes) ; sur cette jurisprudence, voy. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, p. 581.

(539) Voy. les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT avant Cass. 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 328, spéc. p. 1376 ; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, o.c.*, n° 638, p. 252 ; V. FLOHIMONT, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 2008, p. 230. Voy. également C.J.C.E. (gr. ch.), 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, point 26 : « Les éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet et du but de l'acte communautaire qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause ».

65. Deuxième étape : l'objectivité du critère de différenciation. Pour être admissible, une différence de traitement entre deux situations comparables doit reposer sur un critère objectif. Cette condition ne pose d'ordinaire aucune difficulté (540).

66. Troisième étape : la détermination du but poursuivi par le législateur. Une étape essentielle du raisonnement suivi par la Cour constitutionnelle consiste à rechercher le but poursuivi par le législateur en édictant la différence de traitement critiquée, lequel but ne peut en principe être illégitime (541). Cette recherche s'effectue en principe sur la base des travaux préparatoires (542). Deux difficultés principales peuvent toutefois se présenter, s'agissant en particulier de règles aussi anciennes que celles faisant l'objet de la présente étude.

I. D'abord, les travaux préparatoires peuvent se révéler lacunaires (543). Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le Code civil, qui constitue la source première des institutions étudiées ici (544). En outre, l'effet rétroactif qui leur est aujourd'hui reconnu procède essentiellement de constructions doctrinales et

(540) B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, p. 585.

(541) La question est toutefois délicate dès lors qu'elle confine à un contrôle de l'opportunité de la règle, domaine réservé du législateur. Aussi la Cour constitutionnelle se montre-t-elle sur ce point fort prudente (voy. N. BANNEUX, *o.c.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, pp. 45 et s. ; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, *o.c.*, n^{os} 646 et s., pp. 255 et s. ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, p. 589 ; pour un cas où elle relève expressément que le but poursuivi par le législateur est légitime, voy. C.C., 16 juin 2011, n^o 104/2011, point B.9), à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'autorise quant à elle expressément à vérifier si la différence de traitement « s'inspir[e] de l'intérêt public » (C.E.D.H. (Gr. ch.), 12 février 2008, *Kafkaris C. Chypre*, n^o 21906/04, § 161 ; comp. dans le même sens US Supreme Court, 26 juin 2013, *United States C. Windsor*, n^o 12-307, slip op., pp. 25 et s., décidant que le Defense Of Marriage Act « is invalid, for no legitimate purpose overcomes the purpose and effect to disparage and injure those whom the State, by its marriage laws, sought to protect in personhood and dignity. By seeking to displace this protection and treating those persons as living in marriages less respected than others, the federal statute is in violation of the Fifth Amendment »).

(542) N. BANNEUX, *o.c.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, p. 45 ; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, *o.c.*, n^o 652, p. 257 ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, p. 589.

(543) Sur les limites inhérentes à toute recherche de la volonté du législateur, voy. *supra*, n^o 25.

(544) Sur « la quête utopique » de l'intention des auteurs du Code civil, voy. en particulier R. BEAUTHIER, *Le secret intérieur des ménages et les regards de la Justice. Les relations personnelles entre époux en Belgique et en France au XIX^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, n^{os} 52 et s., pp. 72 et s.

jurisprudentielles qui lui sont postérieures. A défaut de pouvoir identifier le but de cette rétroactivité dans les travaux préparatoires, le juge devra par conséquent analyser l'institution en cause et tenter de mettre en lumière ses objectifs, pour reconstruire en quelque sorte fictivement la « volonté du législateur » (545).

II. Ensuite, aussi vénérable soit-il, le Code civil est une œuvre qui a subi, à bien des égards, les ravages du temps. Les conceptions sociales et politiques actuelles ne sont certes plus celles qui avaient cours lors de son édicition. Quelle attitude convient-il dès lors d'adopter à l'égard d'une législation dont la *ratio legis* aurait perdu, depuis son adoption, sa pertinence ? La Cour constitutionnelle adopte sur ce point une attitude nuancée : elle admet, d'une part, que le poids de l'histoire continue à justifier certaines distinctions qui ont largement perdu aujourd'hui leur raison d'être (546); mais, d'autre part, elle censure parfois les dispositions qui ont avec le temps perdu toute justification (547). Enfin, il se peut que le but d'une norme évolue, de sorte que, même si elle ne se justifie plus au regard des circonstances envisagées lors de son adoption, son maintien dans l'arsenal juridique ne soit pas pour autant jugé discriminatoire (548).

(545) D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, o.c.*, n° 652, pp. 257 et s.

(546) Ainsi, par exemple, à propos de la distinction entre ouvriers et employés, C.A., 8 juillet 1993, n° 56/1993, point B.6.3.1. Une distinction qui ne trouve plus son fondement que dans des justifications dépassées ne peut toutefois se maintenir perpétuellement : voy., à la suite de cet arrêt, C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011, accordant au législateur un délai jusqu'au 8 juillet 2013 pour faire disparaître la différence de traitement entre ouvriers et employés en ce qui concerne le délai de préavis ainsi que le jour de carence ; *adde* depuis lors la loi du 26 décembre 2013 « concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement ».

(547) On peut voir dans ce phénomène une forme de « caducité des actes législatifs par disparition de leur cause ». Voy. ainsi, en matière de dégâts des lapins, C.A., 21 mars 2007, n° 44/2007, points B.5 et s., *Rev. fac. dr. ULG*, 2007, p. 403, note F. VANDEVENNE, et, *a contrario*, en matière de dégâts causés par le gros gibier, C.C., 11 mars 2009, n° 43/2009, point B.4.2 ; voy. également, en matière d'assurance-vie, C.C., 26 juin 2008, n° 96/2008, point B.6.4 ; sur le régime juridique des véhicules sur rails, C.A., 26 juin 2002, n° 109/2002, point B.5.2 ; C.A., 15 juillet 1998, n° 92/98, point B.3 ; cons. sur cette jurisprudence M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 623 et s. ; comp., **en France**, Cons. const., 30 juillet 2010, déc. n° 2010-14/22 QPC, point 29 ; **en Allemagne**, la doctrine du *Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, à propos de laquelle BVerfG, 6 novembre 2012, 2 BvL 51/06, point 68.

(548) Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, o.c.*, n° 650, p. 257.

67. Quatrième étape : la pertinence de la différence de traitement. Le but de la différence de traitement ayant été mis au jour, la Cour constitutionnelle vérifie si cette différence est bien pertinente au regard du but poursuivi, c'est-à-dire si elle est en adéquation avec celui-ci et est de nature à permettre de l'atteindre. A défaut, la règle qui établit cette différence est contraire au principe d'égalité (549).

68. Cinquième étape : la proportionnalité de la différence de traitement. L'étape finale du raisonnement consiste dans le test de proportionnalité. Il s'agit d'opérer une balance des intérêts pour s'assurer que la mesure, à savoir la différence de traitement critiquée, n'entraîne pas des effets qui excèdent déraisonnablement le but poursuivi par le législateur.

L'appréciation de la proportionnalité étant fort délicate dès lors qu'elle confine au contrôle d'opportunité (550), nous nous limiterons au cours de cette étude à tracer des pistes de réflexion à ce propos, tant il est difficile d'anticiper sur l'opinion du juge constitutionnel. Cela étant, on insistera d'emblée sur la réserve (*judicial self-restrain*) dont la Cour constitutionnelle devrait à notre sens faire preuve dans le maniement du principe d'égalité. En effet, si celui-ci constitue un canal salutaire par lequel des considérations morales et de justice peuvent pénétrer dans le droit, il convient cependant toujours de veiller à ce que ces valeurs ne viennent pas mettre en péril la cohérence globale de l'ordre juridique, garante de la sécurité juridique (551). Il importe dès lors que, sauf lorsque la solution contraire impliquerait une violation insupportable des exigences de justice, la fonction subversive du principe constitutionnel d'égalité n'aboutisse pas à remettre en cause des principes fondamentaux de l'ordre juridique (552).

(549) Cons. à ce propos B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, pp. 585 et s. Voy. par exemple C.C., 2 avril 2009, n° 65/2009, point B.5 : dès lors que le mode de cohabitation ne peut influencer la volonté de réinsertion sur le marché du travail, il n'y pas lieu de taxer différemment le bénéficiaire d'une allocation de chômage, selon qu'il soit ou non marié avec son cohabitant.

(550) Voy. not. P. POPELIER, « Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever », *R.W.*, 2006-2007, pp. 243 et s., n° 7, p. 245.

(551) Sur le difficile équilibre à trouver entre les exigences de justice et de cohérence, voy. *supra*, n° 31.

(552) Voy. par exemple, à propos du principe de spécialité en droit des biens, *infra*, n° 556.

69. Suite – Importance du raisonnement *a fortiori*.

Nonobstant la large marge de manœuvre dont elle dispose dans l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle offre néanmoins certaines indications permettant de préciser ce test.

Ainsi, parmi les critères utilisés de manière récurrente, on relève le recours au raisonnement *a fortiori*. À ce titre, une mesure apparaîtra comme disproportionnée pour atteindre un certain objectif lorsqu'une mesure moins grave est par ailleurs mise en oeuvre pour atteindre un autre objectif considéré pourtant comme plus important (553).

Ce mode de raisonnement est particulièrement fréquent dans la comparaison entre le régime de la faute civile et celui de la faute pénale, celle-ci étant considérée comme plus grave que celle-là. Ainsi, la victime d'une infraction ne peut être contrainte à agir en réparation dans un délai sensiblement inférieur à celui prévu en droit commun en l'absence de toute infraction (554). Dans le même ordre d'idées, une infraction pénale étant considérée comme plus grave qu'un comportement sanctionné d'une simple amende administrative, la sanction infligée dans ce dernier cas ne peut être plus importante que celle encourue dans le premier cas (555).

De même, le fait de provoquer une faillite est considéré comme moins grave que la commission d'une infraction pénale. Dès lors, s'il n'est pas déraisonnable d'accorder au tribunal un pouvoir d'appréciation avant d'infliger l'interdiction d'exercer toute activité commerciale à un failli auquel il n'est reproché qu'une faute civile alors qu'une telle interdiction était automatique en cas de faute pénale (556), il est en revanche disproportionné d'interdire de manière automatique

(553) Sur le raisonnement *a fortiori* en général, cons. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n° 25, p. 68 ; C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n° 8, p. 8, et n° 33, pp. 55 et s.

(554) Voy. C.C., 22 décembre 2010, n° 157/2010, point B.4.2 ; C.C., 4 juin 2008, n° 95/2009, point B.5 ; C.A., 21 mars 1995, n° 25/95, point B.4.3.

(555) C.C., 11 mars 2009, n° 42/2009, point B.20 : « Pour justifier le montant des amendes administratives, il avait été observé, dans les travaux préparatoires de la loi du 10 avril 1990, que "si cependant le montant de l'amende est suffisamment élevé, l'effet dissuasif en sera incontournable" (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 775-1, p. 20). Une telle considération peut justifier que le maximum des amendes puisse atteindre 25 000 euros. Mais elle ne peut expliquer que, dans la même loi, les infractions pénales, qui sont censées être plus graves que les infractions punies d'une amende administrative, puissent être réduites à des montants largement inférieurs à ceux des amendes administratives. Une telle situation, en ce qui concerne le taux et les mesures de modération de la peine, doit être considérée comme étant à ce point incohérente qu'elle conduit à une différence de traitement manifestement déraisonnable ».

(556) C.A., 27 mai 1998, n° 57/98, point B.4.2.

à un failli d'exercer des fonctions d'administrateur alors qu'une telle interdiction doit faire l'objet d'un débat avant d'être infligée par le juge répressif (557) ainsi que de ne pas faire bénéficier ce même failli de la limitation dans le temps de cette interdiction prévue en faveur du prévenu condamné (558). Il est également disproportionné de ne pas permettre au failli (ou au dirigeant d'une société faillie) n'ayant commis aucune infraction de bénéficier d'une mesure d'adoucissement de l'interdiction qui lui est infligée (559) ou d'un sursis (560) alors qu'une telle mesure serait possible au cas où il aurait commis une infraction.

La Cour constitutionnelle considère enfin que, dès lors que les associés d'une SCRI courent un risque patrimonial plus important que les associés d'une SCRL en cas de faute de leurs gérant, puisque la responsabilité est pour ceux-ci limitée à leurs apports tandis qu'elle est pour ceux-là illimitée est solidaire, il est disproportionné d'introduire l'action minoritaire au sein de la SCRL tout en la refusant au sein de la SCRI (561).

Un tel mode de raisonnement se révélera fort utile lorsqu'il s'agira de comparer le régime d'institutions poursuivant des buts similaires mais d'intensité différente. Ainsi, par exemple, la nullité et la résolution tendent toutes deux à la remise des choses en leur pristin état, mais la première est instituée dans l'intérêt de la loi, dont la violation remonte à la conclusion du contrat, tandis

(557) C.A., 21 juin 2000, n° 77/2000, point B.3 : « Compte tenu de la gravité de la mesure, résultant de l'étendue considérable de la restriction qu'elle apporte à la liberté du commerce et de l'industrie, de telles modalités vont au-delà de ce que le législateur a lui-même jugé suffisant pour atteindre l'objectif poursuivi, dans le même domaine, lorsque l'interdiction professionnelle est imposée à la suite, non pas – comme le prévoit l'article 3 – d'une faillite, mais d'une condamnation pénale. Dans ce dernier cas, en effet, il a permis qu'un débat sur l'interdiction et la durée de celle-ci ait lieu devant le juge. Si la faute que révèle en principe une condamnation pénale ne paraît pas au législateur justifier l'automatisme, la faillite, qui n'implique pas nécessairement une faute ni même un manque de savoir-faire, ne le justifie pas non plus. »

(558) C.A., 21 juin 2000, n° 77/2000, point B.6.2 : « Quoiqu'elle ne vise que les articles 1^{er}, 1^{er}bis et 2 de l'arrêté royal en cause, cette disposition doit être entendue comme s'appliquant, par analogie, à l'article 3, le législateur n'ayant pas manifesté l'intention de priver les faillis non réhabilités du régime qu'il mettait en place pour les personnes ayant encouru les condamnations pénales précitées. Il ne pourrait d'ailleurs, sans incohérence, avoir maintenu un régime plus sévère pour les premiers que pour les seconds ».

(559) C.C., 22 novembre 2007, n° 144/2007, point B.7 ; C.A., 12 juillet 2006, n° 119/2006, point B.5 (« Une telle différence de traitement n'est pas raisonnablement justifiée : elle aboutit à traiter les faillis dont les fautes de gestion sont censées être les plus graves, puisqu'elles constituent des infractions pénales plus favorablement que les faillis qui n'ont pas commis de faute pénale »).

(560) C.C., 31 mai 2012, n° 70/2012, point B.6.1 (identique au motif reproduit à la note précédente).

(561) C.C., 16 septembre 2010, n° 102/2010, point B.9.

que la seconde ne tend qu'à l'intérêt du créancier et résulte d'une méconnaissance du contrat postérieure à sa conclusion; dans ces conditions, il paraît raisonnable d'admettre que les effets de la résolution soient, en règle, moins drastiques que ceux de la nullité (562).

70. Suite – Critère de la voie alternative raisonnable.

Un autre critère qui nous paraît pertinent pour apprécier si une mesure peut être considérée comme proportionnée est celui de la voie alternative raisonnable. L'idée est qu'un sujet de droit ne peut se plaindre d'être privé d'un avantage ou d'une voie de droit par une norme législative si l'ordre juridique lui offre par ailleurs une autre possibilité raisonnable d'obtenir un résultat équivalent.

Ce principe, qui n'est certes pas énoncé de manière aussi abstraite par la jurisprudence, est tout d'abord issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux restrictions admissibles au droit d'accès à un juge. Il a ainsi été appliqué en matière d'immunités parlementaires (563), de privilège de juridiction des magistrats (564), de voies de recours contre les décisions administratives (565) et d'immunité des organisations internationales (566).

Bien que formulé de manière moins explicite, le même critère se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle du principe d'égalité. Ce critère a ainsi été utilisé en matière environnementale (567), urbanistique (568) ou

(562) Voy. *infra*, n° 378, III.

(563) Voy. C.E.D.H., 24 février 2009, *C.G.I.L. et Cofferati C. Italie*, § 76 ; C.E.D.H., 20 avril 2006, *Patrono, Cascini et Stefanelli C. Italie*, § 65 ; C.E.D.H., 6 décembre 2005, *Ielo C. Italie*, § 53 ; C.E.D.H., 3 juin 2004, *Jorio C. Italie*, § 56 ; C.E.D.H., 30 janvier 2003, *Cordova C. Italie*, § 65 ; voy. aussi C.E.D.H., 17 décembre 2002, *A. c. Royaume-Uni*, § 86.

(564) Voy. C.E.D.H., 15 octobre 2003, *Ernst e.a. C. Belgique*, § 86.

(565) Voy. C.E.D.H., 8 juin 2008, *Wos. C. Pologne*, § 108.

(566) Voy. C.E.D.H. (Gr. ch.), 18 février 1999, *Beer et Regan C. Allemagne*, § 58 ; C.E.D.H. (Gr. ch.), 18 février 1999, *Waite et Kennedy C. Allemagne*, § 68 ; C.E.D.H. (déc.), 5 mars 2013, *Chapman C. Belgique*, n° 39619/06, § 51 ; Cass., 21 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 773, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.C.J.B.*, 2011, p. 234, note E. David ; Cass., 21 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 769 ; Cass., 21 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 768 ; voy. également C.E.D.H. (Gr. ch.), 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein C. Allemagne*, § 48.

(567) Le législateur peut ainsi taxer de manière dissuasive la feuille d'aluminium, nuisible à l'environnement, dès lors qu'il existe des produits de substitution réutilisables pour ses usages les plus courants (voy. C.C., 17 juillet 2008, n° 108/2008, point B.7).

(568) Voy. en ce sens C.C., 31 mai 2011, n° 102/2011, point B.5.2 *in fine* ; C.C., 3 février 2011, n° 22/2011, point B.5.2 *in fine* ; C.C., 13 janvier 2011, n° 2/2011, point B.7.2 *in fine*.

économique (569), mais il est surtout invoqué dans le domaine de l'organisation des voies de recours. C'est ainsi que le soumissionnaire privé de la possibilité de saisir le Conseil d'État n'est pas discriminé, dès lors qu'il a la possibilité de faire contrôler la légalité de la décision d'attribution par le juge judiciaire qui dispose d'une compétence de pleine juridiction (570). De même, la décision de ne pas créer de recours auprès du ministre de la Justice « ne porte [...] pas atteinte aux droits des intéressés, qui peuvent introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État contre la décision du gouverneur, sans devoir au préalable introduire un recours devant le ministre de la Justice » (571). En revanche, en l'absence d'une décision administrative relative à l'octroi d'un permis d'urbanisme (hypothèse où l'autorisation de passer à l'exécution des travaux constitue un effet direct attaché par le décret au silence de l'Administration), le juge judiciaire ne présente pas pour le justiciable des garanties comparables à celles que lui aurait offert l'instauration d'un recours au Conseil d'État, ce qui est discriminatoire (572). De même, la ratification d'un permis d'urbanisme par voie décrétole est en principe discriminatoire, dans la mesure où le recours devant la Cour constitutionnelle, en raison de sa compétence limitée, n'offre pas les mêmes garanties qu'un recours devant le Conseil d'État (573).

71. Suite – Limites de la comparaison trait pour trait.

Enfin, dernière indication utile pour l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure, la Cour constitutionnelle a précisé qu'en présence de deux catégories de personnes présentant des différences objectives qui justifient qu'elles soient soumises à des systèmes différents, « il est admissible que la comparaison trait pour trait des deux systèmes fasse apparaître des différences de traitement, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, sous la réserve que chaque règle doit être conforme à la logique du système auquel elle appartient » (574).

(569) Voy. ainsi C.C., 7 août 2013, n° 119/2013, point B.6.5, à propos de l'inapplicabilité de l'article 1907*bis* du Code civil au contrat d'ouverture de crédit ; C.C., 10 juillet 2008, n° 111/2008, point B.25.1, à propos des moyens d'actions, autres que la clause résolutoire expresse, dont dispose le bailleur en cas de manquement du locataire à ses obligations.

(570) C.C., 30 octobre 2012, n° 131/2012, point B.10.

(571) C.C., 19 décembre 2007, n° 157/2007, point B.60.3.

(572) C.A., 21 mars 2007, n° 49/2007, point B.8.

(573) Voy., pour plus de détails, C.C., 21 février 2013, n° 11/2013, point B.9.2 ; C.C., 22 novembre 2012, n° 144/2012, points B.9.3 et s.

(574) C.C., 18 juin 2009, n° 102/2009, point B.4.1 ; C.C., 15 janvier 2009, n° 3/2009, point B.3 ; C.C., 20 juin 2007, n° 89/2007, point B.8 ; C.A., 28 mars 2007, n° 50/2007, point B.10 ; C.A.,

Ainsi, par exemple, en matière de licenciement abusif des travailleurs, la Cour constitutionnelle a admis que le régime de faveur instauré par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (limitation des motifs admissibles de licenciement, renversement de la charge de la preuve et fixation forfaitaire de l'indemnité) ne soit accordé qu'aux ouvriers et non aux employés, parce que ce régime est « en rapport avec l'objectif poursuivi de rapprocher progressivement les niveaux de protection : loin de créer une inégalité, le législateur, en matière de stabilité de l'emploi, n'a introduit une différence de traitement que dans le souci d'en compenser une autre, celle qui privilégie les employés quant aux délais de préavis », et ce, d'autant qu'un employé peut toujours critiquer son licenciement sur la base du droit commun de l'abus de droit (par où l'on voit poindre à nouveau le critère de la voie alternative raisonnable) (575).

On voit donc que, dans la comparaison de deux institutions autonomes, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à procéder à une *appréciation globale* et ne censure les différences de traitement que lorsque celles-ci trahissent un déséquilibre flagrant (576).

Compte tenu de cette limitation, le principe constitutionnel d'égalité ne permettra jamais d'uniformiser entièrement les conséquences de l'effet rétroactif à travers les différentes institutions qui y ont recours. En effet, la plupart des différences qui pourront être relevées dans le cadre d'une comparaison trait pour trait s'inscriront souvent dans la logique de l'institution en cause et seront, dès lors, susceptibles de justification. Toutefois, le principe d'égalité pourra toujours être invoqué afin de rectifier les différences d'une importance telle qu'elles menacent la cohérence du système.

30 janvier 2007, n° 25/2007, point B.4.1 ; C.A., 20 février 2002, n° 40/2002, point B.10 ; C.A., 8 mai 2001, n° 64/2001, point B.10 (décisions rendues à propos de la comparaison des travailleurs du secteur public et du secteur privé) ; voy. également, à propos de la comparaison du droit commun et d'un système y dérogeant, C.A., 7 juillet 2004, n° 124/2004, point B.9 ; C.A., 9 juin 2004, n° 102/2004, point B.1.3 ; C.A., 29 janvier 2004, n° 16/2004, point B.3 ; C.A., 26 juin 2002, n° 115/2002, point B.1.3 ; C.A., 13 mars 2002, n° 47/2002, point B.2.3 ; C.A., 18 avril 2001, n° 52/2001, point B.2.3 ; C.A., 1^{er} mars 2001, n° 31/2001, point B.2.3. Voy. encore, se plaçant au stade de la comparabilité, la différence de traitement relative au régime de pensions des travailleurs salariés et des agents du secteur public, C.C., 13 juin 2013, n° 88/2013, point B.6 (« Compte tenu des différences fondamentales qui répondent à la logique de chacun des systèmes, le droit privé régissant la situation juridique des travailleurs salariés, la situation juridique des agents statutaires étant régie par le droit public, ces deux catégories de personnes ne peuvent être comparées ») et les références citées au point B.5.2.

(575) C.A., 21 juin 2001, n° 84/2001, points B.6 et s.

(576) Voy. dans le même sens B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, pp. 592 et s.

Tel est le rôle – limité mais précieux – que nous proposons d’assigner à ce mécanisme correcteur (577).

§ 3. – *Sanction du principe d’égalité*

72. Principe. S’agissant d’institutions aussi anciennes que celles faisant l’objet de la présente étude, leur confrontation avec le principe d’égalité et de non-discrimination se produira en règle dans le cadre d’une question préjudicielle plutôt qu’au contentieux de l’annulation. Dans ce contexte, lorsque la Cour constitutionnelle aboutit à un constat d’inconstitutionnalité, le juge *a quo* est tenu de se conformer à l’arrêt rendu par la Cour pour la solution du litige à l’occasion duquel la question préjudicielle a été posée (578).

On relèvera au passage que la Cour constitutionnelle préfère parfois, pour offrir une alternative au constat d’inconstitutionnalité d’une norme, suggérer une autre lecture de celle-ci sur la base d’une *interprétation conforme*, dite également conciliante (579). Le recours à cette méthode d’interprétation ne requiert d’ailleurs pas nécessairement qu’une question préjudicielle soit posée, le juge judiciaire pouvant et devant même, spontanément, entre plusieurs interprétations possibles de la loi, préférer celle qui assure sa conformité à la Constitution (580).

Cette règle, en apparence simple, suscite néanmoins d’importantes difficultés d’application. Deux d’entre elles, qui ne sont au demeurant pas sans lien, se posent avec une acuité particulière dans le domaine de la rétroactivité contractuelle. Il s’agit, d’une part, de l’absence de portée matérielle du principe d’égalité (I) et, d’autre part, du comblement des lacunes législatives (II) (581).

(577) Voy. déjà *supra*, n° 6.

(578) Article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

(579) Sur cette technique, qui ne présente pas de spécificité particulière dans le domaine de la rétroactivité, cons. not. P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 11, p. 246.

(580) Voy. Cass., 12 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 473. On notera que cette méthode peut également être utilisée pour assurer la conformité de la loi au droit de l’Union (Cass., 14 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 468, avec les conclusions de M. l’avocat général D. VANDERMEERSCH) ou au droit international coutumier (Cass., 12 février 2003, *Pas.*, 2003, n° 98).

(581) Sur ces deux problématiques, voy. N. BANNEUX, *o.c.*, *L’égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, pp. 21 et s. ; J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, « Les questions préjudicielles sur la violation du principe constitutionnel d’égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d’arbitrage », *Liber amicorum Paul Martens*.

I. – Absence de portée matérielle du principe d'égalité

73. Position du problème. On souligne parfois que le principe d'égalité se distingue des autres droits fondamentaux en ce qu'il n'impose, à lui seul, aucun contenu déterminé aux normes adoptées par le législateur (582). Sa portée demeurerait dès lors purement formelle.

Ainsi, en présence d'une discrimination entre un sujet de droit X qui jouit d'un droit et d'un sujet de droit Y auquel cet avantage est dénié, le principe d'égalité requiert qu'il soit mis fin à cette discrimination, mais ne prescrit aucune voie pour parvenir à ce résultat. Pour rétablir l'égalité, le législateur pourrait, par conséquent, aussi bien étendre à Y le bénéfice du droit qu'abroger la disposition favorisant X (583). Il pourrait même adopter une autre voie en

L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 785 et s. ; J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité. À propos de la réparation des dommages causés à des usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train », *J.T.*, 2009, pp. 257 et s. ; P. MARTENS, « Le juge légiférant », obs. sous C.C., 11 janvier 2012, n° 1/2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 557 et s. ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique lors du XIV^e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, 4 décembre 2007, accessible sur www.archive.org (une version abrégée et actualisée de ce rapport a été publiée sous le titre « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s.) ; P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, pp. 243 et s. ; B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », obs. sous *Trav. Bruxelles*, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 635 et s. ; B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du "nivellement par le bas" à la "lacune" », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 419 et s. ; B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, pp. 595 et s. ; D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. B. dr. const.*, 1999, pp. 237 et s. ; J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les "lacunes législatives" », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 213 et s. ; M. TRAEST, « Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof », *R.W.*, 2008-2009, pp. 306 et s. ; P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. dr. ULB*, 2002/25, pp. 1 et s., n^{os} 37 et s., pp. 55 et s. ; S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, tome 1, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, n^{os} 243 et s., pp. 343 et s.

(582) B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, pp. 423 et s., qui parle de la « vacuité » du principe d'égalité ; *adde* D. RIBES, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 1999, p. 262, à propos de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Comp. également C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Audiolux e.a.*, C-101/08, points 59 et s.

(583) H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 6^e éd., München, C.H. Beck, 2011, § 95, n° 23, p. 753 ; B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, pp. 424 et s. Pour une illustration frappante de ce raisonnement, voy. l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis rendu dans l'affaire *Palmer C. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971) qui, après

octroyant à X et Y un droit identique, mais différent de celui qu'il avait accordé initialement à X (584), ou encore en redéfinissant de manière tout à fait différente le champ d'application de la loi sans plus faire référence aux groupes auxquels appartiennent X et Y (585). En ce sens, on peut dire que la compétence du législateur pour assurer le respect du principe constitutionnalité d'égalité est discrétionnaire et non liée (586).

Si, confronté au constat d'une discrimination par le juge constitutionnel, le législateur paraît donc jouir d'une large marge de manœuvre pour y remédier, quelle attitude doit cependant être adoptée dans l'immédiat par le juge *a quo*, sachant qu'il ne peut en tout cas, à peine de déni de justice (587), se refuser à statuer dans l'attente d'une réaction du Parlement ?

Sans doute cette difficulté est-elle rarement perçue en pratique. La plupart du temps, en effet, le simple « bon sens » conduit le juge *a quo* à opter pour la branche de l'alternative qui étend les droits du justiciable plutôt que pour celle qui les restreint (588). Cette solution s'inscrirait au demeurant dans le prolongement de la mission du juge constitutionnel, gardien des libertés indivi-

avoir dans un premier temps condamné la ségrégation pratiquée par une ville de l'État du Mississippi qui interdisait aux citoyens noirs l'accès aux piscines publiques, décide que cette ville ne méconnaissait pas l'*Equal Protection Clause* contenue dans le 14^e amendement de la Constitution américaine en fermant ces piscines publiques, privant d'accès à celles-ci aussi bien les citoyens blancs que noirs (*adde* la critique de P. WESTERN, « The Empty Idea of Equality », *Harvard L.R.*, vol. 95, n° 3, 1982, pp. 537 et s., spéc. pp. 590 et s.). Plus proche de nous, voy. également Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 328, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, où la Cour annule un règlement de l'OBFG sur les conflits d'intérêts au motif que ce règlement limite, sans justification objective et raisonnable, son champ d'application aux avocats intervenant pour le compte de personnes morales de droit privé sans viser les avocats intervenant pour le compte de personnes morales de droit public, alors qu'il ne ressort pas des travaux préparatoires du règlement que le risque de conflit d'intérêts serait moins grand en ce qui concerne ces dernières. Comp. en revanche la jurisprudence du *Bundesarbeitsgericht* qui, en présence d'une convention collective du travail prévoyant un salaire inférieur en faveur des femmes qu'en faveur des hommes, a, après avoir annulé la clause discriminant les femmes, étendu à leur profit le salaire prévu pour les hommes (BAG, 6 avril 1955, *AP*, GG Art. 3 Nr. 7).

(584) P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 8, p. 245.

(585) H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, § 95, n° 23, p. 754.

(586) Comp., s'agissant du respect du principe d'égalité par l'Administration, Cass., 24 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 546, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL : « La manière dont elle doit garantir l'égalité des citoyens est concrètement interprétée par l'Administration, qui dispose à cet égard d'une certaine liberté d'appréciation ».

(587) Ainsi, par exemple, la circonstance que l'indemnisation des frais de défense pourrait faire l'objet d'une intervention du législateur ne dispense pas le juge de l'obligation de statuer sur l'objet de la demande (Cass., 11 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 479).

(588) B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 432.

duelles (589). Le juge *a quo* devrait donc systématiquement opter pour le « rétablissement [...] vers le haut » de l'égalité (590).

Le problème ne doit cependant pas être sous-estimé, particulièrement en matière de rétroactivité des actes et des faits juridiques.

En effet, dans la plupart des cas où la Cour constitutionnelle identifie une discrimination, celle-ci gît dans l'édiction d'un régime d'exception dépourvu de justification objective et raisonnable. La tendance consiste alors le plus souvent – mais pas toujours (591) – à revenir à la règle générale, ce qui permet donc de résoudre le dilemme (592). Or, quand il s'agit, comme dans la présente étude, de comparer des institutions indépendantes l'une de l'autre, telles la ratification et la condition suspensive, ou la nullité et la résolution, il n'est plus possible de considérer l'une comme étant la règle générale et l'autre l'exception. Dans ces conditions, il ne resterait au juge *a quo*, selon certains auteurs, qu'à constater son impuissance à choisir entre les deux branches de l'alternative, à peine d'usurper la place du législateur (593).

En outre, il ne faut pas perdre de vue tout ce que la notion de « rétablissement vers le haut » a d'équivoque, surtout dans le domaine du droit privé. En effet, en règle, au droit d'une personne correspond toujours l'obligation d'une ou plusieurs autres. Opter pour une branche de l'alternative au seul motif qu'elle serait « meilleure » dès lors qu'elle étendrait les droits d'une catégorie d'individus, c'est oublier qu'elle est également « pire » qu'une autre

(589) B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 431.

(590) B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 432 ; voy. également B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, p. 596. On notera que cette vision « optimiste » a parfois été démentie par la jurisprudence. Voy. ainsi C.C., 8 mars 2012, n° 35/2012, point B.6.3 : l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 en matière de responsabilité des véhicules automoteurs est discriminatoire en ce qu'il s'applique à des véhicules sur rails indépendamment du lieu de l'accident, alors que les véhicules ordinaires n'entrent dans le champ de cette disposition que lorsqu'ils circulent sur la voie publique ou en des lieux assimilés. Le rétablissement de l'égalité passe donc, en l'espèce, par l'exclusion de la SNCB du champ d'application de la disposition, et donc par la réduction des droits des usagers faibles de la route.

(591) Voy. not. C.A., 28 janvier 2003, n° 17/2003, où la Cour décide en substance que l'article 1382 du Code civil – régime de droit commun – viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que les enseignants du secteur public ne bénéficiaient pas de l'immunité de responsabilité – régime d'exception – prévue par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; cette question a depuis lors été réglée par la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques.

(592) P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 16, p. 247.

(593) P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 18, p. 248.

en ce que cette extension des droits va nécessairement de pair avec l'aggravation de la situation des débiteurs de ce droit (594). Ce constat est particulièrement vrai en matière de rétroactivité, que la doctrine analyse de longue date comme étant une technique permettant, en cas de conflit entre plusieurs titulaires, de donner la préférence à l'un d'eux au détriment des autres (595). Écarter ou étendre la rétroactivité, c'est donc à chaque fois favoriser certains sujets de droit tout en en désavantageant d'autres. Dans ces conditions, la théorie du « rétablissement vers le haut » ne constitue plus un critère sûr. Il en résulterait une lacune que le juge *a quo* serait dans l'impossibilité de combler sans l'aide du législateur.

Reprenons ainsi l'exemple de l'effet envers les tiers de la résolution et de la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (596). Imaginons que la Cour constitutionnelle décèle une discrimination dans le fait que la résolution soit dotée d'un effet rétroactif qui puisse porter atteinte aux droits acquis des tiers tandis que ceux-ci sont immunisés contre l'effet rétroactif de la révocation pour cause d'ingratitude. Ce constat conduira-t-il à accorder au donateur le droit de se prévaloir de l'effet rétroactif de la révocation vis-à-vis des tiers ou, au contraire, à faire bénéficier les tiers du « droit » de ne pas se voir opposer l'effet rétroactif de la résolution ? Dans le premier cas, la solution se fera au détriment des droits acquis des tiers ; dans le second, au préjudice des droits du créancier ayant obtenu la résolution du contrat.

74. Esquisse d'une solution. Ces difficultés ne nous paraissent toutefois pas insurmontables en pratique. En effet, sans contester que, sur le plan théorique, le principe d'égalité ait une portée purement formelle, il nous paraît que la manière dont ce principe est mis en œuvre par les juridictions, et spécialement par la Cour

(594) Voy. P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 14, p. 247 ; S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, tome 1, *o.c.*, n° 245, p. 348 ; comp., dans le même sens, l'opinion dissidente du juge GARLICKI après C.E.D.H., 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau C. Andorre*, n° 69498/01 ; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, *o.c.*, n° 92, p. 48.

(595) Voy. R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 168, qui voit dans la rétroactivité de la condition « une sûreté en faveur d'un titulaire de droit par un certain rang possédé, sûreté qui lui permettra de primer les tiers dont les droits sont nés entre la date de l'acte conditionnel et l'arrivée de la condition ».

(596) Voy. *supra*, n° 61.

constitutionnelle, aboutit, dans bien des cas, à lui donner une portée plus matérielle (597).

Ce résultat tient à la nature du raisonnement suivi pour aboutir à un constat de violation du principe d'égalité. En effet, ce raisonnement implique de tenir compte du but poursuivi par le législateur et de vérifier la pertinence et la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre ce but (598). Dès lors, le but poursuivi par le législateur pourra le plus souvent servir de guide pour indiquer la « direction » dans laquelle le juge *a quo* devra s'engager pour rétablir l'égalité ou, si l'on préfère, la branche de l'alternative qu'il convient d'adopter. Ce faisant, le juge ne s'accapare pas la liberté politique du législateur, mais déduit de l'ordonnement juridique existant la manière dont l'égalité doit être rétablie (599).

Un arrêt parmi d'autres en fournira l'illustration. La Cour constitutionnelle était interrogée sur la constitutionnalité de l'article 124 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre qui, en cas de libéralité réalisée sous la forme de la souscription d'une assurance-vie, exclut le rapport et la réduction des primes, sauf lorsque celles-ci sont manifestement exagérées eu égard à la situation de fortune du preneur d'assurance décédé. Après avoir constaté que le régime de faveur accordé à l'assurance-vie ne se justifie plus aujourd'hui, la Cour décide qu'« il n'existe pas de justification pour traiter les héritiers réservataires, bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie, autrement, pour ce qui concerne le rapport et la réduction, que les héritiers réservataires, bénéficiaires d'une autre libéralité, comme une donation. Le risque d'une atteinte portée à la part réservée n'est, dans les deux cas, pas à ce point différent qu'il puisse offrir une justification objective et raisonnable, dans le premier cas, à la limitation du rapport et de la réduction prévue par l'article 124 en cause » (600).

(597) Comp. B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 432, qui paraît considérer que le critère du « rétablissement vers le haut » ne s'applique pas « lorsque la Cour examine la pertinence et la proportionnalité du contenu de la disposition par rapport au but à la réalisation duquel elle est censée contribuer ».

(598) Voy. *supra*, n^{os} 66 et s.

(599) Voy. et comp. D. RIBES, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 1999, p. 273. Voy. dans le même sens, à propos du comblement des lacunes, *infra*, n^{os} 79 et s. Plus généralement, on rejoint ainsi l'idée selon laquelle la subjectivité de l'interprète n'est pas sans limite, mais peut, au contraire, être canalisée en recherchant une solution cohérente avec le reste de l'ordre juridique (voy. *supra*, n^o 31).

(600) C.C., 26 juin 2008, n^o 96/2008, point B.6.5. La Cour est cependant revenue ultérieurement sur cette jurisprudence en ce qui concerne le rapport (voy. C.C., 16 décembre 2010, n^o 147/2010, point B.6.5). L'article 124 de la loi du 25 juin 1992 a depuis lors été remplacé par la loi du 10 décembre 2012.

Dans cet arrêt, le raisonnement ayant conduit au constat d'une discrimination indique nécessairement le remède qui doit lui être apporté. En effet, parmi les deux buts identifiés du législateur – à savoir, d'une part, le souci de protection des héritiers réservataires et, d'autre part, celui d'accorder un régime de faveur aux produits d'assurance-vie –, le premier n'est pas remis en cause, tandis que le second est critiqué dans son principe, ainsi que dans sa mise en œuvre qui produit des effets jugés disproportionnés. En l'occurrence, le rétablissement de l'égalité ne peut donc venir que d'une extension des règles relatives à la réduction aux produits d'assurance-vie.

Le raisonnement suivi par la Cour permet donc d'identifier des valeurs qui permettent au juge *a quo* de sortir de l'aporie dans lequel une conception purement formelle du principe d'égalité l'aurait plongé. Ces valeurs n'ont toutefois pas été « inventées » par la Cour, mais ont été mises au jour par celle-ci sur la base d'une analyse de l'ordre juridique (en l'occurrence, de l'institution de la réserve consacrée par la Code civil) (601). Aussi la Cour ne crée-t-elle pas une règle de droit entièrement nouvelle, mais se borne à étendre l'application d'une règle existante par analogie (602).

On observera que le même type de raisonnement a conduit le Bundesarbeitsgericht à décider qu'en cas de discrimination dans le traitement des travailleurs, celle-ci n'entraînait pas l'inefficacité du traitement favorable à certains, mais, au contraire, le droit pour le groupe défavorisé de réclamer les mêmes avantages que ceux accordés aux autres. Cette solution est fondée expressément sur le but de protection des normes impératives applicables en droit du travail (603).

(601) Comp. J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, n° 8, p. 791, qui reprochent précisément à la Cour constitutionnelle de ne pas se borner à faire une application « froide » du principe d'égalité, mais d'y intégrer un jugement de valeur – en l'occurrence, dans l'arrêt n° 116/99, « des raisons inavouées de politique criminelle » –, et d'avoir ainsi « sacrifié le respect du principe d'égalité à d'autres considérations ». Pourtant, sans ce « sacrifice », le principe d'égalité serait de bien peu d'utilité pour le citoyen, puisqu'il aboutirait à imposer une sorte de référé législatif systématique pour donner suite aux arrêts de la Cour et mettre fin à la discrimination constatée. Du reste, même si elle procède à un jugement de valeur, la décision de la Cour n'est pas arbitraire, dès lors que les motifs – de politique criminelle ou autres – sur lesquels repose son raisonnement sont puisés dans la législation existante et jouissent dès lors, à ce titre, d'une légitimité démocratique (comp. en ce sens *supra*, n° 31).

(602) Voy. en ce sens Cass., 3 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 604, A.C., 2008, n° 604, avec les conclusions de M. l'avocat général MORTIER, analysé *infra*, n° 81, qui autorise le juge à combler une lacune pour autant qu'il reste dans le cadre des dispositions légales existantes ; voy. *a contrario* C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, point B.7, où l'impossibilité d'appliquer par analogie les règles existantes conduit à la conclusion que l'égalité ne peut être rétablie que par une intervention du législateur.

(603) Voy. BAG, 9 septembre 1981, *N.J.W.*, 1982, p. 462, point I, 4.

Pour en revenir à la comparaison de l'effet rétroactif de la résolution et de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, il conviendra d'être attentif aux raisons qui auraient, par hypothèse, conduit au constat d'une violation du principe d'égalité. Ainsi, si ce constat résulte de l'idée que l'effet rétroactif de la résolution sortit des effets disproportionnés pour les tiers, c'est cet effet rétroactif qui devra en principe être écarté pour restaurer l'égalité, de sorte que le régime de la résolution sera aligné sur celui de la révocation pour cause d'ingratitude. À l'inverse, si le constat d'inconstitutionnalité trouve sa source dans le fait que les effets de la révocation pour cause d'ingratitude sont indûment limités pour le donateur, il pourra être envisagé d'étendre l'effet rétroactif de cette révocation dans les rapports avec les tiers. Il ne s'agit donc pas de choisir, dans l'abstrait, entre les deux branches de l'alternative, mais de rapporter ce dilemme aux objectifs qui auront pu être identifiés derrière les institutions en cause et aux effets concrets de celles-ci.

Ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour constitutionnelle fait preuve d'une plus grande réserve en se refusant à indiquer la voie qui permettrait de rétablir l'égalité. C'est alors au législateur qu'il revient d'intervenir (604).

L'arrêt n° 77/96 en fournit la parfaite illustration. Dans cette affaire, la Cour a décidé que « [d]ans l'état actuel de la législation, les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile, d'une part, les articles 1382 et suivants et 1251, 3°, du Code civil permettent aux pouvoirs publics d'intenter une action récursoire contre le membre de leur personnel statutaire lorsqu'à la suite d'une faute légère occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, lesdits pouvoirs ont indemnisé la victime du dommage dont cet agent a été déclaré responsable et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 précitée limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, aux seuls cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle » (605). La Cour s'abstient cependant d'indiquer lequel des deux régimes doit être généralisé, ou

(604) J.-C. SCHOLSEM, *o.c.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, pp. 222 et s., estime à cet égard que « [l]a ligne de partage ne peut être qu'empirique » et, citant P. VANDERNOOT, *o.c.*, *Rev. dr. ULB*, 2002/25, n° 39, p. 63, que « [l]e plus souvent, ce ne sera que par une appréciation faite en raison, et pas strictement en droit, que la Cour pourra considérer que, si le législateur avait, comme il aurait dû le faire, intégré les impératifs de constitutionnalité, spécialement ceux tirés du principe d'égalité, dans son œuvre législative, il aurait étendu le régime juridique existant aux catégories qu'à tort il a omises ».

(605) C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, point B.4.

si une troisième voie doit être envisagée (606). La réponse viendra de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, qui édicte au profit de ceux-ci une exonération de responsabilité identique à celle prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.

Quelquefois, la Cour constitutionnelle s'estime autorisée à indiquer la direction générale des réformes à entreprendre, mais laisse au législateur le soin d'en arrêter les modalités. Ainsi, par exemple, en matière d'excusabilité, la Cour a estimé dans l'arrêt n° 69/2002 que l'ancien article 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites violait les articles 10 et 11 de la Constitution « En ce qu'il ne permet *en aucune manière* qu'un juge puisse décharger de leur engagement le conjoint ou la caution du failli déclaré excusable » (607), laissant ainsi au législateur le soin de décider si cette décharge devait être automatique ou conditionnelle.

Ce type de décisions, qui vise à préserver la marge de manœuvre du législateur et, partant, le principe de la séparation des pouvoirs (608), renvoie à la problématique connexe des lacunes législatives et fait d'ailleurs l'objet d'une solution analogue.

II. – Comblement des lacunes législatives

75. Notion. Si l'on admet que le principe d'égalité permet dans certains cas, sans nouvelle intervention du législateur, de déterminer la manière dont une discrimination doit être corrigée, il se peut encore que cette correction doive être réalisée, non pas en supprimant une règle existante de l'ordre juridique, mais seulement, au contraire, en complétant celui-ci par une règle nouvelle. Ce faisant, le juge *a quo* ne risque-t-il pas une seconde fois d'empiéter sur les prérogatives du législateur ? Cette question, conceptuellement distincte de la problématique de la portée matérielle ou

(606) Voy. R. VAN MELSEN, « La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 156 et s., n° 28, p. 173 et références citées.

(607) C.A., 28 mars 2002, n° 69/2002 (nous soulignons).

(608) On notera que, si ce principe réserve en principe les choix d'opportunité au législateur ou, dans la limite de ses compétences, à l'Administration, il ne va pas cependant à notre sens jusqu'à interdire au législateur d'octroyer expressément aux juridictions un pouvoir d'appréciation en opportunité (voy. à ce propos P.A. FORIERS, S. HIRSCH, V. MARQUETTE et R. JAFFERALI, *Les offres publiques d'acquisition. Le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 321, pp. 302 et s.).

formelle du principe d'égalité (609), renvoie à la question dite des lacunes législatives.

En matière de contentieux constitutionnel, la lacune législative peut se définir, au sens large, comme la situation résultant du constat d'une discrimination qui ne peut être éliminée que par l'adoption d'une nouvelle norme, à savoir le plus souvent l'extension du champ d'application d'une norme législative existante (610). Les discriminations mettant en lumière une lacune de la législation, qui découle donc de *l'absence* d'une norme dans l'ordre juridique, se distinguent des discriminations ordinaires, qui proviennent généralement de *l'existence* d'une norme injustement appliquée à certains sujets de droit.

Il y aura ainsi une discrimination ordinaire lorsqu'un sujet de droit se voit imposer un effet rétroactif de manière injustifiée. Il y aura au contraire discrimination par lacune si le bénéficiaire d'un effet rétroactif, applicable dans une situation comparable, est injustement refusé à un sujet de droit qui en demande l'application.

La question de l'étendue des pouvoirs du juge *a quo* dans les cas où un arrêt de la Cour constitutionnelle constate l'existence d'une lacune législative a jusqu'à récemment été âprement débattue. Les différentes opinions exprimées peuvent être schématiquement regroupées en trois groupes, en gardant toutefois à l'esprit que, de l'avis même d'un ancien président de la Cour constitutionnelle, « [l]a matière est trop neuve pour y donner des réponses définitives » (611).

76. Thèse restrictive. L'opinion la plus radicale consiste à dénier au juge *a quo* tout pouvoir de combler les lacunes législatives, cette démarche supposant un pouvoir d'appréciation en opportunité qui devrait demeurer l'apanage du législateur (612). Le

(609) Les deux questions sont néanmoins liées en ce qu'elles sont toutes deux suscitées par le principe de la séparation des pouvoirs et reçoivent à ce titre une réponse similaire (comp. *supra*, n° 74, et *infra*, n°s 79 et s.).

(610) Voy. P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 9, p. 245 ; J.-C. SCHOLSEM, *o.c.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 216.

(611) M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *o.c.*, n° 47, p. 49.

(612) Voy. J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, n°s 25 et s., pp. 808 et s.

raisonnement repose donc sur une conception stricte de la séparation des pouvoirs.

Tirant toutes les conséquences de cette approche, la Cour de cassation a même été jusqu'à considérer qu'une question préjudicielle susceptible de déboucher sur le constat d'une lacune ne devrait jamais être posée à la Cour constitutionnelle, la réponse de celle-ci ne pouvant être d'aucune utilité pour la solution du litige (613).

Sur ce dernier point, on a reproché à la Cour de cassation de méconnaître le prescrit de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dont l'article 26 ne permet pas à la Cour de cassation de se dispenser dans ce cas de poser une question préjudicielle (614) et de négliger le fait que, même en l'absence de tout pouvoir du juge *a quo* de combler la lacune, l'arrêt de la Cour constitutionnelle présente néanmoins un intérêt pour les parties, que ce soit comme préalable à une action en responsabilité contre l'État (615) ou comme appel adressé au législateur (616). Sans nier la pertinence de ces critiques, l'attitude de la Haute juridiction judiciaire peut sans doute se comprendre à la lumière des exigences de la technique de cassation, qui veut que la Cour déclare irrecevable les moyens inopérants, à savoir ceux qui ne seraient pas susceptibles d'entraîner la cassation de la décision déférée à sa censure (617).

(613) Voy. Cass., 10 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 470 ; Cass., 27 avril 2007, *Pas.*, 2007, n° 214 ; Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 311 ; Cass., 2 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 221 ; Cass., 31 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 328, avec les conclusions de M. l'avocat général DE RIEMAECKER ; Cass., 16 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 288 ; Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 244 ; Cass. (ch. réunies), 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340. Voy. cependant Cass., 31 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 78, avec les conclusions de M. le procureur général LECLERQ, alors avocat général, ainsi que les onze arrêts rendus entre le 2 octobre 2007 et le 19 février 2008, cités par M. MELCHIOR et C. COURTOY, *o.c.*, *J.T.*, 2008, n° 30, p. 675, note n° 70, annonçant le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 14 octobre 2008 (voy. à ce propos *infra*, n° 81).

(614) Voy. J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, n° 13, p. 795 ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *o.c.*, n°s 42 et s., pp. 45 et s.

(615) Voy. P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n°s 45 et s., pp. 255 et s.

(616) Voy. P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n°s 58 et s., pp. 259 et s. Les cours constitutionnelles d'Allemagne, d'Espagne et d'Italie recourent fréquemment à pareil dialogue avec le législateur, que ce soit sous la forme d'un jugement déclaratif d'inconstitutionnalité, voire d'une véritable injonction de légiférer (voy. D. RIBES, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 1999, pp. 260 et s.).

(617) Voy. à ce propos G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours (suite) », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 271 et s., n°s 383 et s., pp. 400 et s.

77. Thèse extensive. Plusieurs arguments sérieux ont été avancés à l'encontre de la thèse déniait au juge *a quo* tout pouvoir de combler une lacune législative mise au jour par un arrêt de la Cour constitutionnelle.

I. En effet, l'analyse d'une discrimination comme résultant ou non d'une lacune résulte avant tout d'une question de *rédaction de la norme*, voire de présentation de celle-ci, et est dès lors largement contingente (618).

Reprenons ainsi la comparaison de l'effet rétroactif de la résolution et de la révocation des donations pour cause d'ingratitude (619). Supposons que la rétroactivité de la première vis-à-vis des tiers soit jugée discriminatoire. Certains y verront une lacune de la législation, dans la mesure où la réserve du droit acquis des tiers, expressément prévue en matière de révocation pour cause d'ingratitude par l'article 958 du Code civil, n'existe pas en matière de résolution. Mais on pourrait tout aussi bien soutenir que c'est l'article 1184 du Code civil, en tant qu'il prévoit un effet rétroactif de la résolution vis-à-vis des tiers, qui est discriminatoire. Dans cette seconde interprétation, la discrimination résulterait donc d'une norme positive, et pourrait être corrigée en déclarant celle-ci inconstitutionnelle *dans la mesure* où elle est applicable à l'égard des tiers, faisant ainsi l'économie de toute référence à l'idée de lacune. « Car enfin », ainsi que le souligne M. le procureur général J.-F. Leclercq, « n'est-ce pas dans tous les cas où la question de la conformité d'une disposition légale aux articles 10 et 11 de la Constitution coordonnée est posée, que l'inégalité ou la discrimination dont se plaint le demandeur résulte nécessairement de ce qui pourrait être qualifié de silence de la loi dans une des interprétations possibles de la disposition légale précitée ? » (620).

Rien ne justifierait dès lors de dénier au juge *a quo*, en cas de lacune, le pouvoir, qui lui est déjà reconnu dans les autres cas (621), de remédier à l'inconstitutionnalité de la norme. Toute

(618) B. RENAULD, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 637 ; B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, pp. 425 et s. ; adde N. BANNEUX, *o.c.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, p. 24 ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *o.c.*, n° 27, p. 35, note n° 58 (au contentieux de l'annulation).

(619) Voy. *supra*, n° 61.

(620) Conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 31 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 78, citant D. RIBES, *o.c.*, *Rev. B. dr. const.*, 1999, pp. 237 et s. Comp. également la relativité de la distinction entre obligations de faire et de ne pas faire (voy. ainsi les discussions relatives à l'effet de la promesse de vente : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, vol. I, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 283, pp. 375 et s.).

(621) Voy. *supra*, n° 74.

autre interprétation de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle serait d'ailleurs elle-même discriminatoire, étant fondée sur un critère dénué de pertinence, à savoir la manière dont la norme a été rédigée (622). Le pouvoir du juge *a quo* de combler la lacune trouverait en revanche sa justification dans le souci de conférer au contentieux préjudiciel un effet utile (623).

II. Ensuite, on fait observer que l'indépendance du législateur et le principe de la séparation des pouvoirs ne sont pas nécessairement plus mis à mal quand le juge *a quo* décide de combler une lacune constatée par la Cour constitutionnelle que lorsqu'il refuse de donner effet à une norme jugée discriminatoire (624). Il en va particulièrement ainsi lorsque la norme n'est que *partiellement inconstitutionnelle*.

Bien que la question relève du contentieux de l'annulation, on peut citer l'exemple topique de l'arrêt qui, à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, a annulé les mots « qui » et « est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique », avec pour conséquence que « [l]es dispositions des articles 2 à 4 et 18 à 31 de la loi entreprise sont dès lors applicables à toutes les discriminations, quel que soit le motif sur lequel elles sont fondées » (625). Quoique cette décision ne constate formellement aucune lacune dans la législation, elle n'en aboutit pas moins à étendre sensiblement le champ d'application de celle-ci.

On peut également citer comme exemple l'arrêt n° 140/2008 qui a annulé l'article 39 de la loi du 10 juin 1997 « en ce qu'il ne permet pas au juge pénal, lorsqu'existent des circonstances atténuantes, de modérer l'amende prévue par cette disposition et en ce que, en ne prévoyant pas une amende maximale et une amende minimale, il

(622) Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, o.c., n° 28, p. 35 (à propos du contentieux de l'annulation).

(623) B. RENAULD, o.c., *J.L.M.B.*, 2006, p. 638

(624) Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, o.c., n° 27, p. 32 ; B. RENAULD, o.c., *J.L.M.B.*, 2006, pp. 637 et s. ; B. RENAULD, o.c., *Liber amicorum Paul Martens*, p. 434.

(625) C.A., 6 octobre 2004, n° 157/2004, dispositif et point B.15. Comp. avec la réserve plus grande dont la Cour a fait preuve dans C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009, points B.7.1 et s., rendu à propos de la loi du 10 mai 2007 remplaçant la loi du 25 février 2003.

peut avoir les effets disproportionnés décrits en B.9.3 » (626). Selon la Cour, « [i]l découle de l'annulation partielle de l'article 39 précité que, dans l'attente d'une intervention du législateur, le juge pouvait encore prononcer l'amende prévue par cette disposition s'il estimait que les faits étaient suffisamment graves pour entraîner une telle peine ou qu'il pouvait prononcer une amende moins forte, soit en raison de l'existence de circonstances atténuantes, soit en application du principe de proportionnalité contenu à l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme » (627). Ici également, sous couvert d'une annulation partielle, la Cour constitutionnelle a en réalité comblé une lacune de la législation en instaurant un mécanisme de modération de l'amende qu'elle ne comportait pas (628).

III. Par ailleurs, cantonner le juge constitutionnel dans le rôle d'un « législateur négatif » relève d'une conception traditionnelle aujourd'hui dépassée, comme le montre l'analyse du *droit comparé* (629), et, en particulier, celle du droit allemand (630).

(626) C.C., 30 octobre 2008, n° 140/2008, dispositif.

(627) C.C., 19 juillet 2012, n° 97/2012, point B.15.

(628) Pour d'autres exemples, voy. encore C.C., 26 septembre 2013, n° 121/2013, point B.30.12 (« Il convient d'annuler l'article 40bis, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, c), de la loi du 15 décembre 1980, en ce qu'il ne prévoit pas que la même exception relative à la condition d'âge que celle qui est prévue à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5^o, de la loi du 15 décembre 1980, s'applique au regroupement familial d'un citoyen de l'Union et de son partenaire ») ; C.C., 15 décembre 2011, n° 192/2011, point B.7.2 (extension du champ d'application de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché aux professions libérales) ; C.C., 19 décembre 2007, n° 154/2007, point B.51.3 (« Le moyen est donc fondé en ce que l'article 11, § 3, 9^o, [de la loi du 8 juin 2006 sur les armes] ne mentionne pas comme motif légitime la conservation dans un patrimoine d'une arme qui était détenue légalement, lorsque la demande d'autorisation de détention concerne une arme soumise à autorisation à l'exclusion des munitions »).

(629) Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, o.c., n° 19, p. 27 ; B. RENAULD, o.c., *Liber amicorum Paul Martens*, p. 434 ; D. RIBES, o.c., *Rev. B. dr. const.*, 1999, pp. 256 et s., spéc. p. 259 ; J.-C. SCHOLSEM, o.c., *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, pp. 219 et s. ; P. VANDERNOOT, o.c., *Rev. dr. ULB*, 2002/25, n° 37, pp. 56 et s.

(630) Sur la question des lacunes législatives en droit allemand, voy. en particulier M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008, 12 septembre 2007 (accessible sur <http://bit.ly/19n780n>). — En revanche, la problématique des lacunes de la loi ne paraît pas avoir donné lieu à l'élaboration d'une théorie complète en **droit français** (voy. en ce sens X, *Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, Questionnaire pour le XIV^e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, s.d. [2008], accessible sur <http://bit.ly/18ZjKb4>, qui souligne cependant l'existence de la théorie, plus limitée, de l'incompétence négative du législateur), situation qui ne paraît pas avoir changé depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (voy. en ce sens les tables annuelles du Conseil constitutionnel qui n'abordent pas la problématique des lacunes). De même, le **droit néerlandais** apparaît peu susceptible d'apporter une réponse à

A. Une idée centrale du droit constitutionnel allemand réside dans le fait que les droits et libertés reconnus par la Loi fondamentale lient immédiatement l'ensemble des trois pouvoirs, en ce compris donc le pouvoir législatif (631). La Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) est chargée d'assurer le respect de ce principe. La loi organique de cette Cour permet ainsi à toute personne qui s'estime lésée dans ses droits fondamentaux de porter un recours devant elle, après épuisement des autres voies de droit disponibles (632). À cet égard, la loi envisage expressément que le recours puisse trouver son fondement dans une omission (*Unterlassung*) des autorités (633), de sorte que la Cour constitutionnelle s'est reconnu le pouvoir, après une certaine évolution, de censurer les lacunes législatives (634).

Sur ce point, la doctrine allemande distingue les vraies des fausses lacunes (*unechtes Unterlassen*), à savoir l'hypothèse où la loi prévoit certes un règlement, mais où celui-ci est considéré comme insuffisant pour satisfaire aux exigences constitutionnelles (635). Tel est notamment le cas lorsque la norme exclut de son champ d'application un bénéficiaire en violation du principe constitutionnel d'égalité (636).

B. Quelle sanction une inconstitutionnalité encourt-elle ? En principe, la sanction consiste en la nullité (*Nichtigkeit*) de la loi en cas de fausse lacune et – en l'absence d'une quelconque norme à annuler – le simple constat d'inconstitutionnalité en cas de vraie lacune (637).

la problématique des lacunes législative, dès lors que cet ordre juridique est dépourvu d'une juridiction constitutionnelle, d'autant que l'article 120 de la Constitution néerlandaise interdit au juge de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

(631) Art. 1^{er}, alinéa 3, de la Loi fondamentale ; voy. également l'article 20, alinéa 3.

(632) Art. 93, § 1^{er}, 4a, de la Loi fondamentale et § 90 BVerfGG. La Cour constitutionnelle peut également être saisie par voie de question préjudicielle (art. 100, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale).

(633) § 92 BVerfGG ; voy. également le § 95, alinéa 1^{er}, BVerfGG.

(634) Voy. M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, o.c., pp. 16 et s.

(635) Voy. H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, sous la direction de T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein et H. Bethge, 35^e éd., München, C.H. Beck, 2011, n^{os} 137a et s. ; M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, o.c., p. 3 ; H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, o.c., § 90, n^{os} 106 et s., p. 609.

(636) H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, o.c., n^o 137b.

(637) Voy. § 95, alinéa 3, BVerfGG ; M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, o.c., p. 37 ; voy. également B.J. HARTMANN, « § 95 BVerfGG », *Die Verfassungsbeschwerde*, sous la direction de B. Pieroth et P. Silberkuhl, Münster, ZAP Verlag, 2008, n^o 33, p. 253.

En pratique, les choses s'avèrent cependant nettement plus nuancées (638).

Ainsi, plutôt que de prononcer la nullité d'une loi, la Cour constitutionnelle s'est reconnu le pouvoir de se borner à une déclaration d'incompatibilité (*Unvereinbarkeit*), sanction d'origine prétorienne qui a par la suite fait l'objet d'une consécration législative (639). Elle opte notamment pour cette possibilité lorsque la nullité aboutirait à créer un vide juridique insupportable qui serait encore plus contraire à la Constitution (640), en particulier lorsque le requérant se plaint du fait que la norme législative lui accorde une protection insuffisante (641). Ainsi, la Cour se borne à une simple déclaration d'incompatibilité lorsqu'il existe plusieurs manières pour le législateur de faire disparaître l'inconstitutionnalité, ce qui est normalement le cas en cas de violation du principe d'égalité (642). La Cour constitutionnelle n'en décide autrement que dans des cas exceptionnels, lorsqu'il n'existe qu'une seule manière de remédier à l'inconstitutionnalité parce que celle-ci est imposée par la Constitution ou par les circonstances. Ainsi, par exemple, après avoir considéré qu'il était contraire au principe d'égalité de soumettre à l'impôt les associations communales d'électeurs alors que les partis politiques en sont exemptés, la Cour constitutionnelle a considéré que cette discrimination devait, pour le passé, conduire à l'annulation de la loi en tant qu'elle soumettait les associations communales à l'impôt, dès lors que la solution inverse, qui consisterait à y soumettre tant les associations communales que les partis politiques, serait contraire au principe de non-rétroactivité en

(638) Outre les possibilités examinées ci-après, on relèvera que la Cour constitutionnelle procède parfois à une interprétation conforme de la norme critiquée (voy. H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 258 et s. ; M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, o.c.*, p. 43 ; comp. *supra*, n° 72) ou émet un constat de constitutionnalité en l'état tout en invitant le législateur à réexaminer la norme afin d'éviter qu'elle ne devienne inconstitutionnelle à l'avenir et en lui fixant parfois un délai pour ce faire (voy. H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 250 et s. ; M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, o.c.*, pp. 41 et s. ; H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, § 95, n° 35, p. 757).

(639) Voy. le § 31, alinéa 2, BVerfGG ; H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 208.

(640) H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 206.

(641) M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, o.c.*, p. 38.

(642) Voy. BVerfG, 7 mai 2013, 2 BvR 909/06, point 104 ; BVerfG, 19 juin 2012, 2 BvR 1397/09, point 77 ; H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 211 ; M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, o.c.*, p. 38 ; B.J. HARTMANN, « § 95 BVerfGG », *Die Verfassungsbeschwerde, o.c.*, n° 38, p. 255 ; H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, § 95, n° 9, p. 749 ; sur l'absence de portée matérielle du principe d'égalité, voy. déjà *supra*, n° 73.

matière fiscale, étant entendu que le législateur demeure libre d'adopter une autre solution pour l'avenir (643). De même, lorsque certaines conditions imposées aux étrangers pour bénéficier d'allocations familiales ou d'éducation ne présentent aucun lien avec le but visé par le législateur, la marge d'appréciation de celui-ci n'est pas restreinte de manière disproportionnée en déclarant purement et simplement nulles les dispositions législatives attaquées dans la mesure où elles imposent ces conditions (644). Mais, en dehors de ces cas particuliers, la violation du principe constitutionnel d'égalité ne peut donner lieu qu'à une déclaration d'incompatibilité plutôt qu'à l'annulation de la loi incriminée.

Une fois prononcée, la déclaration d'incompatibilité implique l'interdiction pour quiconque d'appliquer la norme anticonstitutionnelle et a pour effet de suspendre la procédure devant le juge *a quo* (en cas de question préjudicielle) ou devant le juge de renvoi (en cas de recours formé contre la décision d'un juge judiciaire) jusqu'à ce que le législateur ait remédié à l'inconstitutionnalité (645). Ainsi, le requérant bénéficie d'une chance que le législateur lui étende le bénéfice de la norme dont il était exclu (646). En outre, la Cour constitutionnelle renforce souvent l'efficacité d'une décision d'incompatibilité par deux mécanismes. D'une part, elle n'hésite pas à adresser au législateur un appel (*Appelentscheidung*), décision par laquelle elle balise son pouvoir d'appréciation en lui indiquant de quelle manière l'inconstitutionnalité doit être réparée (647). D'autre part, la Cour constitutionnelle fixe souvent un délai au législateur pour remédier à l'inconstitutionnalité, en réglant déjà dans l'intervalle les conséquences de la déclaration d'incompatibilité par l'adoption de mesures provisoires, qui peuvent consister en un maintien en vigueur temporaire de la norme moyennant certaines adaptations (648).

(643) BVerfG, 29 septembre 1998, 2 BvL 64/93, point 54.

(644) BVerfG, 10 juillet 2012, 1 BvL 2/10, point 76.

(645) Voy. BVerfG, 7 mai 2013, 2 BvR 909/06, point 113 ; H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 223 ; H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, § 95, n°s 27 et s., p. 755.

(646) H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 233.

(647) M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, o.c.*, p. 38 ; sur les différents cas dans lesquels ce pouvoir peut être exercé, voy. H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 181. Comp. dans le même sens la technique utilisée notamment par C.C., 26 septembre 2013, n° 121/2013, point B.32.5.

(648) Voy. le § 35 BVerfGG ; H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n° 186 et s. ; H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, o.c.*, n°s 226 et s. ; M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, o.c.*, p. 39.

C. Les développements qui précèdent pourraient donner la fausse impression qu'afin de préserver la liberté politique du législateur, la Cour constitutionnelle allemande se refuse, en règle, à combler elle-même la lacune résultant du constat de la violation du principe constitutionnel d'égalité. En pratique, cependant, les mesures complémentaires à la déclaration d'incompatibilité encadrent souvent étroitement la marge d'appréciation du législateur, de sorte qu'à l'observateur extérieur, il ne paraît pas excessif de considérer que la lacune a, *de facto*, été comblée. Trois affaires récentes relatives aux différences de traitement entre le mariage et la « cohabitation légale » (*Lebenspartnerschaft*) (649) suffisent à s'en convaincre.

Ainsi, après avoir considéré qu'il était contraire au principe d'égalité d'octroyer aux fonctionnaires mariés un traitement supérieur aux fonctionnaires en cohabitation légale, la Cour constitutionnelle a estimé que, s'il ne lui appartenait pas d'annuler les dispositions légales attaquées dès lors que cette annulation ne serait d'aucun secours au requérant (650), il incombait néanmoins au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée en octroyant rétroactivement l'augmentation de traitement demandée à tous les fonctionnaires cohabitants légaux qui ont en fait la demande depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la cohabitation légale (651).

Dans une deuxième affaire, la Cour constitutionnelle a considéré que l'interdiction faite à un cohabitant légal d'adopter l'enfant antérieurement adopté par son cohabitant (adoption successive), alors que cette possibilité était ouverte aux couples mariés, violait le principe d'égalité. Parce que le législateur peut remédier à l'inconstitutionnalité de plusieurs manières, notamment en restreignant les possibilités d'adoption tant pour les couples mariés que pour les cohabitants, la Cour a estimé devoir se limiter à une déclaration d'incompatibilité (652). Néanmoins, dès lors qu'une adoption est dépourvue d'effet rétroactif, la Cour a estimé qu'il serait inadmissible de laisser les intéressés dans l'attente jusqu'à ce que le législateur adopte une nouvelle réglementation, et a dès lors décidé à titre transitoire que les adoptions successives pourraient être effectuées immédiatement (653), sans préjudice du pouvoir du législateur de tenir compte d'autres différences

(649) La traduction littérale de ce terme (« partenariat de vie ») ayant une connotation peu juridique en français, nous préférons opter pour l'expression « cohabitation légale », en étant cependant conscient que l'institution allemande visée se rapproche beaucoup plus d'un mariage quant à ses effets.

(650) BVerfG, 19 juin 2012, 2 BvR 1397/09, point 77.

(651) *Ibid.*, point 83.

(652) BVerfG, 19 février 2013, BvL 1/11, point 106.

(653) *Ibid.*, point 107.

entre les couples mariés et les cohabitants légaux dans l'élaboration de la nouvelle loi (654).

Enfin, dans une dernière affaire, après avoir estimé que le régime de l'impôt sur le revenu était discriminatoire en ce qu'il permettait aux seuls couples mariés, à l'exclusion des cohabitants légaux, de bénéficier du système de cumul des revenus, la Cour constitutionnelle a décidé qu'il incombait au législateur de corriger cette discrimination en ouvrant la possibilité aux cohabitants légaux d'opter pour le système du cumul aux mêmes conditions que les couples mariés (655). Elle a en même temps prévu, à titre transitoire, que le système actuel resterait en vigueur jusqu'à ce qu'il soit remplacé par le législateur, sous la réserve que les cohabitants légaux seront d'ores et déjà assimilés aux couples mariés (656). En pratique, on est donc très proche d'un comblement de la lacune par le juge constitutionnel (657).

Comme on le voit, l'exemple du droit allemand nous conforte dans l'idée que la mission traditionnelle d'une juridiction constitutionnelle, chargée d'apprécier la conformité de la loi à la Constitution sans aller jusqu'à dicter elle-même le contenu de la loi, n'est pas pour autant incompatible avec une certaine audace visant à donner son plein effet au principe constitutionnel d'égalité dont la garde lui a été confiée.

IV. Des *arguments complémentaires* sont encore invoqués.

Ainsi, au-delà du contentieux constitutionnel de l'égalité, on peut observer que les juges se sont, de tout temps, efforcés de combler ce qu'ils estimaient constituer des « lacunes du droit » sans que le principe de la séparation des pouvoirs ne soit venu enrayer ce processus (658).

Par ailleurs, on avance – mais l'argument est plus faible (659) – que le législateur conserve toujours le pouvoir du dernier mot

(654) *Ibid.*, point 108.

(655) BVerfG, 7 mai 2013, 2 BvR 909/06, point 110.

(656) *Ibid.*, point 113.

(657) Comp. d'ailleurs l'opinion dissidente des juges Landau et Kessal-Wulf, point 150, qui reprochent à la Cour constitutionnelle d'avoir ainsi privé le législateur de son pouvoir d'appréciation.

(658) Cons. not. P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 527 et s., qui donne, p. 537, l'exemple du développement du droit international privé sous l'empire du Code civil et celui de l'approfondissement de la notion d'obligation naturelle, évoquée mais non définie par ce Code ; *adde* les différentes études publiées dans C. PERELMAN (sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

(659) Poussé jusqu'à l'absurde, cet argument tend en effet à faire admettre toute immixtion des juridictions dans les décisions d'opportunité relevant des pouvoirs législatif et exécutif.

et peut donc remédier à l'inégalité d'une autre façon s'il désapprouve la voie empruntée par la Cour constitutionnelle et le juge *a quo* (660).

V. Ces différents arguments conduisent à remettre en question, de manière plus ou moins radicale, le bien-fondé de la thèse restrictive. Un auteur va même jusqu'à reconnaître au juge le pouvoir de combler en principe toute lacune mise au jour par la Cour constitutionnelle, même lorsque celle-ci ne trouve pas sa source dans la norme déférée au contrôle de la Cour (661). Néanmoins, on admet que le pouvoir du juge *a quo* de combler une lacune constatée par la Cour constitutionnelle doit trouver sa limite dans l'interdiction d'étendre par analogie l'application des lois en matière pénale et fiscale (662).

78. Thèse médiane. Si nous sommes sensible aux arguments qui précèdent, il n'en demeure pas moins que permettre au juge *a quo* de combler, en toutes circonstances, les lacunes décelées par la Cour constitutionnelle peut s'avérer problématique en terme de séparation des pouvoirs, spécialement lorsque cette dernière, exerçant une forme de *judicial restraint*, s'est elle-même interdit d'empiéter sur les prérogatives du législateur pour indiquer la marche à suivre (663). Si cette Haute juridiction, instituée par le Constituant pour exercer sur les lois un contrôle qui échappe au pouvoir judiciaire (664), estime que la réponse ne peut venir que

(660) B. RENAULD, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 638 ; *adde* M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *o.c.*, n° 46, p. 50.

(661) B. RENAULD, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 637 et s. ; B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, pp. 432 et s., spéc. p. 436.

(662) Voy. sur ce point C.C., 30 mai 2013, n° 75/2013, point B.7 (matière fiscale) ; Cass., 2 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 468, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.T.*, 2009, p. 709 ; C.C., 16 juillet 2009, n° 123/2009, point B.4.4, C.C., 16 juillet 2009, n° 122/2009, point B.4.4, et C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009, point B.8.17 (matière pénale) ; Cass., 3 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 661 et la note (1) (matière fiscale) ; conclusions additionnelles de M. l'avocat général HENKES avant Cass. (plén.), 5 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 257, p. 1070, n° 13, note (5) ; J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, n°s 10 et s., pp. 792 et s. ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *o.c.*, n° 54, p. 54 ; B. RENAULD, *o.c.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 434, note n° 23 ; J.-C. SCHOLSEM, *o.c.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, pp. 225 et s.

(663) Voy. par exemple les arrêts n°s 77/96 et 69/2002, cités *supra*, n° 74.

(664) En effet, les cours et tribunaux n'ont pas le pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution (Cass., 24 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 50). Voy. toutefois, sur la technique de l'interprétation conforme, Cass., 12 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 473 et la note (1).

du législateur, quelle serait la légitimité du juge *a quo* pour en décider autrement ? (665)

Une certaine prudence, doublée d'un certain pragmatisme, a dès lors conduit la doctrine à distinguer, parmi les décisions de la Cour constitutionnelle rendues sur question préjudicielle, entre deux catégories d'arrêts (666). Les premiers ne décèlent aucune violation du principe d'égalité dans la norme déférée à la Cour, mais identifient l'existence d'une discrimination résultant d'une carence de l'ordre juridique en général : il s'agit des « arrêts-lacune » au sens strict ou arrêts de « lacune extrinsèque », qui interdisent au juge *a quo* de combler la lacune. En revanche, lorsque la Cour décide que c'est bien la norme soumise à son contrôle qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution, le juge *a quo* aurait le pouvoir – et même le devoir – d'étendre par analogie l'application de la norme aux sujets de droit injustement privés de son application (arrêts de « lacune intrinsèque »).

Ainsi, l'arrêt n° 16/2007 met au jour une « lacune extrinsèque » en décidant que « [l']absence d'une réglementation légale relative au remboursement des honoraires et frais d'avocat pour les citoyens qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales viole les articles 10 et 11 de la Constitution » et, de manière très didactique, précise expressément à cet égard que « [l]a discrimination ne trouve pas son origine dans la loi précitée du 2 août 2002, mais dans l'absence d'une réglementation globale que seul le législateur peut prévoir, dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution » (667).

À l'inverse, par exemple, l'arrêt n° 153/2007 constate l'existence d'une « lacune intrinsèque » en décidant que « [l']article 4 de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées viole les articles 10 et 11 de la Constitution [...] en ce qu'il exclut du bénéfice des allocations aux personnes handicapées l'étranger inscrit

(665) Comp. J.-C. SCHOLSEM, *o.c.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 225.

(666) Voy. les conclusions additionnelles de M. l'avocat général HENKES avant Cass. (plén.), 5 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 257, p. 1070, n° 13 ; N. BANNEUX, *o.c.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, pp. 23 et s. ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *o.c.*, n° 4, pp. 5 et s. ; J.-C. SCHOLSEM, *o.c.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, pp. 21 et s. ; P. VANDERNOOT, *o.c.*, *Rev. dr. ULB*, 2002/25, n° 39, pp. 61 et s.

(667) C.A., 17 janvier 2007, n° 16/2007. Le législateur a répondu à cet appel par la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat.

au registre de la population par suite d'une autorisation d'établissement dans le Royaume » (668) et semble donc inviter le juge *a quo* à combler cette lacune en accordant le bénéfice de ces allocations aux étrangers concernés.

79. Position de la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a depuis lors repris à son compte cette distinction, en nuancant légèrement sa portée. Ainsi, le juge *a quo* n'aurait le pouvoir de combler une lacune qu'à la double condition qu'elle soit « intrinsèque » – c'est-à-dire inhérente à la norme déférée à la censure de la Cour – et que la décision de cette dernière soit suffisamment « précise, complète et inconditionnelle » pour être « directement applicable » par le juge *a quo*, selon l'expression couramment utilisée pour décrire l'effet direct des traités dans l'ordre juridique interne (669). Ainsi, la Cour veillera à remédier à l'inconstitutionnalité constatée « si cela lui est possible sans obérer les choix d'opportunité du législateur » (670).

Dans un arrêt de principe n° 111/2008, la Cour constitutionnelle décide ainsi que « pour ce qui est de l'observation du Conseil des ministres selon laquelle la Cour peut constater une lacune législative, mais ne peut la combler, c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution (comp. CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire C. Belgique*, § 25) » (671). Cette solution a par la suite été confirmée à de nombreuses reprises (672).

(668) C.C., 12 décembre 2007, n° 153/2007.

(669) M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, o.c., n° 50, pp. 50 et s. Voy. déjà J.-C. SCHOLSEM, o.c., *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 223 ; adde N. BANNEUX, o.c., *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, p. 22.

(670) M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, o.c., n° 27 (à propos des carences constatées au contentieux de l'annulation).

(671) C.C., 31 juillet 2008, n° 111/2008, point B.10.

(672) Voy. C.C., 26 septembre 2013, n° 125/2013, point B.11 ; C.C., 13 juin 2013, n° 86/2013, point B.6.1 ; C.C., 18 octobre 2012, n° 122/2012, B.10 ; C.C., 12 juillet 2012, n° 94/2012, point B.14 ; C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012, point B.17 ; C.C., 3 mai 2012, n° 60/2012, point B.8 ; C.C., 8 mars 2012, n° 42/2012, point B.16 ; C.C., 16 février 2012, n° 21/2012, point B.11.2 ; C.C., 11 janvier 2012, n° 1/2012, point B.12.2 ; C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, point B.8 ; C.C., 16 septembre 2010, n° 104/2010, point B.10 ; C.C., 1^{er} juillet 2010, n° 79/2010, point B.8 ; C.C., 22 avril 2010, n° 35/2010, point B.4.4, C.C., 16 juillet 2009, n° 123/2009, point B.4.4,

L'arrêt *Vermeire* cité par la Cour constitutionnelle à l'appui de son raisonnement est du plus haut intérêt. Dans cette affaire, la requérante était, en sa qualité de petite-fille naturelle, exclue de la succession de ses grands-parents par l'ancien article 756 du Code civil. Se prévalant de l'effet direct de l'arrêt *Marckx* (673), la requérante saisit le tribunal de première instance de Bruxelles d'une action en pétition d'hérédité. Le tribunal lui reconnut les mêmes droits qu'à un descendant légitime dans les successions litigieuses, mais la Cour d'appel de Bruxelles reforma ce jugement en considérant que « dès lors que de multiples moyens s'offrent en la matière au choix de l'État belge pour réaliser cet impératif, [la disposition de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme] n'est plus suffisamment précise et complète et s'analyse en une obligation de faire dont le pouvoir législatif et non le pouvoir judiciaire doit assumer la responsabilité » (674) et la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt. La Cour européenne des droits de l'homme ne fut cependant pas du même avis : « On ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la Cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt *Marckx* à l'instar du tribunal de première instance : n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté l'unissant au *de cujus*. [...] Un remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispensable au respect de la Convention, telle que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire *Marckx* » (675).

On soulignera l'habileté du raisonnement de la Cour constitutionnelle qui contourne la fragilité du fondement en droit interne de son pouvoir d'autoriser le comblement des lacunes par le juge *a quo*, lequel ne résulte d'aucun texte exprès, grâce à une référence au

C.C., 16 juillet 2009, n° 122/2009, point B.4.4 et C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009, point B.8.17, qui rappellent que le comblement d'une lacune par le juge judiciaire ne peut intervenir que sous réserve du principe de légalité en matière pénale (voy. *supra*, n° 77, V) ; C.C., 25 février 2010, n° 21/2010, point B.7 ; C.C., 25 février 2010, n° 18/2010, point B.9 ; C.C., 26 novembre 2009, n° 190/2009, point B.8 ; C.C., 12 novembre 2009, n° 177/2009, point B.7.2 ; C.C., 5 mai 2009, n° 74/2009, point B.5 ; C.C., 11 mars 2009, n° 45/2009, point B.10 ; C.C., 4 mars 2009, n° 37/2009, point B.8, citant notamment Cass. (plén.), 14 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 547, analysé *infra*, n° 81 ; C.C., 18 février 2009, n° 25/2009, point B.10.

(673) C.E.D.H. (plén.), 13 juin 1979, *Marckx C. Belgique*, n° 6833/74, § 56.

(674) Cité par C.E.D.H., 29 novembre 1991, *Vermeire C. Belgique*, n° 12849/87, § 11. Comp. avec la problématique de l'absence de portée matérielle du principe d'égalité, exposée *supra*, n° 73.

(675) Arrêt *Vermeire*, précité, §§ 25-26. Voy. dans le même sens C.E.D.H. (déc.), 10 janvier 2002, *Informationsverein Lentia*, n° 37093/97, p. 8.

droit international qui – du moins dans la thèse de la Cour de cassation (676) – prime les règles internes, fussent-elles de rang constitutionnel comme le principe de la séparation des pouvoirs.

Pareil raisonnement pourrait même être tenu en l'absence de toute violation d'un droit reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, à la différence de l'article 14 de la Convention qui est dépourvu de portée autonome et doit dès lors toujours être combiné avec un autre droit prévu par la Convention (677), l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantit de manière générale le droit à l'égalité devant la loi, de la même manière que les articles 10 et 11 de la Constitution. Il pourrait donc être soutenu que, lorsqu'une lacune est constatée par la Cour constitutionnelle de manière suffisamment claire et précise, l'article 26 du Pacte impose au juge *a quo* de restaurer l'égalité en comblant cette lacune (678).

Ainsi, pour reprendre deux exemples cités précédemment (679), l'arrêt n° 153/2007 est rédigé en des termes suffisamment complets et précis pour permettre de combler la lacune en accordant aux étrangers concernés le bénéfice des allocations qui leur était refusé par la loi jugée discriminatoire, tandis que l'arrêt n° 69/2002 a volontairement exclu tout comblement de la lacune en laissant au législateur le soin de déterminer les modalités selon lesquelles le conjoint et la caution du failli peuvent bénéficier de l'excusabilité (680).

Même si le critère de l'arrêt « directement applicable » peut avoir quelque chose de surprenant dans le contexte du contentieux préjudiciel de l'égalité, il s'agit à notre sens d'une solution pragmatique qui assure un équilibre satisfaisant entre le principe de la séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux. Si l'on admet ce critère, l'opposition entre lacune intrinsèque et lacune extrinsèque perd de sa pertinence lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir du juge *a quo* de combler cette lacune. Mieux vaudrait opposer la *lacune réparable* (nécessairement intrinsèque et

(676) Voy. Cass., 9 et 16 novembre 2004, *R.C.J.B.*, 2007, p. 31, note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU.

(677) Voy. C.E.D.H. (Gr. ch.), 22 janvier 2008, *E.B. C. France*, n° 43546/02, § 47.

(678) Pareil raisonnement permettrait de répondre aux objections de J. KIRKPATRICK, *o.c.*, *J.T.*, 2009, n° 11, p. 261, qui estime qu'une lacune ne pourrait être comblée par le juge que lorsqu'une personne est injustement privée des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

(679) Voy. *supra*, n°s 74 et 78.

(680) Pour d'autres exemples de lacunes extrinsèques constatées postérieurement à l'arrêt n° 111/2008, voy. C.C., 31 mai 2012, n° 70/2012, point B.6.2 ; C.C., 16 février 2012, n° 23/2012, point B.5 ; C.C., 20 octobre 2011, n° 161/2011, points B.10 et s. ; C.C., 13 janvier 2011, n° 1/2011, point B.15.3 ; C.C., 16 décembre 2010, n° 148/2010, point B.4.4.

ne requérant en outre aucune appréciation complémentaire de la part du législateur) et la *lacune irréparable* (qu'elle soit extrinsèque ou intrinsèque) sans intervention législative.

80. Suite – Mesures provisoires ordonnées par la Cour constitutionnelle. On notera encore que l'arrêt n° 111/2008 ne constitue apparemment pas la fin du développement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur ce sujet, ainsi qu'en témoignent plusieurs affaires récentes.

Ainsi, dans deux affaires jugées les 15 et 22 décembre 2011 (681), un inculpé en état de récidive, pour avoir été précédemment condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée d'un an, était poursuivi du chef de tentative d'assassinat. S'il avait été renvoyé devant la cour d'assises, celle-ci aurait pu, au maximum, le condamner à une peine de réclusion d'une durée de 30 ans (ou 20 ans en cas d'admission de circonstances atténuantes) (682). Toutefois, en raison de l'admission de circonstances atténuantes, il fut renvoyé devant le juge correctionnel. Or, celui-ci constata que, par application de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, il pourrait condamner le prévenu à une peine d'une durée maximale de 40 ans ! Une telle situation aboutit, sans surprise, à un constat de discrimination de la part de la Cour constitutionnelle (683). Elle estima qu'« [i]l appartient au législateur de remédier à cette discrimination », et ce, à juste titre, compte tenu de la diversité des solutions qui s'offrent à lui pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée (684), mais ajouta immédiatement que « [d]ans l'attente de l'intervention du législateur, le juge correctionnel doit, lorsqu'il détermine la peine, veiller à ne pas condamner en pareil cas à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises » (685). En d'autres termes, tout en constatant l'existence d'une lacune qu'il appartient normalement au législateur de combler, la Cour n'hésite pas à ordonner des *mesures provisoires* destinées à

(681) C.C., 22 décembre 2011, n° 199/2011 et C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011. Voy à ce propos D. DE BECO et C. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 670 et s.

(682) Cette précision ne figure que dans l'arrêt n° 199/2011, point B.5.4 (comp. l'arrêt n° 193/2011, point B.6.3).

(683) Sur l'importance du raisonnement *a fortiori* dans le contrôle du principe constitutionnel d'égalité, voy. *supra*, n° 69.

(684) Sur ces différences options, voy. D. DE BECO et C. GUILLAIN, *o.c.*, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 687 et s.

(685) Arrêt n° 193/2011, point B.9 ; l'arrêt n° 199/2011, point B.8, ajoute : « ayant constaté des circonstances atténuantes ».

aménager la situation dans l'attente de cette intervention. Ce faisant, elle s'attribue ainsi une prérogative qui n'est certes pas inconnue en droit comparé, mais qui ne trouve aucun fondement textuel dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 (686).

La même audace prétorienne est perceptible dans un arrêt n° 1/2012 (687). Dans cette affaire, la Cour était saisie de la situation des enfants d'un apatride ayant involontairement perdu sa nationalité et démontrant ne pas pouvoir obtenir un titre de séjour légal et durable dans un autre État avec lequel il aurait des liens. D'après la loi du 20 juillet 1971, cet apatride ne pouvait, comme tout étranger, prétendre aux allocations familiales pour ses enfants que s'il disposait d'un titre de séjour régulier en Belgique. La Cour considère que l'imposition d'une telle condition, qui vise à établir l'existence d'un lien suffisant avec la Belgique, n'est pas en soi discriminatoire (688). Dans un second temps, elle relève cependant qu'un réfugié, qui se trouve dans une situation « largement comparable » à celle d'un apatride (689), pourrait quant à lui prétendre à de telles allocations pour ses enfants, dès lors que l'article 49 de la loi du 15 décembre 1980 confère automatiquement aux réfugiés un droit de séjour en Belgique (690). Une telle différence de traitement entre réfugiés et apatrides porte une atteinte discriminatoire aux droits de ce dernier (691). À cet égard, la Cour avait déjà constaté dans un arrêt antérieur que cette discrimination ne résulte pas de dispositions précitées, mais « de l'absence d'une disposition législative accordant aux apatrides reconnus en Belgique, visés en B.1, un droit de séjour comparable à celui dont bénéficient ces réfugiés » (692). S'agissant d'une lacune extrinsèque, il appartenait donc

(686) Sur le **droit allemand**, voy. *supra*, n° 77, III. On notera que la Cour fait d'ailleurs preuve d'une grande prudence, puisque, alors que la marge d'appréciation du législateur l'avait conduite dans ses motifs à constater l'existence d'une lacune extrinsèque assortie de l'octroi de mesures provisoires, elle opte dans le dispositif de l'arrêt pour un constat de violation des articles 10 et 11 de la Constitution par le texte querellé – donc une lacune intrinsèque – « mais uniquement dans la mesure où il autorise la condamnation de l'inculpé renvoyé au tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, à une peine supérieure à celle qui peut être prononcée à l'égard de l'inculpé renvoyé à la cour d'assises du chef du même crime commis dans cette même circonstance » (le dispositif de l'arrêt n° 199/2011 énonce plutôt : « renvoyé du chef du même crime commis dans cette même circonstance à la cour d'assises ayant constaté l'existence de circonstances atténuantes »). L'adoption d'une mesure provisoire n'apparaît donc qu'en filigrane dans le dispositif.

(687) C.C., 11 janvier 2012, n° 1/2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 552, obs. P. MARTENS, « Le juge légiférant ».

(688) Point B.5.3.

(689) Points B.8 et B.9.

(690) Point B.6.

(691) Point B.10.

(692) Point B.11.

en principe au seul législateur de la combler. Toutefois, dès lors que le législateur est resté en défaut de remédier à la lacune constatée (693), la Cour estime désormais que « [d]ans l'attente de cette intervention législative qui a trait à la loi du 15 décembre 1980, il appartient au juge *a quo* de mettre fin aux conséquences, pour ce qui est de la disposition en cause, de l'inconstitutionnalité constatée en B.11, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets », et ce, en accordant les prestations familiales aux enfants concernés nonobstant l'absence de droit au séjour de leur parent (694). La Cour constitutionnelle s'écarte ainsi de sa doctrine antérieure qui reposait sur la distinction entre lacunes intrinsèques et lacunes extrinsèques : « [l]e souci d'assurer le respect d'un droit fondamental est plus important que celui de s'accrocher à une doctrine qui a fait la preuve de ses limites » (695).

Enfin, on citera un arrêt n° 121/2013 dans lequel la Cour constitutionnelle avait à se prononcer sur l'article 40^{ter} de la loi du 15 décembre 1980, qui impose au Belge qui désire être rejoint dans le cadre d'un regroupement familial de démontrer qu'il dispose de moyens de subsistance stables, suffisants et réguliers. Si cette exigence n'est pas, en soi, critiquable (696), elle le devient toutefois dès lors qu'un étranger bénéficiant d'un droit de séjour illimité pourrait quant à lui être rejoint par ses enfants mineurs et par ceux de son conjoint ou partenaire (697). Dès lors, l'article 40^{ter} précité viole les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour ajoute à cet égard que « [l]'inconstitutionnalité constatée trouve son fondement dans une lacune de la disposition attaquée à laquelle il ne peut être remédié que par une intervention législative ». Toutefois, « [d]ans l'attente de cette intervention législative, il revient aux autorités chargées d'autoriser le regroupement familial ou de contrôler les conditions dans lesquelles il a été autorisé de permettre ce regroupement quand le regroupant est un Belge, dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 10, § 2, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 » (698). Ici encore, la Cour estime donc pouvoir combler par une mesure provisoire une lacune dont elle relève par ailleurs que seul le législateur pourra y remédier définitivement.

(693) *Ibid.*

(694) Point B.12.2. On notera qu'à nouveau, cette précision cruciale n'apparaît pas dans le dispositif de l'arrêt.

(695) P. MARTENS, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 2012, p. 559.

(696) C.C., 26 septembre 2013, n° 121/2013, point B.64.8.

(697) Point B.64.4.

(698) Point B.64.5. À nouveau, le dispositif ne fait aucune allusion à la mesure provisoire ordonnée.

Ces différentes mesures provisoires, à ce jour encore discrètes et peu commentées par la doctrine, semblent, par leur addition, constituer une avancée durable s'inscrivant dans un processus global de montée en puissance du juge constitutionnel.

81. Position des juges judiciaires. Plusieurs juges du fond n'avaient pas attendu l'arrêt du n° 111/2008 pour apporter une réponse aux carences pointées par la Cour constitutionnelle (699). Tout en se montrant majoritairement hostiles au comblement des lacunes législatives (700), certains arrêts de la Cour de cassation s'étaient également engagés dans cette voie.

Ainsi, dans une affaire tranchée par un arrêt du 10 juin 2005 (701), un huissier avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire par le conseil de la chambre d'arrondissement. Sous l'empire du Code judiciaire avant sa modification par la loi du 6 avril 1992, cette sanction n'était susceptible que d'un recours en annulation devant la Cour de cassation pour excès de pouvoir, réservé au procureur général agissant sur les instructions du ministre de la Justice. Interrogée par le Conseil d'État sur l'existence d'une possible discrimination, la Cour constitutionnelle avait répondu par l'affirmative en considérant que les anciens articles 531, 610 et 1088 du Code judiciaire, « interprétés en ce sens que seul le procureur général près la Cour de cassation peut, sur les instructions du ministre de la Justice, introduire auprès de la Cour de cassation une demande en annulation de la décision du conseil de la chambre d'arrondissement infligeant une peine disciplinaire à un huissier de justice, violent les articles 10 et 11 de la Constitution » (702). Enhardi par cette décision, l'huissier avait alors introduit lui-même un pourvoi en cassation contre la décision du conseil de la chambre d'arrondissement. Dans ses conclusions, le ministère public faisait valoir en ordre principal qu'il n'appartenait pas à la Cour de combler la lacune mise au jour par l'arrêt de la Cour constitutionnelle, et qu'elle serait d'ailleurs bien en peine, à défaut d'intervention du législateur, de déterminer les délais et les règles de procédure applicables à la voie de droit qu'elle

(699) Voy. Civ. Bruxelles, 21 juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 311 ; Trav. Bruxelles, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 631, obs. B. RENAULD, *J.T.*, 2006, p. 311, note ; comp. Civ. Namur, 17 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1689, note M. DEMARET, « Reconnaissance paternelle : un système puérocentrique aux mains du juge ? », pp. 1692 et s., n° 10, pp. 1695 et s. ; voy. aussi les décisions citées par P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n°s 29 et s., pp. 251 et s.

(700) Voy. les décisions citées *supra*, n° 76.

(701) Cass., 10 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 334, *A.C.*, 2005, n° 334, avec les conclusions de M. l'avocat général BRESSELEERS. Comp. cependant l'interprétation de P. POPELIER, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 23, p. 250.

(702) C.A., 9 janvier 2002, n° 3/2002.

créerait ainsi (703). Malgré cela, si la Cour rejette le pourvoi, elle le fait pour le seul motif que celui-ci est tardif, ayant été introduit après l'expiration du délai prévu à l'article 1073 du Code judiciaire. Elle semble ainsi considérer implicitement avoir le pouvoir de combler la lacune constatée par la Cour constitutionnelle en appliquant par analogie la procédure de droit commun des pourvois en matière civile.

La question du comblement d'une lacune s'est également posée dans une affaire tranchée par un arrêt du 3 décembre 2007 (704). À l'époque des faits, le régime d'indemnisation mis en place par l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs excluait de son champ d'application les accidents impliquant un véhicule automoteur lié à une voie ferrée, en l'occurrence un tram. Cette exclusion avait, sur question préjudicielle, été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle (705). Comblant la lacune ainsi révélée, le juge de renvoi avait alors déclaré la STIB responsable sur la base l'article 29bis. C'était toutefois perdre de vue que cette disposition ne permet d'engager que la responsabilité de l'assureur ; la STIB, propriétaire du véhicule automoteur, n'aurait pu être déclarée responsable que si elle était visée par l'article 10 de la loi, qui assimile exceptionnellement le propriétaire à l'assureur. En l'absence d'une telle assimilation, la Cour de cassation censura dès lors la décision du juge du fond, mais pour des motifs qui ne remettent pas en cause le principe même du comblement de la lacune (706).

La même attitude favorable au comblement des lacunes transparaît encore dans une autre affaire. La Cour constitutionnelle avait estimé, en 1995, que l'ancien article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale violait les articles 10 et 11 de la Constitution au motif que les préoccupations qui avaient animé le législateur « justifient que l'action publique soit soumise à des délais de prescription particuliers, proportionnés à la gravité des faits. Mais elles ne justifient pas que l'action civile en réparation des dommages causés par ces faits soit prescrite après cinq ans – quels que soient les correctifs apportés

(703) « Dat uw Hof zou aannemen dat rechtstreeks cassatieberoep mogelijk is, dat slechts een beperkte toetsing inhoudt, ligt trouwens niet voor de hand. En welke termijnen en procedureregels zullen gelden? Met betrekking tot het tuchtprocesrecht zijn ze allesbehalve eenvormig. De wetgever behoudt de vrije keuze om aan de ongrondwettige discriminatie een einde te stellen » (conclusions précitées, n° 7).

(704) Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 602, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN.

(705) C.A., 15 juillet 1998, n° 92/98.

(706) En ce sens, M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, o.c., n° 37, p. 676 ; pour une interprétation différente, J. KIRKPATRICK, o.c., *J.T.*, 2009, n° 5, pp. 258 et s.

par la loi et la jurisprudence – alors que la réparation du dommage causé par une faute civile, moins grave qu'une faute que le législateur a qualifiée de pénale, peut être demandée pendant trente ans » (707). Si la Cour constitutionnelle décide ainsi que la prescription de l'action civile *ex delicto* ne peut être soumise à un délai de cinq ans alors que celle de l'action civile ordinaire demeure soumise à un délai de trente ans, il paraît toutefois difficile de considérer cette décision comme étant « directement applicable », dès lors qu'elle ne contient pas la moindre indication quant aux « délais de prescription particuliers » auxquels l'action civile *ex delicto* devrait être soumise. À la suite de cet arrêt, la loi du 10 juin 1998 a d'ailleurs entièrement revu le régime de la prescription en soumettant l'ensemble des actions en responsabilité extracontractuelle à un délai de prescription de cinq ans, étant entendu que l'action civile *ex delicto* ne peut se prescrire avant l'action publique (708). Malgré cela, la Cour de cassation n'a pas hésité à combler la lacune mise au jour par l'arrêt de la Cour constitutionnelle, en décidant que pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1998, la prescription de l'action civile *ex delicto* devait être alignée sur le délai de droit commun de la prescription trentenaire (709).

On peut enfin citer les onze arrêts rendus entre le 2 octobre 2007 et le 19 février 2008 (710) qui décident de poser d'office une question préjudicielle quant à la constitutionnalité des articles 235^{ter} et 416 du Code d'instruction criminelle « en ce qu'ils ne prévoient pas de pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt rendu par la chambre des mises en accusation », formulation qui souligne l'existence possible d'une lacune.

Ce sont ces derniers arrêts qui ont donné lieu à l'arrêt de principe n° 111/2008 de la Cour constitutionnelle (711). Celui-ci va provoquer une véritable remise en cause de la position majoritairement adoptée jusqu'alors par la Cour de cassation.

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle avait jugé que « [l']article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas un recours en cassation immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation

(707) C.A., 21 mars 1995, n° 25/95, point B.4.3.

(708) Voy. les nouveaux articles 2262^{bis} du Code civil et 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

(709) Cass., 15 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 296, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL.

(710) Cités par M. MELCHIOR et C. COURTOY, *o.c.*, *J.T.*, 2008, n° 30, p. 675, note n° 70.

(711) Voy. *supra*, n° 79.

qui contrôle, sur la base du dossier confidentiel, la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, en application des articles 189ter ou 235ter du Code d'instruction criminelle. » Elle avait par ailleurs précisé que le juge *a quo* avait le pouvoir de combler la lacune ainsi constatée.

Dans un premier temps, la Cour de cassation refusa de se plier à cette décision. Ainsi, par un arrêt du 12 août 2008, elle décida que la discrimination constatée par la Cour constitutionnelle résultait de l'absence, dans l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, d'une disposition assimilant les décisions prises sur la base de l'article 235ter aux décisions prises sur la base de l'article 235bis de ce Code. Selon la Cour, « [s]eule l'intervention du législateur pourra remédier à cette lacune de la loi qui ne résulte pas de la disposition légale concernée en elle-même, mais du défaut à l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle d'une disposition comparable à celle prévue à l'égard des décisions rendues par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235bis du même Code. » Elle déclare, dès lors, le pourvoi prématuré et, partant, irrecevable (712).

Peu de temps après, la Cour de cassation s'estima au contraire en mesure de combler la lacune en déclarant immédiatement recevable le pourvoi formé dans les mêmes circonstances (713).

Cette divergence de vues fut résolue par un arrêt rendu en audience plénière le 14 octobre 2008, par lequel la Cour de cassation décide :

« Lorsque la Cour constitutionnelle constate qu'en raison d'une lacune, une disposition légale en matière de procédure pénale viole les articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au juge pénal, pour autant que possible, de combler cette lacune.

Cette possibilité dépend de la nature de l'omission. Si le comblement de la lacune requiert un régime procédural totalement différent, le juge ne peut se substituer au législateur. Mais s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en se bornant à compléter la disposition légale de sorte qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et le devoir de le faire. » (714)

(712) Cass., 12 août 2008, *Pas.*, 2008, n° 431, point 13, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général A. HENKES reproduites à la note (1).

(713) Cass., 2 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 441, avec les conclusions contraires de M. le premier avocat général M. DE SWAEF résumées à la note (1).

(714) Cass. (plén.), 14 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 547, point 4, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général M. TIMPERMAN, *J.T.*, 2008, p. 755, obs. B. DEJEMEPEPE, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 92, note N. VAN DER EECKEN ; reprenant le même critère, Cass.,

Ce critère a encore été précisé par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 novembre 2008. Selon cet arrêt :

« Le juge est tenu de remédier dans la mesure du possible à toute lacune de la loi qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution dont la Cour constitutionnelle a constaté l'existence.

Le juge ne peut pallier cette lacune que si celle-ci le permet.

Ainsi, il peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.

En revanche, il ne peut se substituer au législateur si la lacune est telle qu'elle exige nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales » (715).

Dans des arrêts ultérieurs, la Cour a ramassé cette formule en décidant que « [l]orsque la Cour constitutionnelle annule une loi pénale, il n'appartient aux juridictions répressives de combler la lacune ayant justifié sa censure que si la loi et l'interprétation qui la rend valide peuvent être appliquées sans violation d'une autre disposition constitutionnelle, conventionnelle ou légale. Il faut en outre que le juge ne se trouve pas confronté, en cherchant à combler cette lacune, à des choix qu'il appartiendrait au seul législateur d'opérer » (716).

28 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 547, *A.C.*, 2008, n° 547, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER.

(715) Cass., 3 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 604, point 3, *A.C.*, 2008, n° 604, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER (nous soulignons). On notera que, dans cette affaire, s'écartant de l'appréciation de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation se refuse à combler la lacune. En l'espèce, la Cour constitutionnelle avait décidé que « [l]a loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail viole les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'elle ne s'applique pas aux stagiaires non rémunérés qui sont victimes d'un accident du travail alors qu'ils effectuent dans une entreprise des travaux prescrits par leur programme d'études » et que les mêmes stagiaires entrent en revanche dans le champ d'application de la législation sur les maladies professionnelles (C.A., 16 novembre 2004, n° 186/2004). La Cour de cassation refuse cependant de combler la lacune aux motifs que, « pour pallier cette lacune, il y a notamment lieu de déterminer qui, en application de la loi du 10 avril 1971, sera considéré comme l'employeur obligé sous peine de sanctions pénales de conclure l'assurance contre les accidents du travail au bénéfice des stagiaires non rémunérés en question. Le juge ne peut se substituer au législateur pour désigner cette personne » (point 4). Le principe de légalité en matière pénale explique donc cette position (voy. à ce propos, *supra*, n° 77, V).

(716) Cass., 26 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 77, avec les conclusions partiellement contraires de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; Cass., 2 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 468, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.T.*, 2009, p. 709 (nous soulignons).

La Cour de cassation reconnaît donc désormais au juge judiciaire le pouvoir, à certaines conditions, de combler une lacune constatée par le juge constitutionnel (717). Par voie de conséquence, la Cour de cassation ne refuse plus de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle que si la lacune susceptible d'être mise au jour par la réponse de celle-ci nécessiterait l'intervention du législateur pour déterminer les modalités du nouveau système à mettre œuvre (718).

Même si la Cour de cassation se réserve de décider elle-même dans quels cas la lacune peut être comblée plutôt que s'en remettre sur ce point à l'appréciation de la Cour constitutionnelle, les deux Hautes juridictions adoptent, sur le fond, une solution très proche, puisqu'elles posent comme seule limite au comblement de la lacune par le juge le souci de sauvegarder les choix d'opportunité du législateur (719).

S'il est vrai que la nature a horreur du vide, il semble en aller de même des magistrats...

§ 4. – *Conclusion*

82. Caractère opérationnel du principe constitutionnel d'égalité. Le présent chapitre avait pour but d'examiner, à titre liminaire, la possible utilisation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination à des fins d'analyse et, le cas échéant, de correction du régime de la rétroactivité en droit privé.

En dépit des difficultés spécifiques à ce domaine – qu'il s'agisse de la comparabilité des situations (720), de la recherche du but

(717) Pour d'autres applications, voy. Cass., 5 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 149, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 512, point 6, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL ; Cass., 23 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 522, avec les conclusions partiellement contraires de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; Cass., 9 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 384 point 2 (solution implicite), *A.C.*, 2009, n° 384, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER.

(718) Voy. Cass., 7 mai 2010, *Pas.*, 2010, n° 32, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN, *N.J.W.*, 2010, p. 502, note RF (troisième branche) ; Cass., 11 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 719. On peut toutefois s'interroger sur la conformité de cette jurisprudence, même ainsi amendée, avec l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (voy. *supra*, n° 76). Comp. en outre Cass., 4 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 147, point 7, qui refuse sans explication complémentaire de poser une question préjudicielle susceptible de mettre au jour une lacune au motif que « [s]eul le pouvoir législatif peut remédier à une telle lacune de la loi. ».

(719) Voy. et comp. *supra*, n° 79. Comp. également C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Audiolux e.a.*, C-101/08, point 62.

(720) Voy. *supra*, n° 64.

du législateur (721), des limites à la comparaison trait pour trait de deux institutions autonomes (722), de la portée partiellement formelle du principe d'égalité (723) ou de la problématique du comblement des lacunes législatives (724) –, le principe d'égalité apparaît être un outil opérationnel pour guider notre recherche et prolonger ses conclusions.

Avant d'examiner sa mise en œuvre, il convient toutefois de dégager le régime actuel de la rétroactivité en droit des contrats. Suivant en cela la division que nous avons proposée (725), nous examinerons donc la signification de l'effet rétroactif successivement pour les droits inachevés (première partie), les droits effacés (deuxième partie) et les droits remodelés (troisième partie). Chacune de ces parties se conclura par un chapitre visant à confronter les solutions dégagées avec les exigences du principe constitutionnel d'égalité.

(721) Voy. *supra*, n° 66.

(722) Voy. *supra*, n° 71.

(723) Voy. *supra*, n^{os} 73 et s.

(724) Voy. *supra*, n^{os} 75 et s.

(725) Voy. *supra*, n^{os} 8 et s.

PREMIÈRE PARTIE.
Les droits inachevés

BRUYLANT

83. Objet de la présente partie. Par « droit inachevés », nous désignons les droits contractuels des parties dont l'efficacité est entravée depuis l'origine, que ce soit par un vice, consistant en une cause de nullité de l'acte qui leur a donné naissance ou en l'absence de pouvoir de l'un des auteurs de cet acte, ou par une caractéristique propre à ces droits, telle qu'une condition suspensive ou résolutoire (726).

Les institutions examinées dans le présent chapitre ont ceci de commun qu'elles ont pour but ou, du moins, pour effet de parfaire des droits initialement inachevés.

Ainsi, la confirmation tend à couvrir la cause de nullité d'un acte (chapitre I) et la ratification vise à pallier l'absence de pouvoir de l'auteur d'un acte (chapitre II). L'acte ainsi confirmé ou ratifié sera désormais doté d'une pleine efficacité.

Par ailleurs, l'acte conclu sous condition suspensive ou résolutoire est susceptible de voir son efficacité à tout moment remise en cause en fonction des événements ultérieurs dont les parties ont fait dépendre le sort de l'acte. Si, toutefois, la condition suspensive vient à se réaliser ou la condition résolutoire à défaillir, l'acte sortira définitivement ses pleins et entiers effets (chapitre III).

Reste à déterminer dans quelle mesure cette perfection des droits contractuels inachevés est ou non dotée d'un effet rétroactif.

(726) L'existence d'une condition résolutoire n'entrave pas en tant que telle les effets du contrat qui, comme nous le verrons, sont presque identiques à ceux d'un contrat pur et simple, mais il n'en demeure pas moins que les droits contractuels existent alors sous la menace d'un anéantissement ultérieur par l'arrivée de la condition. Ils peuvent, dans cette mesure, être considérés comme inachevés.

CHAPITRE I

CONFIRMATION

§ 1. – *Généralités*

I. – *Notion*

84. Définition. La confirmation est l'acte juridique unilatéral, que le Code civil désigne parfois sous le nom de ratification (727) ou d'approbation (728), par lequel une personne couvre la nullité d'une obligation. Aux termes de l'article 1338, alinéa 3, du Code, elle « emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ».

C'est sur cette formule concise que repose toute la question de l'effet rétroactif de la confirmation et de ses limites vis-à-vis des tiers. La majorité des auteurs considère en effet que, dès lors qu'elle implique la renonciation à l'action en nullité qui entachait jusqu'alors l'obligation, la confirmation a pour effet de valider celle-ci, comme si elle avait toujours été valable *ab initio* (729). En revanche, la réserve du droit des tiers insérée dans cette disposition aurait pour conséquence de prémunir ceux-ci contre un tel effet rétroactif. Encore faudra-t-il préciser ce qu'on entend exactement par « tiers » et quels sont leurs « droits » ainsi protégés (730).

85. Distinctions. La confirmation ne doit être confondue, ni avec la réfection ni avec la régularisation.

La *réfection* se distingue assez aisément de la confirmation. Il s'agit de l'opération par laquelle les parties à un acte nul décident

(727) Art. 1311, 1338 et 1340 du Code civil. La confirmation ne doit cependant pas être confondue avec la ratification *sensu stricto* (voy. *infra*, Chapitre II).

(728) Art. 1115 du Code civil.

(729) Voy. *infra*, n^{os} 93 et s.

(730) Voy. *infra*, n^{os} 99 et s.

de conclure une nouvelle opération identique en veillant à éviter la cause de nullité qui entachait le premier acte (qui découlait, par exemple, de la méconnaissance d'une règle de forme). À la différence de la confirmation, la réfection n'est donc pas unilatérale, sauf lorsque l'acte nul avait lui-même cette nature. Il s'agit généralement d'un palliatif à l'impossibilité de confirmer l'acte nul (731). Alors que la confirmation est généralement considérée comme rétroactive, la réfection ne vaut en règle que pour l'avenir (732).

La *régularisation* constitue quant à elle une institution dégagée plus récemment par la doctrine (733). À la différence de la confirmation, elle ne constitue pas une simple renonciation à l'action en nullité, mais permet, dans les cas et conditions prévus par la loi, de faire disparaître objectivement les vices affectant le contrat (734).

Compte tenu notamment de l'absence d'une théorie générale de la régularisation en droit positif belge, la rétroactivité de celle-ci ne fera pas l'objet d'une étude systématique (735). Les principes applicables à la confirmation peuvent cependant à notre sens lui être transposés moyennant quelques adaptations (736).

86. Conditions et forme. Il n'est pas nécessaire, pour analyser l'effet rétroactif de la confirmation, de s'interroger longuement

(731) Voy. par ex. l'article 1339 du Code civil : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme, *il faut qu'elle soit refaite en la forme légale* ».

(732) M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 33 et s., n° 36, p. 73 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. I^{re} Partie*, tome III, Paris, Economica, 1986, n° 555, p. 495. Ce postulat devrait cependant être nuancé, compte tenu de la possibilité pour les parties de conférer conventionnellement un effet rétroactif à leur accord (voy. sur cette question *infra*, n° 559 et s.).

(733) Voy. en particulier C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1973 ; voy. également J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n° 797 et s., pp. 949 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 31 et s., pp. 50 et s. ; voy. également l'article 1133 du **Projet Catala** et l'article 90 du **Projet Terré**.

(734) Voy. par ex. l'article 176 C. soc. ; l'offre faite par l'acheteur de payer le supplément du juste prix en cas de vente lésionnaire (art. 1681 C. civ.) ; la disparition du risque d'éviction en cas de vente de la chose d'autrui (voy., sur cette cause de régularisation et ses limites, Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 86, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.C.J.B.*, 2011, p. 5, note P. WÉRY).

(735) Voy. déjà *supra*, n° 4.

(736) Voy. *infra*, n° 98.

sur les conditions auxquelles elle peut intervenir (737). On se bornera donc à évoquer brièvement celles-ci.

On admet généralement que seules les *nullités relatives*, résultant de la méconnaissance d'une loi impérative, sont susceptibles de confirmation (738).

Ce postulat gagnerait sans doute à être nuancé.

D'une part, la *nullité relative* sanctionne certaines règles dont il est permis de se demander si elles sont vraiment impératives, dès lors qu'il est loisible aux parties d'y déroger dès la formation du contrat. Ainsi, par exemple, l'erreur sur la substance et l'absence de cause entraînent une nullité relative, alors qu'il est permis aux parties de prendre en charge le risque d'erreur (739) et, sous certaines réserves, d'abstraire un acte de sa cause (740). Par ailleurs, on considère aujourd'hui que, même si la nullité pour défaut d'objet déterminé et déterminable devrait en principe n'être que relative (741), la seule confirmation de cette nullité serait impuissante à rendre l'obligation efficace, à défaut d'un nouvel accord de volonté visant à préciser son objet (742).

(737) Pour de plus amples développements sur ce point, cons. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n^{os} 792 et s., pp. 762 et s.

(738) Voy. not. Cass., 25 mars 2011, *Pas.*, 2011, n^o 224, point 7 (« Cette nullité est relative et peut par conséquent faire l'objet d'une confirmation ») ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n^o 796, p. 765, note n^o 1 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n^o 328, pp. 320 et s. Sur le critère de distinction entre nullités relatives et absolues, cons. not. J. DE CONINCK, « Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst : de openbare orde herbekeken », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 301 et s., n^{os} 14 et s., pp. 305 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n^{os} 91 et s., pp. 110 et s. ; A. MEEÛS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 498 et s., n^{os} 3 et s., pp. 500 et s. ; J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 89 et s., n^{os} 5 et s., pp. 94 et s.

(739) Voy. Cass., 24 avril 2003, *Pas.*, 2003, n^o 264, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES ; Cass., 6 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 133 et la note (2) signée R.H. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n^o 46, E, p. 63.

(740) Cons. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39 et s., n^{os} 33 et s., pp. 81 et s.

(741) Voy. également en ce sens le **Projet Catala**, art. 1122.

(742) La sanction de la nullité absolue apparaîtrait dès lors techniquement plus satisfaisante, quoique incohérente par rapport au traitement de l'absence de consentement, sanctionnée par une nullité relative. Voy. M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 569 et s., n^o 33, p. 606 ; voy. aussi A. DE BOECK, « Het Hof van Cassatie en de koop op lijfrente : zekerheid omtrent de onzekerheid », note sous Cass., 20 juin 2005, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 606 et s., spéc. pp. 607 et s. ; F. RIGAUD, « L'état d'ébriété d'un contractant,

D'autre part, la *nullité absolue* serait, selon certains, susceptible de confirmation lorsque le but d'intérêt général qui s'opposait à sa couverture aurait disparu (743). Il en irait ainsi, après l'ouverture de la succession, en matière de donations nulles en la forme (744) et de pactes sur succession future (745) ; en matière de vente de droits litigieux prohibée par l'article 1597 du Code civil, après la cessation des fonctions visées par cette disposition (746) ; ou encore, en cas d'abrogation d'une législation d'ordre public (747) ou lorsque celle-ci perdrait ce caractère (748). Cette possibilité de confirmation peut être rapprochée de la tendance récente qui souligne la relativité de

cause de nullité relative de la vente », note sous Cass., 21 octobre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 418 et s., n^{os} 17 et s., pp. 425 et s.

(743) Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Éditions Jeune Barreau de Liège, 1991, pp. 9 et s., spéc. p. 89 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, n^o 546, pp. 685 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, 12^e éd., Paris, Sirey, 2006, n^o 348, p. 284 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 760 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 70, p. 86 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, Paris, L.G.D.J., 1930, n^o 305, p. 419 ; *R.P.D.B.*, tome IX, v^o *Nullité*, Bruxelles, Bruylant, 1938, n^{os} 504 et s., pp. 41 et s. ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, éd. belge, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1848, n^o 561, p. 196 ; adde C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 243 et s., note n^o 3, pp. 290 et s.

(744) Art. 1339 et 1340 du Code civil ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., p. 767.

(745) Voy. Cass., 12 juillet 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 336, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ, spéc. p. 342 ; Gand, 14 décembre 1872, *Pas.*, 1873, II, p. 58 et la note (1 et 2) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n^o 348, p. 284 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, o.c., n^o 561, p. 196. – *Contra* : J. VERSTRAETE, « Pactes sur successions futures », *Rép. not.*, tome III, L. II, Bruxelles, Larcier, 2005, n^o 16, p. 34 et références citées.

(746) C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1902, § 337, p. 433, note n^o 9.

(747) V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 89 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n^o 348, p. 284 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., p. 760 ; W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, sous la direction de R. DILLEMANS et W. VAN GERVEN, tome I, *Algemeen Deel*, Antwerpen et Utrecht, Standaard Wetenschappelijk Uitgeverij, 1969, n^o 137, p. 441. – *Contra* : D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Confirmation*, Paris, Dalloz, 2000, n^o 29, p. 4, qui considère que ce serait donner un effet rétroactif à la loi nouvelle ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n^o 34, p. 607, au motif que la validité d'un contrat doit s'apprécier au moment de sa formation (cet auteur réservant toutefois l'hypothèse où la législation d'ordre public est abrogée rétroactivement). Ces auteurs nous paraissent toutefois confondre la validité du contrat confirmé et celle de la confirmation elle-même, qui doit être appréciée au moment où cette nouvelle manifestation de volonté intervient (MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome X, o.c., v^o *Effet rétroactif*, p. 65).

(748) M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, o.c., n^o 305, p. 419 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n^o 137, p. 441.

la distinction entre nullités absolues et relatives (749). Il faut toutefois observer que tant la Cour de cassation (750) que la Cour constitutionnelle (751) paraissent peu enclines à s'engager dans cette voie. En toute hypothèse, la possibilité de confirmer une nullité absolue suscite de sérieuses difficultés, non seulement parce qu'elle aboutit à entériner définitivement les effets d'une situation à l'époque où celle-ci était contraire à l'ordre public, mais aussi, en raison de l'effet relatif de la confirmation (752). En effet, même si l'on admet qu'un contrat frappé de nullité absolue devienne susceptible de confirmation, celle-ci ne pourra éteindre l'action en nullité que dans le chef de son auteur. Son intérêt pratique apparaîtrait dès lors extrêmement limité, puisque le contrat pourrait encore être mis à néant à l'initiative de toute autre partie au contrat, de tout tiers intéressé, voire même du juge (753). Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'ensemble des parties au contrat

(749) Voy. sur ce point J. DE CONINCK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2004, n° 17, p. 306, note n° 51 ; F. GLANSDORFF, « Les compétences respectives des juridictions administratives et des juridictions judiciaires », note sous Cass., 10 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, pp. 20 et s., n° 5, p. 26 ; A. MEEÛS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 4, p. 502 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, Brugge, die Keure, 2005, n° 180, pp. 129 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 89, p. 105 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 135, pp. 433 et s. ; J. VAN ZUYLEN, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n°s 13 et s., pp. 111 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 326, p. 295.

(750) Ainsi, alors qu'une modification des conventions préalables à un divorce par consentement mutuel ne peut intervenir, à peine de nullité absolue, que dans le respect de la procédure prévue par l'article 1293 du Code judiciaire, un courant important des juges du fond avait admis que cette nullité soit néanmoins confirmée après le divorce. Prenant le contre-pied de cette jurisprudence, la Cour a cependant considéré que « [a]fspraken tijdens de echtscheidingsprocedure na de eerste verschijning, met miskenning van voormelde regelgeving, zijn absoluut nietig en komen derhalve niet voor bevestiging in aanmerking, ook niet nadat de echtscheiding definitief is » (Cass., 15 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 23, note S. MOSSELMANS, « Tegenbrieven bij echtscheiding door onderlinge toestemming », pp. 24 et s., et la jurisprudence des juges du fond contraire citée par cet auteur, n° 16, p. 28). De la même manière, la Cour a décidé, en revenant sur sa jurisprudence antérieure (voy. *supra*, note n° 745), que « [l]e moyen qui, en cette branche, fait valoir que, sous l'empire du droit applicable, l'interdiction des stipulations concernant des successions non encore ouvertes n'est que temporaire et est levée après l'ouverture de la succession, permettant la ratification de ces stipulations, manque en droit » (Cass., 31 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 599).

(751) Voy. C.C., 22 avril 2010, n° 35/2010, point B.6.3, C.C., 16 juillet 2009, n° 123/2009, point B.5.3, C.C., 16 juillet 2009, n° 122/2009, point B.5.3 et C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009, points B.13.1 et s., qui, « [a]fin de prévenir toute insécurité juridique », annulent la disposition d'une norme qui prévoyait qu'il n'était pas possible de renoncer *a priori* à une nullité absolue et risquait ainsi de donner *a contrario* la fausse impression que cette nullité pouvait être couverte *a posteriori*.

(752) Sur cet effet relatif, voy. *infra*, n° 108.

(753) Voy., dans le même sens, A.S. HARTKAMP, « Bekrachtiging van nietige rechtshandelingen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek », *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, Zwolle*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, pp. 115 et s., n° 5, p. 122. Sur l'office du juge en matière de nullités, voy. *infra*, n° 249.

auraient confirmé la nullité, il est permis de se demander si cette confirmation conjointe n'est pas plutôt l'expression d'une volonté de réfection de l'acte.

Quoi qu'il en soit, l'examen détaillé de ces remises en cause des postulats classiques du droit des nullités ne paraît pas indispensable à l'étude de l'effet rétroactif de la confirmation, et sortirait dès lors du cadre de notre étude.

Outre les conditions générales de validité requises pour tout acte juridique, on exige également que l'auteur de la confirmation ne soit plus sous l'empire du vice affectant l'obligation confirmée, qu'il agisse en connaissance de cause et que sa volonté de confirmer soit certaine (754).

Quant à la forme, la confirmation peut être expresse ou tacite (755). Dans le premier cas, l'*instrumentum* constatant la confirmation est soumis au formalisme prévu par l'article 1338, alinéa 1^{er}, du Code civil (756), dont le respect doit cependant être apprécié avec souplesse (757). Dans le second, la confirmation doit, comme toute renonciation (758), se déduire de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation (759).

(754) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 796, pp. 764 et s. Comp. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n°s 23 et s., pp. 17 et s., et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 342, p. 280, qui considèrent que ces conditions supplémentaires ne seraient en réalité que des applications du droit commun de la formation des actes juridiques. Cette thèse ne paraît cependant pas reçue en Belgique (voy. Cass., 21 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 395).

(755) Cass., 25 mars 2011, *Pas.*, 2011, n° 224, point 7.

(756) « L'acte de confirmation ou de ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. »

(757) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 798, p. 767. Selon le savant auteur, la confirmation expresse non constatée par un écrit pourrait par ailleurs être prouvée par toutes voies de droit.

(758) Sur le principe général du droit applicable aux renonciations, voy. Cass., 6 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 87 ; Cass., 24 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 788 ; Cass., 22 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 606 ; Cass., 22 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 602 ; Cass., 17 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 639 ; Cass., 28 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 67 ; Cass., 23 janvier 2006, *Pas.*, 2006, n° 49 ; Cass., 25 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 241 ; Cass., 10 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 85 ; Cass., 13 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 404 ; Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, n° 166 ; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 719 ; Cass., 19 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 362.

(759) Dans certains arrêts, la Cour paraît toutefois se contenter du constat de l'intention certaine de confirmer. Voy. ainsi Cass., 5 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 147, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, troisième à sixième branches réunies (publiées uniquement sur www.juridat.be) : « La confirmation d'une obligation nulle peut être tacite et résulter, non seulement de son exécution volontaire en connaissance de cause, mais aussi de tout fait qui dénote avec certitude, chez son auteur, l'intention de la confirmer ou de renoncer

Avant d'aborder les effets de l'obligation nulle pendant la période intermédiaire précédant sa confirmation (§ 2) et de rechercher si cette dernière est dotée d'un effet rétroactif (§ 3), il convient de resituer brièvement la confirmation dans le contexte plus général de la théorie des nullités (II).

II. – Aperçu de la théorie des nullités

87. Théorie classique des nullités. Le Code civil ne comporte pas de théorie générale des nullités. Édifiée sur la base de quelques dispositions éparses, celle-ci est donc principalement l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence (760).

Fidèles aux modèles d'interprétation qui avaient alors cours, les auteurs du XIX^e siècle ont bâti la théorie classique des nullités sur deux piliers, à savoir, d'une part, l'exégèse de ces rares dispositions, et, d'autre part, l'établissement d'une classification d'inspiration anthropomorphique dont ils ont déduit tout leur système (761). Ces deux piliers relèvent respectivement des modèles d'interprétation « philologique » et « géométrique » qui jouissaient à l'époque d'un crédit particulier (762).

L'exégèse du Code civil a ainsi permis de mettre en évidence certaines variations dans les termes utilisés par le législateur pour évoquer l'invalidité d'une convention (763). Ainsi, alors que « [l]a convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est *point nulle de plein droit* ; elle donne seulement lieu à une *action en nullité ou en rescision* » (article 1117), en revanche, « [l]'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, *ne peut avoir aucun effet* » (article 1131). Certains passages des

à se prévaloir de sa nullité » ; voy. également Cass., 11 janvier 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 552 ; Cass., 25 février 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 72.

(760) Pour un historique de la théorie des nullités, cons. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, o.c., pp. 49 et s. ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 243 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 127, pp. 399 et s.

(761) Comp. avec les deux explications de la théorie classique, l'une historique et l'autre rationnelle, identifiées par E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., pp. 142 et s.

(762) Cons. à ce propos B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., chap. V et VI.

(763) Voy. par exemple G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, 3^e éd., Paris, Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêts, 1908, n° 1933, pp. 275 et s.

travaux préparatoires venaient conforter l'idée que ces expressions n'étaient pas synonymes (764).

Les résultats de cette recherche de l'intention du législateur permirent ensuite d'opposer obligations annulables, obligations nulles de plein droit et obligations inexistantes (765). La légitimité de cette taxinomie fut alors renforcée par une métaphore de nature organique ou anthropomorphique (766) centrée autour d'un « état objectif de l'acte ». En effet, la violation de la loi fut envisagée comme un vice menaçant, de manière plus ou moins importante en fonction de sa gravité, la « vie » même de l'acte juridique. Ainsi, aux « maladies légères » affectant les obligations annulables et susceptibles d'être « guéries » par la confirmation, on opposa les « maladies incurables » devant nécessairement entraîner l'extinction des obligations nulles de plein droit, voire les défaillances tellement graves qu'elles devaient conduire à considérer l'obligation comme « mort-née », et donc inexistante (767) (768).

(764) Voy. en particulier les observations de la section de législation du tribunal du 4 nivôse an XII et jours suivants dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, Paris, Videcoq, 1836, pp. 167 et s., et le rapport de Jaubert à la séance du tribunal du 14 pluviôse an XII, *ibid.*, p. 394.

(765) Il s'agit là d'une présentation schématique de la théorie des auteurs à la fin du XIX^e siècle. En réalité, ceux-ci ne s'accordaient pas sur le contenu exact de chacune des catégories, voire même sur l'existence de celles-ci (ainsi, sur l'intérêt de distinguer entre les deux dernières). Voy. à ce propos C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 254, note n^o 4.

(766) Comp., vers la même époque, avec la théorie de la réalité organique de la personnalité morale (voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, *o.c.*, n^o 35, p. 34).

(767) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, pp. 124 et s. ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 250.

(768) L'apparition de la notion d'inexistence trouve son origine dans la volonté d'interdire certains mariages non expressément prohibés par le Code civil de 1804, tels que le mariage entre personnes de même sexe, sans remettre en cause la règle « pas de nullité sans texte » que l'on estimait applicable en matière de mariage. De manière générale, le recours à la théorie de l'inexistence répond d'ailleurs au souci d'invalidier un acte sans se conformer au régime des nullités mis en place par le législateur (voy. à ce propos H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapport de la Cour de cassation de France*, 2004, pp. 105 et s., spéc. p. 118 ; cet auteur va même jusqu'à soutenir, p. 116, – mais à notre sens de manière peu convaincante –, que le législateur n'aurait pas le pouvoir de réglementer l'inexistence ; voy. cependant l'article 11 de la première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, devenu l'article 12 de la directive 101/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, qui vise expressément l'inexistence). Comp. avec l'invention des « nullités de fond » en droit judiciaire (voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « La sanction de l'inobservation des règles relevant de l'organisation judiciaire », note sous Cass., 22 avril 1999, *R.G.D.C.*, 2000, pp. 363 et s.), partiellement remise en cause lors de la modification de l'article 700 du Code judiciaire par la loi du 26 avril 2007.

88. Théorie moderne des nullités. I. La théorie classique a fait l'objet d'une critique en règle depuis le début du XX^e siècle (769). Ses opposants se sont ainsi attaqués tant à son fondement philologique ou exégétique qu'à son soutènement géométrique ou anthropomorphique. S'agissant du premier, ils ont mis en évidence que le texte du Code civil était loin de consacrer clairement la distinction entre annulabilité, nullité de droit et inexistance (770). Quant au second, ils eurent tôt fait de dénoncer le caractère artificiel et arbitraire de l'assimilation de l'acte juridique à un organisme vivant (771).

II. Ces critiques ouvrirent la voie à une nouvelle conception de la théorie des nullités. Celle-ci est principalement due, en France, aux travaux de JAPIOT et GAUDEMET (772), dont les enseignements ont pénétré en Belgique sous la plume notamment de DE PAGE (773) et des auteurs du *Répertoire pratique de droit belge* (774).

Dans la conception nouvelle, la nullité n'est plus un état objectif de l'acte, mais une sanction de la violation de la loi (775). La forme et l'intensité de cette sanction ne découleront donc plus de la confrontation de la gravité du vice avec les exigences abstraites de la « survie » d'un acte juridique, mais constitueront la réaction de l'ordre juridique à la méconnaissance concrète d'une de ses règles plus ou moins importantes. Par ailleurs, la nullité n'est plus envisagée comme une réalité objective, mais comme un « droit de

(769) Cons. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., pp. 146-147 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 137 et s. ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 257 et s.

(770) Voy. déjà Cass., 12 juillet 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 336, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ, spéc. pp. 340 et s. Ainsi, par exemple, l'article 502 du Code civil déclare « nuls de droit » les actes passés par l'interdit, alors qu'il a toujours été admis qu'ils n'étaient qu'annulables à la demande de l'incapable.

(771) Comp. avec la critique de la théorie de la réalité organique de la personnalité morale (voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, o.c., n° 45, p. 42).

(772) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., pp. 140-199.

(773) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 96, pp. 141 et s.

(774) Le *verbum Nullité* constitue ainsi une synthèse des travaux de Japiot émaillée de larges citations de ceux-ci (voy. *R.P.D.B.*, tome IX, v° *Nullité*, o.c.).

(775) Si l'idée de sanction n'était pas absente de la théorie classique, elle y occupait cependant un rôle secondaire (C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 260).

critique » (776), à savoir une prérogative, un droit subjectif (777) reconnu à certains sujets de droit afin de mettre à néant l'acte nul.

Ce changement de paradigme aboutit nécessairement à une redéfinition des catégories des nullités. Aux nullités relatives correspond désormais la méconnaissance d'une règle destinée à protéger uniquement des intérêts privés. Puisque seuls ceux-ci sont en jeu, il ne se justifie pas d'ouvrir l'action en nullité à d'autres personnes que celles que la règle violée entendait protéger. En revanche, lorsque la règle méconnue intéresse l'ordre public ou les bonnes mœurs, il convient d'ouvrir largement les portes du prétoire à toute personne justifiant d'un intérêt à faire prononcer la nullité de l'obligation, et ce, afin d'encourager celle-ci (778). Quant à l'inexistence, elle disparaît presque entièrement comme catégorie autonome (779).

C'est ainsi, par exemple, que l'absence de consentement qui, dans la théorie classique, était sanctionnée par l'inexistence, ou à tout le moins par la nullité de plein droit – parce qu'il était inconcevable qu'un acte auquel il manque un de ses « membres » essentiels puisse rester en vie –, n'entraîne plus désormais qu'une nullité relative, car seuls des intérêts privés sont en cause (780).

(776) Il est intéressant de relever que cette notion de droit de critique, inventée par Japiot et largement répandue aujourd'hui, trouve directement son origine dans celle d'*Anfechtungsrecht* existant en droit allemand (voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., p. 284 *in fine* et p. 288).

(777) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 7, p. 7. La doctrine contemporaine a sur ce point été plus loin que Japiot pour qui l'action en nullité n'aurait pas d'existence autonome, mais se confondait en règle avec les actions de droit commun (en revendication, en répétition de l'indu, etc.) par lesquelles les effets de l'acte nul étaient attaqués (R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 398 et s.) ; cet auteur admettait cependant, dans certains cas, l'existence autonome du droit de critique, et ce, à titre préventif (*ibid.*, pp. 438 et s.), dans un intérêt d'ordre moral (*ibid.*, pp. 445 et s.) ou en vue d'éviter que l'acte ne produise provisoirement certaines conséquences (*ibid.*, pp. 458 et s.).

(778) On observera que cette opposition catégorique entre nullités relatives et absolues était cependant atténuée par les promoteurs de la théorie moderne par la création d'une série de sous-catégories intermédiaires (cons. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., pp. 167-169 ; R.P.D.B., tome IX, v° *Nullité*, o.c., n°s 41 et s., pp. 8 et s.). Même si, désormais, on a tendance à raisonner dans une vision strictement binaire, des tentatives sont régulièrement faites en doctrine pour nuancer cette vision des choses (voy. C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 270 et s. ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, Bruxelles, Kluwer, 1996, n°s 1113 et s., pp. 835 et s. ; voy. également *supra*, n° 86).

(779) Voy. cependant *infra*, n° 229.

(780) Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, p. 174, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 414 et s., note F. RIGAUD ; voy. également Cass., 7 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 9, point 2, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 21 et s., note F. GEORGE. La même solution est consacrée par l'article 1109-2 du **Projet Catala**.

III. On peut deviner, derrière cette théorie nouvelle, une révolution scientifique à l'œuvre (781), qui place désormais les notions d'*intérêt* et de *proportionnalité* au cœur du régime de la nullité (782) et implique le passage d'une approche conceptuelle à un raisonnement de type plus fonctionnel (783). Aux modèles d'interprétation « géométrique » et « philologique » du raisonnement juridique succède ainsi un modèle « sociologique » (784).

On peut voir un prolongement de cette approche dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2006, appelé à se prononcer sur la sanction de l'inobservation des formalités imposées par les articles 9 et 23 de la loi du 16 février 1994 régissant les contrats d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages (obligation pour le professionnel de rédiger un contrat écrit et d'établir un bon de commande écrit lors de la réservation) (785). La cour d'appel de Bruxelles

(781) Voy. sur cette notion B. FRYDMAN, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *J.T.*, 1996, pp. 809 et s.

(782) Voy. not. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 21 (« c'est le but à atteindre, l'intérêt à protéger qui détermine le contenu, le régime juridique et les conséquences de la nullité » ; *adde* p. 24) ; C. CAUFFMAN, « Vers un engendement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 428 et s., n° 1, p. 428 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 575, pp. 728 et s. ; M. COIPPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, n° 92, p. 72 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 147 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 379, pp. 227 et s. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 351, p. 477 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 264 et s., spéc. p. 265 ; J. RONSE, « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, pp. 199 et s., n° 7, pp. 219 et s. ; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 325 et s., n° 61, pp. 402 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome 1^{er}, *o.c.*, n° 179, p. 129 ; S. STIJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, pp. 238 et s. ; B. VAN DEN BERGH, « Over de *verus dominus*, de verkoper van andermans zaak en de koper zonder eigendomsrecht: een geval van stellionaat », note sous Bruxelles, 18 juin 2008, *R.G.D.C.*, pp. 237 et s., n° 9, p. 242 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n°s 127 et s., pp. 399 et s., spéc. n° 128, p. 404 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsteer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2008, n° 1, p. 4.

(783) Sur ces deux approches, voy. *supra*, n° 5.

(784) Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, chap. VII. D'ailleurs, ce n'est sans doute pas un hasard si De Page, grand représentant de l'École de la libre recherche scientifique qui promut ces idées nouvelles (*ibid.*, n° 423, p. 425 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 1^{er}, *o.c.*, n° 6bis, pp. 13 et s.), joua un rôle déterminant dans la redéfinition des catégories des nullités en Belgique (cons. sur ce point A. MEEÛS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n°s 6 et s., pp. 503 et s.). Comp R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 3 et s. et 150, qui rend hommage à GENY tout en déclarant ne pas s'être exclusivement basé sur la méthode de la libre recherche scientifique.

(785) Cass., 26 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 293, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY, « La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », pp. 479 et s.

avait à cet égard considéré, de manière générale, que leur non-respect était sanctionné par la nullité du contrat, faisant de celui-ci un contrat solennel. À l'inverse, le pourvoi soutenait que le formalisme imposé par la loi l'était exclusivement à titre probatoire, étant dès lors sans incidence sur la validité du contrat. Choisisant une voie médiane, la Cour décide que « [l]es formalités prévues par ces dispositions tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect *peut* entraîner une nullité relative que le juge apprécie *selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts* » (786) et casse dès lors l'arrêt soumis à sa censure. Il s'agit donc, comme le relève l'annotateur de cette décision, d'une nullité facultative, dépendant d'une appréciation au cas par cas de l'importance des intérêts en cause (787).

Il est toutefois permis de se demander si, sur ce point précis, la Cour de cassation n'est pas allée un cran trop loin dans la voie de la flexibilisation du droit des nullités. L'inconvénient d'une telle approche casuistique est en effet le risque d'insécurité juridique, voire d'arbitraire, qui en résulte (788). La prise en compte des intérêts contradictoire peut cependant se faire sur un mode plus abstrait, qui s'efforce

(786) Nous soulignons.

(787) P. WÉRY, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2007, n° 5, p. 481, qui propose même de généraliser cette solutions à toutes les nullités virtuelles résultant de la transgression d'autres lois particulières (voy. égal. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 324, p. 293). — On notera qu'une note sous un arrêt ultérieur du 26 novembre 2010 (*Pas.*, 2010, n° 694) fait référence à cet arrêt du 26 mai 2006. L'affaire concernait en l'espèce la sanction du respect des règles de forme imposées par l'arrêté royal du 9 juillet 2000 « relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs ». La Cour décide à cet égard que « [l]e moyen, en cette sous-branche, qui revient tout entier à considérer que tout ajout ou modification aux dispositions de l'arrêté royal entraîne d'office la nullité de la clause sans qu'il faille examiner si les droits de l'acheteur sont directement ou indirectement supprimés ou réduits, manque en droit » (point 10), ce qui paraît consacrer également dans ce cas le caractère facultatif de la nullité. L'espèce ne nous paraît toutefois présenter qu'un faible intérêt pour la théorie générale des nullités, dès lors que l'article 5 de l'arrêté royal, auquel se réfère la Cour, prévoyait expressément que « [t]out ajout ou modification aux présentes dispositions qui supprime ou réduit, directement ou indirectement, les droits que l'acheteur tient de celles-ci et des dispositions légales, particulièrement celles résultant de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, est interdit et nul » ; la disposition méconnue prévoyait donc elle-même la nécessité d'examiner s'il avait *in concreto* été porté atteinte aux droits de l'acheteur.

(788) Voy. déjà *supra*, n° 5, III. Comp. la réflexion de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome IX, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 554 : « si l'on fait plier à chaque pas les principes devant les faits, il n'y a plus de principes ». Pour une critique du modèle sociologique en général, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *o.c.*, n° 247, pp. 523 et s., et dans le domaine des nullités en particulier, L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *o.c.*, n° 577, p. 731 (« zoals ook voor de andere uitdovingsgronden van verbintenissen geldt, moeten de vernietigbaarheid en haar rechtsgevolgen door algemene en abstracte rechtsregels worden bepaald. De toepasselijke rechtsregels kunnen niet door de individuele rechter per hangend geschil worden omschreven : zulks is onverenigbaar met het begrip "positief recht" (zie ook art. 6 Ger.Wb.) »).

de concilier une plus grande souplesse du droit des nullités avec les formes classiques du raisonnement juridique. Ce souci est rencontré, dans la théorie des nullités, en tentant de systématiser les difficultés concrètes qui peuvent se rencontrer dans la pratique sous la forme de problématiques abstraites (restitution des fruits, annulation des contrats successifs, maintien des actes d'administration, etc.) pour lesquelles des solutions générales peuvent alors être proposées (789).

IV. Bien que la théorie classique des nullités et ses constructions anthropomorphiques absconses aient depuis longtemps été tournées en dérision par les tenants d'une théorie qualifiée en signe de réaction de « moderne », de nombreux préceptes que l'avènement de la théorie nouvelle aurait dû remettre en cause continuent cependant d'être professés aujourd'hui et sont tenus pour beaucoup comme tenant de l'évidence (790). Nous en verrons la trace lors de l'examen de l'effet rétroactif tant de la confirmation (791) que de la nullité (792).

§ 2. – *Période intermédiaire*

89. Nullité et annulation. On sait que la période intermédiaire, séparant en l'occurrence la naissance de l'obligation entachée de nullité de sa confirmation, revêt une importance capitale pour déterminer si cette dernière est dotée ou non d'un effet rétroactif (793).

À cet égard, la théorie classique des nullités faisait la distinction entre les obligations annulables, dont la nullité devait être prononcée par le juge, et les obligations nulles de plein droit ou inexistantes, qui étaient par elles-mêmes dépourvues d'effet depuis l'origine. En cas de litige, le juge pouvait certes être amené à statuer à leur égard, mais il se bornait alors à *constater* la nullité ou

(789) Telle sera l'approche qui sera suivie lors de l'étude des effets de la nullité (*infra*, n^{os} 236 et s.).

(790) Ce constat constitue d'ailleurs le point de départ de la thèse de C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n^o I, p. 1.

(791) Voy. *infra*, n^{os} 93 et s.

(792) Voy. *infra*, n^o 239.

(793) Voy. *supra*, n^o 60.

l'inexistence, « comme un médecin constate la mort » (794), plutôt que de la *prononcer* (795).

Sous l'empire de la théorie moderne, ces distinctions n'ont plus cours (796). À la différence de la solution retenue dans d'autres ordres juridiques (797), toutes les nullités, qu'elles soient relatives ou absolues, doivent en principe être prononcées en justice (798).

(794) Selon l'expression de L. AYNÈS, « Rapport introductif », *Rev. contrats*, 2008, pp. 9 et s., n° 2, p. 9.

(795) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1932, p. 273 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 252 et s. ; P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7 et s., n° 14, p. 15.

(796) Voy. *supra*, n° 88.

(797) Voy. ainsi, à propos des **droits allemands et néerlandais** qui distinguent encore nullité et annulabilité, *infra*, n°s 91 et s. On notera par ailleurs que la nullité est exclue du champ d'application de la proposition de **DCEV** (voy. le considérant n° 27), laquelle ne réglemente que l'annulabilité (art. 48 et s.).

(798) Voy. Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 262, point 6 (« Le contrat perdure tant que l'annulation, qui produit ses effets *ex tunc*, n'est pas prononcée en justice ») ; Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305 (« Attendu [...] que la nullité de la convention [...] existe *ex tunc* ; mais que c'est le jugement qui la reconnaît qui fait naître des obligations nouvelles, les parties devant se restituer tout ce qu'elles ont obtenu ») ; Cass., 12 juillet 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 336, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ, spéc. p. 340 ; Civ. Hasselt, 28 février 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 445 ; Civ. Hasselt, 31 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 173, point 4.1 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, pp. 22 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, n° 204, pp. 157 et s. ; J. BAECK, « (Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, pp. 321 et s., n°s 2 et s., pp. 324 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *Les biens. Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, n° 1019, p. 2096 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 267 et s., n° 3, p. 269 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, o.c., n° 90, p. 71 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 557, p. 701 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 99, p. 148 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 326, p. 260 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., pp. 149 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 386.I, p. 231 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, o.c., n° 356, pp. 482 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 82, p. 97 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, Paris, Dalloz, 2004, n° 78, p. 12 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, o.c., n° 282, pp. 388 et s. ; J. RONSE, o.c., *T.P.R.*, 1965, n° 7, p. 219 ; *R.P.D.B.*, tome IX, v° *Nullité*, o.c., n° 29, p. 7 ; S. STIJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 64, pp. 406 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, o.c., n° 176, p. 127 ; T. TANGHE, « Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond », *T.P.R.*, 2012, pp. 705 et s., n° 1, p. 707 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 390, p. 396 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 3, p. 6 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 597 et s., n° 73, p. 622 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 18, p. 587 ; P. WÉRY, o.c., *La nullité des contrats*, n° 5, p. 17 ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 300 et s., n° 32, p. 345 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 321, p. 292.

On justifie cette solution par référence au principe que nul ne peut se faire justice à soi-même et à l'idée que, le contrat nul ayant à tout le moins une apparence de validité, seul un juge est habilité à renverser celle-ci (799).

Par conséquent, il est constant aujourd'hui que l'obligation nulle susceptible de confirmation sortit dès l'origine tous ses effets. Sans doute ne s'agit-il que d'une obligation « en sursis », qui peut à tout moment être anéantie – avec effet rétroactif – par l'exercice de l'action en nullité, mais sous cette réserve et à ce stade, *l'obligation nulle ne diffère en rien de l'obligation valable*. La situation est donc fort différente, comme nous le verrons, de celle de l'obligation contractée sans pouvoir (800) ou sous condition suspensive (801). Elle se rapproche en revanche de celle de l'obligation sous condition résolutoire (802).

§ 3. – *Effets de la confirmation*

I. – *Aperçu général*

90. Droits belge et français. Nous verrons qu'une doctrine majoritaire considère que la confirmation a pour effet de valider rétroactivement l'obligation nulle, comme si elle avait toujours été valable (803). Cette opinion n'échappe cependant pas à la critique, fondée tant sur la notion de validation que sur l'analyse des effets

— Seuls quelques auteurs isolés restent encore attachés à l'idée que la nullité absolue existerait de plein droit : voy. ainsi C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, tome VIII, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1936, n^o 275, pp. 197 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, Paris, P.U.F., 1998, n^o 104, pp. 195 et s. (qui se réfère à la notion d'inexistence) ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1953, n^o 260, p. 185 ; W. VAN GERVEN, « Onverbindhendheid : blokkendoos of grabbelton ? », *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, pp. 483 et s., n^o 7, p. 488. — Le droit positif n'a donc pas accueilli la théorie de Japiot pour qui l'acte annulable se trouvait dans un état intermédiaire, ni valable ni nul, jusqu'à l'exercice du droit de critique ou son extinction (R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 281).

(799) Tant ce principe que sa justification devront être nuancés dans le cadre de l'étude des « droits effacés » et plus précisément de l'effet rétroactif des nullités (voy. *infra*, n^{os} 227 et s.).

(800) Voy. *infra*, n^{os} 119 et s.

(801) Voy. *infra*, n^{os} 165 et s.

(802) Voy. *infra*, n^o 172.

(803) Voy. *infra*, n^o 93.

de l'obligation nulle pendant la période intermédiaire précédant la confirmation (804).

Dans les rapports avec les tiers, la doctrine majoritaire écarte la rétroactivité de la confirmation dans la mesure où elle aurait pour effet de porter atteinte aux droits acquis par les ayants cause à titre particulier de l'auteur de la confirmation (805). Tout en contestant le caractère rétroactif de la confirmation, nous estimons pour notre part que la réserve traditionnelle du droit des tiers n'est que l'expression de l'effet relatif de la confirmation (806), lequel présente surtout un intérêt pratique en matière de cautionnement et d'obligations solidaires (807).

91. Droit allemand. Parmi les différentes formes d'inefficacité (*Unwirksamkeit*) de l'acte juridique, le droit allemand distingue principalement la nullité (*Nichtigkeit*) et l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*) (808). Celles-ci se distinguent par le fait que la nullité joue de plein droit, tandis que l'acte annulable peut être annulé rétroactivement par une déclaration adressée au cocontractant. Dans les deux cas, l'acte juridique est susceptible de confirmation (*Bestätigung*).

I. *S'agissant des actes nuls*, il est prévu que lorsqu'ils sont confirmés par celui ou ceux qui en sont l'auteur, cette confirmation vaut comme nouvelle passation de l'acte (*erneute Vornahme*) (§ 141, alinéa 1^{er}, du BGB). Cette solution repose sur l'idée, en soi critiquable, que l'acte nul serait dépourvu de toute existence et qu'il ne suffirait donc pas de renoncer aux vices qui l'entachent (809). La confirmation s'apparente donc, dans ce cas, à une réfection de l'acte, quoique plus simple que si l'acte devait être purement et simplement refait (810).

(804) Voy. *infra*, n^{os} 94 et s.

(805) Voy. *infra*, n^{os} 99 et s.

(806) Voy. *infra*, n^o 108.

(807) Voy. *infra*, n^o 115.

(808) Voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., München, C.H. Beck, 2004, § 44, pp. 795 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2006, n^{os} 487 et s., pp. 194 et s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand*, tome I^{er}, *actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n^{os} 402 et s., pp. 318 et s.

(809) Voy. à ce propos W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 551 ; sur le fait que l'acte, même nul de plein droit, n'est pas pour autant inexistant, voy. *infra*, n^o 237.

(810) Ainsi, par exemple, il suffit aux parties de se référer à leurs précédentes déclarations plutôt que de devoir les réitérer intégralement (J. BUSCHE, « §§ 139-144 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2006, pp. 1735 et s., § 141, n^o 1, p. 1761). Certains auteurs admettent même que, quand un contrat n'est pas nul en tant que tel, mais que sa nullité résulte uniquement de la nullité d'une déclaration de volonté de l'un des contractants, la confirmation du contrat par celui-ci seul suffise

Il est constant qu'une telle réfection est dépourvue d'effet rétroactif, l'acte ne prenant effet qu'avec la confirmation (811).

Le § 141, alinéa 2, du BGB prévoit, il est vrai, une exception en matière de *contrats nuls* (812). En ce cas, en cas de doute quant à la portée de la confirmation, les parties sont tenues de s'accorder réciproquement ce qu'elles auraient obtenu si le contrat avait été valable dès l'origine. Il ne s'agit cependant que d'une présomption – réfractable (813) – de volonté. En outre, cette rétroactivité est purement personnelle (plutôt que réelle) et ne peut, dès lors, porter atteinte aux droits des tiers (814); le § 141 est, dans cette mesure, impératif (815).

II. *S'agissant des actes annulables*, le § 144 du BGB se borne à exclure l'annulation de l'acte juridique lorsqu'il est confirmé par celui qui est en droit d'en demander l'annulation. La question de savoir si

(J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 11, p. 1763 ; H. ROTH, « §§ 139-144 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2003, p. 434 et s., § 141, n° 14, p. 508).

(811) BAG, 26 avril 2006, 7 AZR 366/05, NZA, 2006, p. 1431, point 26 ; BAG, 1^{er} décembre 2004, 7 AZR 198/04, BAGE, vol. 113, p. 75, N.J.W., 2005, p. 2333, point 23 ; BGH, 1^{er} octobre 1999, N.J.W., 1999, p. 3704, point 24 ; M. AHRENS, « §§ 116-144 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 101 et s., § 141, n° 9, p. 180 ; J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 16, p. 1765 ; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, 15^e éd., Tübingen, Mohr, 1960, § 202, I, n° 5, c), p. 1212 ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 552 ; H. HEINRICHS, « BGB §§ 1-311a », *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, o.c.*, pp. 1 et s., § 141, n° 8, p. 148 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 15, p. 799 ; C. WITZ, *Droit privé allemand*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 412, p. 325.

(812) Cette exception est de stricte interprétation et ne trouve, dès lors, pas à s'appliquer en matière d'actes unilatéraux (D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 533, p. 211). Tout au plus pourrait-on admettre que l'auteur d'un acte unilatéral nul déclare, en confirmant celui-ci, faire remonter son engagement jusqu'à la date d'accomplissement de l'acte confirmé, à la condition cependant de ne pas aggraver la situation de tiers (J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 18, p. 1766 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 29, p. 512).

(813) J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 17, p. 1766 ; H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 141, n° 8, p. 149 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 27, p. 511 ; C. WITZ, *Droit privé allemand*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 412, p. 325.

(814) BAG, 1^{er} décembre 2004, 7 AZR 198/04, BAGE, vol. 113, p. 75, N.J.W., 2005, p. 2333, point 23 ; M. AHRENS, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 141, n° 9, p. 180 ; J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 17, p. 1765 ; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 202, I, n° 5, c), p. 1212 ; H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 141, n° 8, pp. 148 et s. ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 26, p. 511 ; pour un exemple, cons. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 19, p. 800.

(815) J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 16, p. 1765 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 25, p. 511.

une telle confirmation est ou non dotée d'un effet rétroactif est discutée en doctrine (816).

92. Droit néerlandais. En droit néerlandais également, on oppose l'acte simplement annulable (*vernietigbaar*) à l'acte nul de plein droit (*nietig*).

L'acte nul ne produit, dès l'origine, aucun effet. L'article 3:58 du NBW admet cependant qu'il soit ratifié (*bekrachtigd*) lorsqu'une condition légalement requise pour la validité de l'acte est remplie après son accomplissement et que toutes les personnes immédiatement intéressées qui auraient pu se prévaloir du vice de l'acte y ont consenti avant que ladite condition ne soit remplie. En ce cas, à la différence de la solution prévue par le § 141 du BGB, l'acte se voit reconnaître un effet rétroactif, sans préjudice du droit acquis des tiers (817).

L'acte annulable jouit quant à lui d'une validité provisoire et sortit, jusqu'à son annulation éventuelle, tous les effets d'un acte valable (818). Conformément à l'article 3:55 du NBW, il est susceptible de confirmation (*bevestiging*), laquelle a pour effet de lui conférer définitivement la force d'un acte valable (819). La question de savoir si une telle confirmation est ou non rétroactive est controversée (820).

II. – Effets entre parties

93. Position majoritaire – Effet rétroactif de la confirmation. La majorité de la doctrine attribue à la confirmation un effet rétroactif. Elle considère en effet que la confirmation a pour effet de purger l'acte de ses vices et de le rendre inattaquable comme s'il avait toujours été valable *ab initio* (821).

(816) Voy. *infra*, n° 95.

(817) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome IV, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *Algemeen leer der overeenkomst*, 12^e éd. par A.S. HARTKAMP, Deventer, Kluwer, 2005, n^{os} 502 et s., pp. 526 et s. ; A.S. HARTKAMP, *o.c.*, *Non sine causa*, pp. 117 et s., pour qui cette « ratification » constitue plutôt une forme de régularisation (*convalescentie*) ; A.S. HARTKAMP, *o.c.*, *W.P.N.R.*, 1991, n° 12, p. 872 ; J. HEJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2007, n° 206, p. 225.

(818) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome IV, vol. II, *o.c.*, n° 460, p. 485.

(819) *Ibid.*, n° 476, p. 502.

(820) Voy. *infra*, n° 95.

(821) **En Belgique** : E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, tome III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq, 1879, n° 373, p. 192 ; M. DUPONT, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 42, p. 79 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *De verbintenissen*, 5^e éd., Antwerpen, Brussel, Gent et Leuven, Standaard-Boekhandel, 1948, n° 309, p. 456 ;

Déjà au cours de l'élaboration du Code civil, la section de législation du tribunal avait considéré qu'en cas de confirmation, « les nullités sont couvertes au point que les actes confirmés ou ratifiés sont considérés comme ayant été faits valablement dès l'origine, et comme n'ayant jamais cessé d'être valables » (822). Elle proposait dès lors d'énoncer à l'article 1338 du Code civil que pour les actes susceptibles de confirmation, « la confirmation, ratification ou exécution volontaire de ces actes emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre eux ; et, dans ce cas, l'acte confirmé ou ratifié a son effet du jour où il a été passé entre les parties, sans préjudice du droit des tiers ». Sans s'expliquer sur les motifs de sa décision, le Conseil d'État a cependant préféré entériner la rédaction actuelle de l'article 1338, qui ne se réfère pas expressément à l'idée de rétroactivité (823).

On déduit essentiellement de cet effet rétroactif que l'auteur de la confirmation se prive du droit de critiquer les effets de l'acte confirmé non seulement pour l'avenir, mais également pour le

L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome III, 2^e éd. belge, Bruxelles, Bruylant, 1863, Art. 1338, n^o 49, p. 138 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n^o 653, p. 656 ; *Pand.*, tome XXIII, v^o *Confirmation*, Bruxelles, Larcier, 1887, n^o 270 ; *R.P.D.B.*, tome VI, v^o *Hypothèques et privilèges immobiliers*, Bruxelles, Bruylant, s.d., n^o 436, p. 346 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, Paris, Larose & Forcel, et Liège, Vaillant-Carmanne, 1893, n^o 150, p. 175 ; C.B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, o.c., n^o 514, p. 416 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n^o 16, p. 14 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *Source des obligations (Deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n^o 639, p. 961 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n^o 31, p. 604. **En France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., §337, p. 446 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 210, pp. 156 et s. ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, 6^e éd., Paris, Marescq et Dujardin, 1856, art. 1338, p. 689 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, o.c., n^o 105, p. 197 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n^o 758, 1^o, B, p. 507, et n^o 760, pp. 508 et s. ; D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Confirmation*, o.c., n^o 90, p. 9 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^o 111, p. 121 ; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, o.c., n^o 831, p. 972 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, o.c., n^o 555, p. 495, et n^o 561, pp. 501 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n^o 704, p. 348 ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome V, 8^e éd., Paris, Delamotte, 1889, art. 1338, V, p. 107 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, o.c., n^o 353, p. 480 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 53, p. 70 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Nullité*, o.c., n^o 50, p. 8 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982, n^o 244, p. 179 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 398, p. 402.

(822) Observations de la section de législation du tribunal du 4 nivôse an XII et jours suivants, P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, o.c., p. 168.

(823) Procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 5 pluviôse an XII, *ibid.*, p. 209.

passé (824) et que l'acte confirmé est régi par la loi du jour où il a été conclu (et non du jour de la confirmation) (825).

De manière générale, la confirmation serait rétroactive dans la mesure où elle produit des effets sur un acte antérieur à sa formation (826).

94. Première objection – Différence entre confirmation et validation. I. Cette position majoritaire paraît découler de l'acceptation plus ou moins consciente du présupposé de la théorie classique selon lequel la nullité est un état objectif d'un acte « malade » (827). En effet, dans cette conception, la confirmation est vue comme un procédé de validation venant effacer (« guérir »), depuis l'origine, le vice qui affectait l'acte (828). Elle serait rétroactive dès lors que cet acte serait par la suite considéré comme ayant toujours été inattaquable.

Dans la théorie moderne des nullités, la confirmation n'est plus tant un procédé de validation d'un acte atteint en soi d'un vice qu'une *renonciation au droit de critique* de la part des titulaires de ce droit (829). L'idée de validation n'a cependant pas entièrement disparu sous la plume de nombreux auteurs ; elle subsiste en effet à la fois comme conséquence de la renonciation au droit de critique et comme justification de la rétroactivité de la confirmation.

(824) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 66, p. 47 ; M. DUPONT, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 42, p. 79 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 53, p. 70 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, o.c.*, n° 244, p. 179.

(825) J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, *o.c.*, art. 1338, p. 689 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 68, pp. 48 et s. ; M. DUPONT, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 42, p. 79 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 56, p. 72.

(826) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 76, pp. 53 et s.

(827) Voy. *supra*, n° 87.

(828) Cette idée a sans doute été confortée par le texte de l'article 1338, alinéa 1^{er}, du Code civil qui exige que l'acte de confirmation fasse état de « l'intention de réparer le vice » (comp. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Bernard Frères et Sirey, 1951, n° 123, p. 121).

(829) En effet, « la confirmation d'un acte entaché de nullité est une renonciation à se prévaloir de la nullité » (Cass., 11 janvier 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 552 ; Cass., 12 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 797). Voy. not. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 13, p. 11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 794, p. 763. Certains auteurs restent cependant attachés à la conception classique de la confirmation-validation (voy. par ex. D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Confirmation*, Paris, Dalloz, 2000, n° 3, p. 2).

Ce raisonnement s'est développé sur la base de l'hypothèse – qui est à vrai dire la plus commune – de la confirmation d'une nullité relative édictée dans l'intérêt d'une seule partie. En ce cas, la renonciation par celle-ci à l'action en nullité donne l'impression que le contrat a en quelque sorte été validé, comme s'il n'avait jamais été entaché d'un vice.

Si, par exemple, la victime d'une erreur confirme le contrat sous l'empire de laquelle il a été conclu, cette renonciation à poursuivre la nullité du contrat ne se distingue guère d'une validation de celui-ci, puisqu'il est désormais inattaquable comme s'il n'avait jamais été entaché d'erreur.

Encore l'idée même de validation n'est-elle pas, comme nous allons le voir, à l'abri de toute critique.

II. Sans doute peut-on considérer, lorsque le consentement d'une partie était vicié, voire absent, que la confirmation constitue une réitération de l'intention de s'engager qui vient pallier la volonté défailante lors de la conclusion du contrat. En ce cas, on peut soutenir que la confirmation ne constitue pas uniquement une renonciation « subjective » à l'action en nullité, mais qu'elle vient en outre remédier « objectivement » à l'état de l'acte nul. Ce raisonnement ne peut toutefois être étendu à toutes les hypothèses de nullités relatives.

Ainsi, par exemple, si l'on confirme une vente affectée d'une lésion énorme, l'action en nullité s'éteint, mais les prestations réciproques des parties n'en sont pas modifiées pour autant, de sorte qu'en réalité le vice subsiste (830).

De même, si le travailleur confirme un préavis irrégulier en la forme, les formes légales n'en auront pas pour autant été respectées (831).

On relèvera encore qu'en cas de confirmation d'une convention viciée par le dol, ce dernier subsiste et permettra encore l'introduction d'une action en dommages-intérêts, puisque la confirmation, étant

(830) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 796, p. 765, note n° 1 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., p. 754, note n° 2 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, o.c., n° 122, p. 120.

(831) Voy., dans le même sens, à propos de la confirmation prévue par l'article 1340 du Code civil des donations nulles en la forme, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, o.c., n° 122, p. 121.

comme toute renonciation de stricte interprétation (832), n'implique en principe aucune renonciation à réclamer des dommages-intérêts (833).

Ces différents exemples montrent que la confirmation n'est, ni plus, ni moins, qu'une renonciation à l'action en nullité. L'acte nul devient certes inattaquable par l'effet de la confirmation, mais celle-ci n'est pas pour autant en mesure de faire disparaître le vice à l'origine de la nullité. Par conséquent, si la confirmation aura, la plupart du temps, des effets équipollents à une validation *ab initio*, elle ne peut toutefois être confondue avec celle-ci (834).

III. En outre, toute idée de validation – même apparente – doit être écartée lorsque la nullité confirmée est édictée dans l'intérêt de plusieurs personnes.

La situation se rencontre tout d'abord dans les *contrats bipartites* (835). Ainsi, par exemple, jusqu'au revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2008, celle-ci décidait que l'article 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui fixe le mode de détermination du délai de préavis des employés, était impératif à l'égard tant de l'employeur que de l'employé (836). On peut également citer l'hypothèse de l'erreur-obstacle qui devrait en principe être sanctionnée par une nullité relative susceptible d'être invoquée par les deux parties, puisque chacune d'elles

(832) Sur ce principe applicable à toute renonciation, voy. *supra* les références citées à la note n° 17.

(833) I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 50, pp. 302 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 582, p. 340 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 328, p. 322 ; en **droit allemand** : M. AHRENS, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 144, n° 4, p. 183 ; H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 144, n° 3, p. 150 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 144, n° 16, p. 540.

(834) C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, *o.c.*, n° 40, p. 25.

(835) Cons. à ce propos P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 327, p. 295.

(836) Voy. Cass., 7 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 207, *R.C.J.B.*, 2009, p. 481, note C. WANTIEZ, qui décide que cette disposition protège les seuls intérêts du travailleur, et les décisions antérieures en sens contraire citées à la note (1).

en est victime (837), de même que le cas de l'absence de cause dès lors que le mobile déterminant était commun aux deux parties (838).

L'hypothèse se rencontre également dans les *contrats multipartites*, à savoir les contrats conclus par plus de deux personnes (839). Ainsi, en cas de vente d'un immeuble indivis à un prix inférieur aux sept douzièmes de sa valeur, chacun des vendeurs dispose de l'action en rescision pour lésion énorme (840). De même, l'action en nullité peut être exercée par plusieurs copartageants pour autant qu'ils aient chacun été lésés de plus du quart (841).

Dans chacun de ces cas, l'effet de la confirmation n'est que relatif, en ce sens qu'il éteint uniquement le droit de critique de

(837) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 336, p. 268, note n° 5 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 226, p. 233 ; voy. cependant la jurisprudence française citée par ces auteurs qui applique la sanction de la nullité absolue. On observera également que le contrat conclu sous l'empire d'une erreur-obstacle aura souvent donné lieu à un accord apparent correspondant à la volonté de l'une des deux parties, auquel cas seule l'autre devrait pouvoir en demander la nullité (M. VAN QUICKENBORNE, « La confirmation d'un acte nul pour fausse cause constitue-t-elle une donation indirecte? », note sous Cass., 5 novembre 1976, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 137 et s., n° 4, p. 142).

(838) Voy. Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181 (second moyen, troisième branche), *R.C.J.B.*, 2011, p. 329, note S. NUDELHOLC.

(839) Cons. à ce propos E. DIRIX, « Meer-partijen-overeenkomsten », *R.W.*, 1981-1982, col. 1585 et s. ; E. DIRIX, « De meerpartijovereenkomst », *T.P.R.*, 1983, pp. 757 et s. ; E. DIRIX, « De oorzaak in een drie-partijen-verhouding », note sous Cass., 25 novembre 1982, *R.W.*, 1984-1985, col. 1440 et s. ; P.A. FORIERS, « Les contrats multipartites en droit belge », *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, pp. 149 et s. ; I. SAMOY, « Le caméléon du droit des obligations : le contrat multipartite. Questions théoriques et pratiques concernant la conclusion des contrats à multiples parties », *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, Liège, CUP, 2007, pp. 7 et s. ; I. SAMOY, « Pijnpunten bij het opstellen van consortium- en andere overeenkomsten met meer dan twee partijen », *Verbindenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, pp. 51 et s. ; I. SAMOY, « La dissolution des contrats multipartites. Vers une reconnaissance générale de la résolution partielle temporelle, matérielle et personnelle, grâce au critère de l'(in)divisibilité et fondée sur la fonction modératrice de la bonne foi », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 195 et s. ; I. SAMOY et A. MAES, « De ontbinding van meerpartijovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 189 et s. ; I. SAMOY et P. WÉRY, *Meerpartijovereenkomsten. Contrats multipartites*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2013 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, Bruxelles, Kluwer, 1996, n°s 378 et s., pp. 305 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 43, pp. 61 et s. ; voy. également R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbindenissen », *T.P.R.*, 1994, pp. 171 et s., n° 46, pp. 241 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Verslag over de jaarvergadering 1983 te Gent van de Vereniging voor de Vergelijking van het recht in België en Nederland. Verslag afdeling Privaatrecht », *R.W.*, 1983-1984, col. 1851 et s.

(840) Voy. l'article 1685 du Code civil, qui renvoie aux articles 1668 à 1672 pour l'exercice de l'action en nullité en cas de désaccord entre les vendeurs.

(841) Voy. l'article 887 du Code civil.

son auteur (842). Celui-ci reste donc à la merci d'une nullité prononcée à la demande d'une autre partie protégée (843).

On aperçoit immédiatement que, dans ces hypothèses, on ne peut soutenir que la confirmation n'émanant que d'une partie seulement des titulaires du droit de critique aurait pour effet de valider l'acte comme s'il avait n'avait jamais été entaché d'un vice. Au contraire, cette confirmation ne suffit pas à mettre l'acte à l'abri d'une action en nullité du ou des autres titulaires du droit de critique. En réalité, l'acte n'échappera à tout risque d'annulation que lorsque chacun de ces titulaires aura renoncé à son droit (844). Tant que ce n'est pas le cas, on ne peut considérer que l'acte est validé par la confirmation comme s'il avait été valable *ab initio*. On ne peut, dès lors, dans ce cas, reconnaître un effet rétroactif à la confirmation isolée de certains des titulaires du droit de critique (845).

95. Deuxième objection – Analyse erronée de la période intermédiaire. Plus fondamentalement, la position majoritaire semble perdre de vue que pendant la période intermédiaire, l'acte nul sortit déjà des effets identiques à un acte valable, sous la seule réserve qu'il est susceptible d'annulation (846).

L'auteur de la confirmation met fin à cette situation en renonçant à son droit de critique. L'acte nul continuera ainsi à produire, pour l'avenir, les mêmes effets qu'il produisait déjà auparavant, étant entendu qu'il ne pourra désormais plus être critiqué par cette

(842) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 345, p. 282 ; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, o.c.*, n° 796, p. 948 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, o.c.*, n° 125, p. 124. Il s'agit au demeurant d'une application des principes de l'autonomie de la volonté et de l'effet relatif des actes juridiques (voy. *infra*, n° 108).

(843) Pour autant, du moins, que la nullité produise ses effets à son égard. Cette question se pose principalement dans les contrats multipartites, où tant l'exercice de l'action que ses effets quant aux personnes peuvent être limités compte tenu du nombre de parties en cause. Voy. à ce propos *infra*, n° 310.

(844) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 50, pp. 35 et s. Les exemples donnés ci-avant concernent à chaque fois une nullité relative édictée dans l'intérêt de plusieurs personnes. Le raisonnement pourrait toutefois être étendu à l'hypothèse des nullités absolues (E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 170), s'il fallait admettre que celles-ci sont susceptibles de confirmation (voy. *supra*, n° 86).

(845) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 349, p. 285 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 398, pp. 402 et s. ; adde C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 583, p. 341.

(846) Voy. *supra*, n° 89.

personne. En d'autres termes, *la confirmation ne modifie en rien les effets juridiques de l'obligation* pour le passé. On n'aperçoit dès lors guère la place que la rétroactivité, au sens technique du terme, occupe dans ce mécanisme (847).

On observera à cet égard que la doctrine majoritaire n'échappe pas à la contradiction en attribuant un effet rétroactif à *la fois* à la confirmation et à la nullité (848). En effet, pour être dotée d'un véritable effet rétroactif, la confirmation devrait conférer depuis l'origine à l'acte confirmé des effets dont il aurait jusqu'alors été dépourvu. Or, ce sont précisément les effets de l'acte au cours de la période intermédiaire que la nullité a pour objet de supprimer *ab initio*. Reconnaître un effet rétroactif à la nullité suppose donc nécessairement que l'acte ait déjà produit certaines conséquences dès l'origine. Par conséquent, le rôle de la confirmation ne peut consister à faire produire des effets à l'acte nul pour le passé, mais uniquement à le mettre à l'abri, pour l'avenir, de tout risque d'annulation.

L'étude du **droit allemand** confirme cette analyse. Pour être pertinente, la comparaison doit porter sur la confirmation des actes annulables puisque, comme les actes nuls en droits belge et français, ils jouissent d'une validité provisoire jusqu'à leur annulation éventuelle (849). À cet égard, certains auteurs se bornent à exposer que le seul effet de la confirmation prévu par le § 144 du BGB est d'éteindre le droit de critique (*Anfechtungsrecht*) de son auteur, sans se prononcer expressément sur le caractère rétroactif de cette extinction (850). D'autres font observer avec pertinence que cette confirmation n'a aucune signification positive propre (851) ; elle ne produit

(847) Dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 2014, p. 364 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 802, p. 771 ; E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1938, art. 1338, n° 214, p. 182 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 175, qui voit dans la rétroactivité de la confirmation une « fiction inutile » ; il en va de même pour C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 583, p. 341 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, o.c., n° 257, pp. 240 et s. ; voy. encore P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 328, p. 299.

(848) Pour une idée similaire, comp. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., p. 281, note n° 1.

(849) Voy. *supra*, n° 91.

(850) Voy. M. AHRENS, o.c., *BGB Kommentar*, o.c., § 144, n° 4, p. 183 ; H. HEINRICH, o.c., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 144, n° 3, p. 150 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 44, n° 28, p. 802 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 534, p. 212.

(851) P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 1112.

aucun effet de droit nouveau, et ne peut dès lors se voir reconnaître un effet rétroactif que pris dans un sens non technique (852). « Die Rede von der “Rückwirkung” ist allerdings ungenau, da lediglich die Anfechtbarkeit eines bestehenden Rechts beseitigt wird » (853).

L'examen du **droit néerlandais** conduit à la même conclusion. Ici également, c'est à la confirmation des actes annulables que correspond la confirmation connue en droits belge et français (854). Sans doute la majorité de la doctrine attribue-t-elle à une telle confirmation un effet rétroactif (855). Un auteur ayant consacré sa thèse à l'étude de la nullité et de l'annulabilité a cependant réfuté cette opinion de manière convaincante :

« De gedachte dat de bevestiging terugwerkt hangt samen met de [...] opvatting dat aan de geldigheid van de vernietigbare rechtshandeling iets schort: de bevestiging zou het ontbrekende dan met terugwerkende kracht toevoegen. Deze benadering is niet houdbaar. Zij miskent dat de vernietigbare rechtshandeling niet in enigerlei zin ongeldig is, doch slechts “bedreigd geldig”. De bevestiging nu neemt deze dreiging weg, zodat de rechtshandeling van dat moment af als onbedreigd – onaantastbaar – valt te beschouwen. Aan de vernietigbare rechtshandeling valt niets meer (door bevestiging) toe te voegen, er kan slechts (door vernietiging) aan worden afgedaan. Terugwerkende kracht is in dit licht ongerijmd » (856).

On relèvera encore que le **DCFR**, la proposition de **DCEV** et les **Principes d'Unidroit 2010** règlent la confirmation d'un acte annulable sans éprouver le besoin de lui octroyer un effet rétroactif (857).

Pour le surplus, le fait de reconnaître un caractère rétroactif à la confirmation au seul motif qu'elle produit des effets sur un acte antérieur procède d'une conception trop large de la rétroactivité,

(852) J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 144, n° 8, p. 1782 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 144, n° 13, p. 539.

(853) H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 144, n° 2, p. 536 (l'expression « effet rétroactif » est à vrai dire imprécise, dès lors que seule l'annulabilité d'un droit existant est supprimée).

(854) Voy. *supra*, n° 92.

(855) Comme le relèvent J. HLJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, n° 4.22, p. 167, et P.M. VERBEEK, « Artikel 55. (3.2.18) Bevestiging ; termijnstelling », *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2008, aant. 12.

(856) J. HLJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, *o.c.*, n° 4.22, p. 167 ; voy. aussi J. HLJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, *o.c.*, n° 216, p. 235.

(857) Voy. l'article II - 7:211 du **DCFR** (en cas de confirmation valable, « avoidance is excluded ») ; l'article 53 de la proposition **DCEV** (l'auteur de la confirmation « ne peut plus annuler le contrat ») ; l'article 3.2.9 des **Principes d'Unidroit 2010** (« Le contrat ne peut être annulé »).

qui la dépouille de toute portée technique (858). La rétroactivité au sens strict suppose en effet, non seulement, la remise en cause des effets d'un acte antérieur, mais également, que l'acte rétroactif soit réputé s'être produit à la date de cet acte antérieur. À défaut, elle n'est qu'une métaphore dépourvue de conséquences juridiques propres (859).

96. Troisième objection – Inutilité de la rétroactivité.

Vainement objecterait-on que l'effet rétroactif de la confirmation consiste en ce que son auteur se prive du droit de critiquer les effets de l'acte confirmé non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé. En effet, l'auteur de la confirmation n'a, par hypothèse, pas exercé son droit de critique au cours de la période intermédiaire antérieure à la confirmation – à défaut de quoi la nullité aurait été prononcée et il serait trop tard pour confirmer. Or, ayant renoncé, pour l'avenir, à demander la nullité de l'acte, il ne peut plus désormais exercer une action en nullité, fût-elle limitée à la période antérieure à la confirmation. Aucune règle de droit n'autorise en effet l'auteur de la confirmation à exercer rétroactivement son droit de critique pour la période antérieure à celle-ci. Ici encore, l'effet rétroactif de la confirmation est illusoire et résulte d'une autre règle, déduite de la logique du système juridique, à savoir l'interdiction faite à un sujet de droit d'exercer pour le passé un droit dont il n'est plus titulaire.

La comparaison suivante illustrera le propos. Imaginons qu'une personne se fasse consentir une option d'achat sur un terrain. Un an plus tard, elle renonce à ce droit sans l'avoir exercé jusqu'alors. Comme toute renonciation, celle-ci ne vaudra que pour l'avenir. Toutefois, il va de soi que cette personne ne pourrait plus prétendre ultérieurement exercer son option d'achat pour la période antérieure à sa renonciation sous le prétexte que celle-ci ne valait que pour l'avenir. En réalité, l'option d'achat s'est définitivement éteinte par l'effet de la renonciation et, à défaut d'avoir été exercée antérieurement, il est désormais trop tard pour ce faire. Nul ne songerait cependant à soutenir qu'une telle renonciation est dotée d'un effet rétroactif (860).

(858) Voy., dans le même sens, à propos de la résolution pour inexécution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 719, p. 517.

(859) Voy. *supra*, n^{os} 58 et s.

(860) Voy., dans le même sens, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, o.c.*, n° 257, p. 242, à propos de l'effet de la prescription extinctive.

De même, c'est à tort que l'on prétend voir un effet rétroactif dans la circonstance que l'acte confirmé est régi par la loi du jour où il a été conclu (861). Cette situation résulte en effet de la règle, déjà exposée, selon laquelle l'acte nul produit des effets identiques à l'acte valable sous la seule réserve de l'action en nullité (862). Par conséquent, le prétendu effet rétroactif attribué à la confirmation n'est en réalité rien d'autre qu'un effet normal de l'acte nul, indépendamment de l'existence ou non d'une confirmation (863).

97. Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la confirmation. En réalité, l'attribution d'un effet rétroactif à la confirmation peut s'expliquer par une confusion entre l'effet de la confirmation et celui du droit de critique auquel il est renoncé. C'est ce qu'expose De Page avec une grande clarté :

« On soutient assez souvent que la confirmation *opère avec effet rétroactif* [...] ; c'est là une *erreur* [...] L'acte, tant que la nullité n'est pas prononcée, vaut comme s'il s'agissait d'un acte parfaitement régulier [...] Ce qui opère, en un *certain* sens tout au moins [...] avec rétroactivité, c'est la *nullité*, mais non la *confirmation*. Dès l'instant où on confirme un acte, on renonce simplement au droit de l'attaquer. L'acte a produit ses effets ; il continuera de les produire ; un point, c'est tout. Seule, la faculté de l'anéantir, avec effet rétroactif cette fois, disparaît. Le pacte est consolidé sans doute, mais par disparition de ce qui pouvait l'anéantir, non par création d'une situation nouvelle » (864).

Il apparaît ainsi que la confirmation est dénuée de tout effet rétroactif au sens strict. Tout au plus peut-on y voir une forme

(861) Notons que, s'agissant d'une nouvelle manifestation de volonté, la confirmation elle-même est quant à elle régie par la loi du jour où elle intervient (MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome X, o.c., v^o *Effet rétroactif*, p. 65 ; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 55, p. 71, qui confond à notre sens effet rétroactif de la confirmation et moment de l'appréciation des conditions de validité de celle-ci ; *adde supra*, note n^o 747).

(862) Voy. *supra*, n^o 89.

(863) Le même raisonnement peut être suivi pour expliquer qu'en régime de communauté, le bien acquis par un époux avant le mariage en vertu d'un titre annulable reste propre à la suite de la confirmation survenue après le mariage (comp. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n^o 69, p. 49, et *Pand.*, v^o *Confirmation*, o.c., n^o 271, qui fondent cette solution sur la rétroactivité de la confirmation).

(864) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n^o 802, p. 771. *Adde* J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, o.c., n^o 349, p. 285, note n^o 1 ; M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n^o 14, p. 311 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^o 328, p. 322.

de rétroactivité au sens large, entendue comme une image didactique (865).

Une telle conclusion confirme nos craintes quant aux dangers d'une approche conceptuelle de la rétroactivité (866). En effet, l'attribution d'un effet rétroactif à la confirmation est le fruit d'une démarche qui, partant d'une définition abstraite de la confirmation (conçue comme un mécanisme visant à purger l'acte de ses vices comme s'il avait été valable depuis l'origine), en déduit de manière purement « logique » qu'elle se produit nécessairement *ex tunc*, sans cependant s'interroger sur les implications concrètes d'une telle déduction ni sur sa compatibilité avec le milieu juridique dans lequel elle est censée déployer ses effets (notamment, le fait que dans la théorie moderne, l'acte nul produit déjà des effets identiques à ceux d'un acte valable et qu'il peut exister une pluralité de titulaires du droit de critique dont certains peuvent encore provoquer l'annulation de l'acte malgré la confirmation émanant de l'un d'eux). Au contraire, une approche fonctionnelle, centrée sur les objectifs poursuivis concrètement par la (prétendue) rétroactivité de la confirmation, permet de saisir qu'elle est en pratique largement superflue, si ce n'est sans doute à des fins explicatives et pédagogiques.

98. Transposition du raisonnement à la régularisation. Le raisonnement développé à propos de la confirmation peut à notre sens être appliqué *mutatis mutandis* à la régularisation des actes de droit privé (867), à laquelle on reconnaît généralement un effet rétroactif (868). Sans doute, à la différence de la confirmation, la régularisa-

(865) Sur cette notion, voy. *supra*, n° 47. Ainsi, « [l]'acte annulable est constitué normalement ; il vit, quoique sous menace de mort ; il a créé un état de droit auquel l'incapable seul a la faculté de renoncer dans un certain délai passé par [sic] lequel l'acte est purgé de tout vice. Ici encore la rétroactivité n'est qu'une formule commode pour exprimer l'effet de confirmation, mais on ne saurait dire que le consentement est censé donné à une époque où précisément l'auteur de l'acte était atteint d'incapacité » (A. CHAUSSE, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 533 ; nous soulignons). *Adde* R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 726, note n° 1 (la rétroactivité de la confirmation est « purement théorique et dépourvue d'intérêt »).

(866) Voy. *supra*, n°s 5 et s.

(867) Sur cette notion, voy. *supra*, n° 85.

(868) Voy. ainsi C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls, o.c.*, n°s 324 et s., pp. 227 et s. ; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation, o.c.*, n° 814, pp. 961 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n°s 47 et s., pp. 65 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 398, p. 403 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, *o.c.*, n° 1124, p. 847.

tion opère-t-elle une véritable validation de l'obligation nulle en faisant disparaître le vice qui l'entachait (869). Toutefois, comme en matière de confirmation, cette obligation sortissait déjà tous ses effets depuis sa conclusion, et ce, dans l'attente de son annulation éventuelle. La régularisation ne vient dès lors que consolider définitivement cette situation pour l'avenir. Nous pensons, par conséquent, que l'effet rétroactif de la régularisation s'avère à l'analyse aussi illusoire que celui de la confirmation (870).

III. – Effets à l'égard des tiers

A. – Position du problème

99. Position majoritaire. La doctrine majoritaire, qui reconnaît un effet rétroactif à la confirmation, apporte néanmoins une importante restriction à ce principe dans les relations avec les tiers (871).

Elle interprète en effet l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel la renonciation à la nullité vaut « sans préjudice

(869) C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, o.c., n° 40, pp. 24 et s.

(870) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 584, p. 342. Comp. C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, o.c., nos 324 et s., pp. 227 et s. Cet auteur semble considérer que la rétroactivité de la régularisation consiste en ce que, selon que l'on se place avant ou après la régularisation, l'acte sortit soit des « effets de fait » pouvant être remis en cause par une annulation, soit de véritables « effets de droit » depuis la création de l'acte. Il refuse toutefois d'y voir une forme de rétroactivité-fiction. À notre sens, la rétroactivité attribuée à la consolidation des « effets de fait » en « effets de droit » est avant tout une image.

(871) **En Belgique** : A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, o.c., n° 309, p. 456 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, o.c., n° 657, pp. 659 et s. ; R.P.D.B., tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, o.c., n° 440, p. 347 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, o.c., n° 150, p. 176 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 639, p. 961 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 31, pp. 604 et s. **En France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., §337, pp. 446 et s. ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, o.c., art. 1338, p. 689 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1020, p. 2097 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 760, p. 509 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 96 et s., pp. 68 et s. ; D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Confirmation*, o.c., nos 96 et s., pp. 10 et s. ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome III, o.c., art. 1338, n° 51, pp. 138 et s. ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, o.c., n° 562, pp. 502 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 704, p. 348 ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome V, o.c., art. 1338, V, p. 107 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, o.c., n° 353, p. 480 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 61, p. 77 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, o.c., n° 245, p. 180 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 408, p. 410.

néanmoins du droit des tiers », comme immunisant ces derniers contre l'effet rétroactif de la confirmation. Elle restreint toutefois cette exception à la rétroactivité de la confirmation en donnant à la notion de « tiers » une portée étroite, à savoir exclusivement les ayants cause à titre particulier de l'auteur de la confirmation.

En définitive, les tiers sont donc répartis en deux catégories : d'une part, les tiers protégés, qui échappent à l'effet rétroactif de la confirmation ; et, d'autre part, les tiers non protégés, qui doivent quant à eux subir cet effet rétroactif.

100. Critique – Absence d'effet rétroactif de la confirmation. Nous venons de voir qu'à notre sens, la confirmation est dépourvue d'effet rétroactif entre parties (872). Cette conclusion découle directement du constat que, pendant la période intermédiaire séparant la naissance de l'obligation nulle de sa confirmation, cette obligation produit déjà des effets identiques à une obligation valable. La confirmation implique donc uniquement une renonciation, pour l'avenir, à soulever la nullité de cette obligation.

Compte tenu de la généralité du fondement de cette solution, celle-ci vaut aussi bien dans les rapports entre les parties qu'à l'égard des tiers, qu'il s'agisse ou non d'ayants cause à titre particulier de l'auteur de la confirmation. À l'égard des tiers également, l'obligation nulle continuera à sortir des effets identiques avant et après la confirmation, de sorte qu'il ne peut être question d'effet rétroactif.

101. Intérêt de l'étude de la réserve du droit des tiers. Bien que nous ayons conclu à l'absence d'effet rétroactif de la confirmation tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, l'examen de la signification exacte de la réserve de leurs droits formulée par l'article 1338, alinéa 3, présente toutefois un intérêt à plusieurs titres.

Tout d'abord, il convient de rechercher si cette disposition peut se voir reconnaître un sens même en l'absence d'effet rétroactif de

(872) Voy. *supra*, n^{os} 94 et s.

la confirmation. Il s'agit donc de s'assurer de la cohérence de la solution proposée avec les dispositions légales en vigueur (873).

Par ailleurs, cet examen doit nous permettre de vérifier la pertinence de nos conclusions relatives à l'absence d'effet rétroactif de la confirmation. À cet égard, il s'agit de s'assurer que, même à l'égard des tiers non protégés par l'article 1338, alinéa 3 – à savoir les tiers autres que les ayants cause à titre particulier –, la confirmation est bien dépourvue d'effet rétroactif.

Enfin, nous verrons que cette disposition a été invoquée, par analogie, pour limiter l'effet rétroactif de la *ratification* à l'égard des tiers (874). Afin de bien comprendre cette limitation, il est utile de remonter à sa source.

À cet égard, les réflexions de la doctrine sur les effets de la confirmation à l'égard des tiers se sont concentrées autour d'un véritable cas d'école (B). Celui-ci n'épuise cependant pas toutes les situations possibles, comme en témoigne notamment un intéressant arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1994 (C).

B. – Point de départ du raisonnement

102. Cas d'école. Depuis le XIX^e siècle, la doctrine raisonne presque exclusivement sur la base de l'hypothèse suivante (875).

Un mineur vend à un acheteur un immeuble sans respecter les formalités habilitantes requises (876). La vente est donc nulle de nullité relative. Ayant atteint la majorité, il revend ensuite le même bien à un second acheteur. Enfin, il décide de confirmer la première vente au mépris de la seconde.

On enseigne que l'effet rétroactif de la confirmation – lequel est largement reconnu par la doctrine entre parties (877) – devrait normalement *valider la première vente* au préjudice du second acquéreur. En effet, la première vente devrait être considérée comme valable dès l'origine, de sorte que le premier acquéreur dis-

(873) Sur l'importance de la cohérence de l'ordre juridique, voy. *supra*, n° 18.

(874) Voy. *infra*, n° 155.

(875) Voy. les références citées *supra*, n° 99.

(876) Depuis la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs, il s'agit de l'autorisation du juge de paix (voy. les articles 378, §1^{er}, alinéa 1^{er}, et 410, §1^{er}, 1^o, du Code civil).

(877) Voy. *supra*, n° 93.

poserait d'un titre valable antérieur à celui du second. Toutefois, en prévoyant que la confirmation emporte renonciation au droit de critique « sans préjudice néanmoins du droit des tiers », l'article 1338, alinéa 3, du Code civil aurait eu en vue les intérêts du *second acquéreur*, qui serait ainsi protégé contre l'effet rétroactif de la confirmation. Cette disposition aurait donc pour objet de trancher le concours entre le premier et le second acquéreur en faveur de ce dernier. Les « tiers » dont il est question seraient donc exclusivement les ayants cause à titre particulier de l'auteur de la confirmation.

103. Observations liminaires. Ce cas d'école, auquel la doctrine classique a consacré de si longs développements, paraît à la réflexion bien singulier.

On peut tout d'abord s'étonner de son caractère largement artificiel (878). Certes, le Code civil de 1804 ne connaissant pas de système généralisé de publicité foncière (879), on pouvait concevoir, à l'époque, que le second acquéreur ait ignoré l'existence de la première vente. De nos jours, en revanche, l'hypothèse envisagée apparaît pour le moins improbable.

En effet, on se trouvera la plupart du temps face à l'une des deux hypothèses suivantes : soit la première vente n'a pas été transcrite, auquel cas elle est en principe inopposable au second acquéreur par application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, sans que la question des effets de la confirmation ne doive être abordée ; soit elle a bien été

(878) Conçoit-on, en effet, qu'après avoir revendu une deuxième fois le même bien, le vendeur se décide à confirmer la première vente ? L'hypothèse décrite, qui se rencontre très rarement dans la pratique (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 803, p. 771 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 31, p. 605 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 328, p. 299), paraît supposer une malhonnêteté du vendeur. On peut toutefois douter qu'elle puisse être résolue par la seule application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, car la fraude aux droits du second acquéreur commise par le vendeur ne pourrait normalement, à défaut de complicité du premier acquéreur, être opposée à ce dernier (voy. en ce sens J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n^{os} 338 et s., pp. 774 et s.). Il est vrai, cependant, que la confirmation est un acte unilatéral et que les exigences de complicité à la fraude sont en la matière parfois assouplies (voy., en matière de dol, *ibid.*, n° 167.4, p. 312).

(879) Cons. M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, tome I^{er}, Bruxelles, A. Deq et Paris, A. Durand, 1855, n^{os} 7 et s., pp. 25 et s. (la transcription n'était prescrite qu'en matière de donations et de substitutions fidéicommissaires ainsi qu'à titre de préliminaire à la purge des hypothèques).

transcrite, auquel cas le second acquéreur aura en principe été averti de son existence et refusera normalement d'acquérir le bien tant que la nullité de la première vente n'aura pas été prononcée (880). Il faut toutefois réserver l'hypothèse où la première vente a été transcrite, mais *après* la conclusion de la seconde vente (et avant la transcription de cette dernière). En ce cas, il importe véritablement de déterminer si la première vente peut ou non, une fois confirmée, produire ses effets au préjudice de la seconde.

Plus fondamentalement, la situation envisagée n'est pas sans susciter certaines questions sur le plan du droit des nullités. En effet, la première vente est par hypothèse atteinte de *nullité relative*, édictée en faveur du vendeur. Seul celui-ci peut donc en principe soulever cette nullité. Le second acquéreur de même que les tiers sont quant à eux dépourvus de ce droit. Comment la confirmation pourrait-elle dès lors porter préjudice à ce second acquéreur en le privant d'un droit – à savoir le droit de soulever la nullité de la première vente – qu'il ne possédait pas ? La réserve édictée à son profit par l'article 1338, alinéa 3, du Code civil apparaît donc, de prime abord, difficilement compréhensible (881).

Ce paradoxe apparaît jusque dans les travaux préparatoires du Code civil. Sans doute celui-ci n'a-t-il pas consacré expressément la distinction entre nullités absolue et relative fondée sur la nature de l'intérêt, général ou privé, protégé. Cette distinction, pourtant connue antérieurement, ne sera reprise que plus tard sous l'influence de Merlin (882). Les rédacteurs du Code civil avaient toutefois déjà adopté l'idée que certaines nullités ne pouvaient être prononcées

(880) Comp., à propos de la ratification, *infra*, n° 154, et de la condition suspensive, *infra*, n° 202.

(881) Assez logiquement, Arntz, qui considère que le second acquéreur n'a pas le droit de soulever la nullité de la première vente, en déduit qu'à défaut pour celui-ci d'avoir soulevé par la voie oblique la nullité de la première vente avant la confirmation, c'est le *premier* acquéreur qui doit être préféré. Il ajoute que, si la confirmation ne peut porter préjudice aux droits des tiers, elle peut parfaitement nuire à leurs intérêts, vidant ainsi l'article 1338, alinéa 3, de l'essentiel de la portée que lui attribue la doctrine classique (voy. E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, tome III, *o.c.*, n° 373, p. 192). — En réalité, au-delà du cas d'école envisagé par la doctrine classique, l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, constitue, à notre sens, l'expression du caractère relatif de la confirmation, en ce sens que celle-ci ne peut, comme toute renonciation, engager que son auteur (voy. *infra*, n° 108). Ainsi comprise, la règle formulée par cette disposition présente une utilité certaine, qui se manifeste essentiellement en matière de cautionnement et d'obligations solidaires (voy. *infra*, n° 115).

(882) Voy. sur cette question les intéressants développements de D. BERTHAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1999, n°s 190 et s., pp. 104 et s. ; dans le même sens, D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 540.

qu'à la requête de la partie protégée. Ainsi, il semble que dans leur esprit (883), il existait un clivage entre les actes atteints d'une nullité irréparable, dès lors dépourvus d'existence légale à l'égard de toutes les parties contractantes (obligations souscrites par un impubère ou sur une cause illicite), et ceux qui, contractés par une partie faible (mineur, interdit, femme mariée), ne sont « point nuls de plein droit » et « ne peuvent donc être annulés que lorsqu'ils sont attaqués par ceux-là même pour qui la loi a été faite » (884). La nullité affectant cette seconde catégorie d'actes était susceptible d'être couverte par la confirmation, mais cette faculté « ne doit jamais nuire aux tiers. Si quelqu'un, autre que les parties contractantes, est lésé par l'effet de la confirmation ou ratification, il réclamera ; et dans le cas où la réclamation sera fondée, la justice y fera droit ». Mais dans quel cas la confirmation d'une nullité, qui ne pouvait être soulevée que par la partie protégée, eût-elle pu nuire aux tiers ? Le seul élément de réponse figurant dans les travaux préparatoires est une allusion de Jaubert aux controverses doctrinales que le Code avait pour vocation de résoudre, et notamment la question de savoir « [q]uelle était l'influence de la ratification envers les tiers qui avaient acquis des droits sur l'obligé dans l'intervalle écoulé entre le premier acte et la ratification » (885). Il semble donc que la réserve du droit des tiers figurant à l'article 1338 du Code civil poursuivait à l'origine des préoccupations proches de celles animant la doctrine classique dans l'étude du cas d'école de la double vente par un mineur. Les auteurs du Code civil ne se sont apparemment pas aperçus du paradoxe suscité par cette question.

104. Justification classique – Transfert du droit de critique. Pour tenter d'expliquer la réserve du droit des tiers figurant dans l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, la doctrine classique s'est alors efforcée de justifier cette réserve en reconnaissant au second acquéreur le droit de soulever la nullité de la première vente. Elle redonne ainsi un sens à la réserve figurant dans cette disposition en considérant que, bien qu'elle éteigne le droit de

(883) Voy. dans le même sens D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, o.c., pp. 548 et s. et références citées aux travaux préparatoires.

(884) Observations de la section de législation du tribunal du 4 nivôse an XII et jours suivants, P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, o.c., pp. 167 et s.

(885) Rapport fait au tribunal dans la séance du 14 pluviôse an XII par Jaubert, P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, o.c., p. 393. Le terme « ratification » est ici utilisé dans le sens de confirmation (voy. l'article 1338, alinéa 1^{er}, du Code civil).

critique du vendeur, la confirmation ne peut en revanche empêcher le second acquéreur d'agir en nullité.

Si plusieurs pistes ont à cet égard été suivies (886), elles ont cependant toutes en commun d'expliquer la réserve de l'article 1338, alinéa 3, du Code civil par le jeu d'autres mécanismes. Cette disposition est donc, dans cette conception, dépourvue de portée autonome (887).

I. Ainsi, certains auteurs reconnaissent au second acquéreur le droit de soulever la nullité de la première vente *par la voie oblique* (888). Cette solution n'est cependant guère satisfaisante, car le créancier agissant par la voie oblique ne fait qu'exercer les droits et actions de son débiteur (article 1166 du Code civil). Il en résulte tout d'abord que ce créancier n'est plus un véritable tiers, et ne peut donc être visé par l'article 1338, alinéa 3. Du reste, le débiteur – en l'occurrence, le vendeur – ne possède plus le droit d'agir en nullité puisqu'il y a renoncé par la confirmation, de sorte que son créancier ne pourrait pas non plus l'exercer par la voie oblique. La solution proposée est donc incompatible avec le mécanisme de l'action oblique.

II. D'autres auteurs ont suggéré que, par la seconde vente, le vendeur *renonce vis-à-vis du second acquéreur à confirmer la première vente* (889). L'explication doit être précisée dans la mesure où la renonciation a en principe un effet extinctif *erga omnes*, et non limité à certaines personnes telles qu'en l'espèce le second acquéreur (890). Au surplus, plutôt que de renoncer à la confirmation – qui constitue déjà, en soi, une renonciation à

(886) Pour une systématisation de ces pistes, voy. déjà et comp. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n^{os} 100 et s., pp. 70 et s.

(887) Voy. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n^o 107, pp. 75 et s.

(888) Voy. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844, n^o 285, p. 282.

(889) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n^o 2020, p. 371 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome V, Paris, Plon, 1865, n^o 311bis, I, pp. 586 et s. ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *o.c.*, n^o 309, p. 456 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, *o.c.*, n^o 657, p. 661 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, *o.c.*, n^o 150, p. 176. Selon G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n^o 101, p. 71, « À lire les auteurs, il semble qu'il ne s'agisse du reste pas là d'une renonciation véritable (unilatérale et abdicative), mais bien plutôt d'une "renonciation conventionnelle", d'une renonciation "in favorem", c'est-à-dire en réalité de l'engagement pris envers le tiers de ne pas confirmer ». Voy. à cet égard *infra*, au texte.

(890) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 et s., n^o 4, p. 739.

la nullité –, il paraît plus exact de dire que, par la seconde vente, le vendeur *s'engage vis-à-vis du second acquéreur à soulever la nullité de la première vente* (891). Une variante de cette solution consiste à déduire l'obligation du vendeur de soulever la nullité de la première vente de son *obligation de garantie vis-à-vis du second acquéreur* (892). Toutefois, aucune de ces analyses n'explique comment le second acquéreur pourrait opposer au premier acquéreur la nullité de la première vente lorsque le vendeur s'est abstenu de la demander en justice.

En effet, à défaut pour le vendeur de respecter son engagement, celui-ci devrait en principe se résoudre en dommages-intérêts (893). Sans doute l'exécution en nature constitue-t-elle le mode normal d'exécution forcée des obligations de faire, l'exécution par équivalent ne s'imposant que lorsque l'exécution en nature n'est pas ou n'est plus possible (894). Dans cette mesure, à condition que le second acquéreur mette tant le vendeur que le premier acquéreur à la cause, il ne serait pas exclu que le juge prononce la nullité de la première vente à titre d'exécution en nature de l'engagement du vendeur de soulever cette nullité (895). Toutefois, si le vendeur a déjà confirmé la nullité de la première vente, l'action en nullité s'est définitivement éteinte dans son patrimoine ; en ce cas, son engagement serait devenu impossible à exécuter en nature et ne pourrait plus, dès lors, être exécuté que par équivalent.

III. Enfin, la solution la plus élégante consiste à considérer que, lors de la seconde vente, le vendeur a implicitement *cédé au second acquéreur le droit de critique* qu'il possédait à l'encontre de la première vente (896). Ce droit de critique apparaît dès lors

(891) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 803, p. 771 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, o.c., n° 662, p. 667.

(892) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 2016, p. 365 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 803 et s. ; A. KLUYSKENS, *Beginnselen van burgerlijk recht*, deel I, o.c., n° 309, p. 456 ; *R.P.D.B.*, tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, o.c., n° 440, p. 347 ; *R.P.D.B.*, tome IX, v° *Nullité*, o.c., n°s 570 et s., p. 45.

(893) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 101, p. 71.

(894) Cass., 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 69.

(895) Voy. dans un sens similaire F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, o.c., n° 662, p. 667.

(896) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 2016, p. 365 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, o.c., art. 1338, p. 690 ; E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, o.c., art. 1338, n° 220, p. 183 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, Paris, Sirey, 1930, n° 358, p. 167 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 408, p. 410.

comme un accessoire de la chose vendue que le vendeur doit céder afin de permettre au second acquéreur d'exercer concrètement son droit (897).

On a certes observé que « [s]i le droit d'invoquer la nullité était cédé, transmis à l'ayant cause à titre particulier par son auteur, ce dernier ne devrait plus pouvoir confirmer du tout : il ne serait plus titulaire du droit qu'il prétendait abdiquer. Or il résulte des termes mêmes de l'article 1338 (et il n'est du reste pas contesté), qu'il le peut encore : seuls sont réservés les droits des tiers » (898).

L'objection n'est pas dénuée de fondement. On pourrait lui opposer que, tant que la cession de l'action en nullité n'a pas été rendue opposable au premier acquéreur, débiteur cédé, celui-ci pourra refuser de reconnaître celle-ci et, dès lors, continuer à considérer le vendeur comme seul titulaire de l'action en nullité, nonobstant la cession intervenue au profit du second acquéreur (899). Par ailleurs, on sait que des questions similaires se posent dans les ventes en chaîne, où l'on peine à justifier que le vendeur intermédiaire, qui est réputé céder à l'acquéreur final son action en garantie contre le vendeur initial, conserve encore la possibilité de se retourner contre ce dernier lorsqu'il est assigné par l'acquéreur final (900). Pour le reste, ces raffinements supplémentaires du raisonnement ne font à notre sens que souligner le caractère artificiel du cas d'école élaboré par la doctrine (901).

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation paraît bien s'être ralliée à la thèse de la cession de l'action en nullité. Elle décide en effet, dans un arrêt du 19 mai 1994, que le terme « tiers » utilisé à l'article 1338, alinéa 3, du Code civil « désigne les personnes qui ont acquis, sur la chose faisant l'objet du contrat, un droit propre et direct leur

(897) E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 177 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, o.c., n° 551, p. 491 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 60, pp. 76 et s.

(898) En ce sens, G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 103, p. 72 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, o.c., n° 658, p. 662.

(899) Ceci suppose admis que la cession de l'action en nullité à titre d'accessoire de la vente de l'immeuble soit soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil ; voy. en ce sens P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *La transmission des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 81 et s., n° 42, pp. 129 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 498, p. 738 ; mais comp. B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, sous la direction de R. Dillemans et W. van Gerven, tome X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*. A. *Verkoop*, deel 2, *Gevolgen van de koop*, Mechelen, Kluwer, 2012, n° 162, p. 133.

(900) Voy. à ce propos J. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits "propter rem" du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous Cass., 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 512 et s., n°s 39 et s., pp. 543 et s.

(901) Voy. *supra*, n° 103.

permettant d'agir en nullité » (902). L'origine de ce droit d'agir en nullité paraît bien être la cession de l'action en nullité par celui dont le tiers tient son droit réel sur la chose. En particulier, si le vendeur s'était simplement engagé, dans le cadre de sa garantie d'éviction, à soulever la nullité du contrat, on ne pourrait considérer, comme le fait la Cour, que le tiers lui-même a le pouvoir d'agir en nullité.

105. Variantes du cas d'école. Les auteurs classiques ont également imaginé plusieurs variantes de l'hypothèse de la double vente conclue par un mineur (903).

Dans une première hypothèse, une personne concède alors qu'elle est en minorité une hypothèque sur un immeuble et, devenue majeure, concède à un second créancier une hypothèque sur le même immeuble avant de confirmer la première hypothèque. Une controverse a surgi quant à l'intention des parties dans une telle situation. Pour certains auteurs, à la différence du droit de propriété de deux acquéreurs successifs d'un même bien, les deux hypothèques constituées ne seraient pas incompatibles (904). Par conséquent, il n'entrerait pas dans les intentions des parties de transférer au second acquéreur le droit de soulever la nullité de la première hypothèque, celui-ci pouvant avoir eu l'intention de se contenter d'une hypothèque de second rang en cas de confirmation de la première hypothèque. D'autres font observer, à notre sens à juste titre, que le second créancier pouvait s'attendre à ce que le propriétaire de l'immeuble lui transfère l'action en nullité lui permettant d'obtenir le premier rang sur un immeuble dont, par hypothèse (905), le prix de vente aurait été insuffisant pour désintéresser les deux créanciers hypothécaires. En ce sens, les droits des créanciers hypothécaires sont toujours incompatibles (906).

(902) Cass., 19 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 489 ; voy. *infra*, n^{os} 111 et s.

(903) Pour un bon exposé de ces variantes et des controverses qu'elles ont suscité, cons. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n^{os} 2017 et s., pp. 366 et s.

(904) J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, *o.c.*, art. 1338, p. 690 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome V, *o.c.*, n^o 311bis, II, p. 587.

(905) À défaut, en effet, la controverse serait dépourvue d'intérêt.

(906) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n^o 2017, pp. 368 et s. ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, *o.c.*, n^o 150, p. 173. Comme l'expose E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 177, il y a transfert du droit de critique à titre d'accessoire de la chose dès que ce droit de critique présente un intérêt juridique pour le tiers, ce qui est le cas en l'espèce.

Sont, de même, incompatibles, l'hypothèque ou la servitude constituées en minorité avec la vente consentie en majorité (907). Dans chacun de ces cas, la confirmation du premier acte ne pourra donc priver l'acquéreur du droit qu'il a acquis de soulever la nullité de cet acte.

106. Justification alternative – Portée autonome de l'article 1338, alinéa 3. On a reproché aux solutions classiques (908) leur caractère artificiel au motif qu'elles reposeraient sur une interprétation divinatoire de la volonté des parties (909). L'objection n'est toutefois pas dirimante si l'on admet que les approches subjective et objective se complètent bien plus qu'elles ne s'opposent dans l'interprétation du contrat (910). En l'occurrence, le transfert au second acquéreur de l'action en nullité répond à une exigence économique, puisqu'à défaut la convention risquerait d'être privée de toute utilité. L'interprétation de bonne foi de la convention conduit donc également à considérer que l'action en nullité a dû être cédée par le vendeur au second acquéreur (911).

De manière plus fondamentale, certains auteurs ont considéré qu'en réservant le droit des tiers, l'article 1338, alinéa 3, du Code civil leur octroyait directement, de manière implicite mais certaine, un droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier celui-ci par les solutions classiques exposées ci-avant (912). Ils confèrent ce faisant à cette disposition une portée autonome ou *sui generis*. « La règle peut donc être ainsi formulée : l'effet déclaratif de la confirmation est inopposable aux ayants cause à titre particulier du confirmant ayant acquis leurs droits antérieurement à la confirmation et postérieurement à l'acte confirmé » (913).

(907) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 2019, pp. 370 et s.

(908) Voy. *supra*, n° 104.

(909) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 103, p. 72.

(910) Voy. not. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, o.c., n° 55, pp. 128 et s. ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 40, p. 58 ; de manière plus générale, R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., pp. 53 et s.

(911) Voy. d'ailleurs G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 103, p. 72 *in fine*, qui admet que « pour les auteurs classiques eux-mêmes, c'est la nature du contrat conclu entre le titulaire du droit de critique et le tiers, plus qu'une interprétation vraisemblable de volontés, qui implique nécessairement soit l'engagement de ne pas confirmer, soit la cession du droit d'invoquer la nullité ».

(912) Voy. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 107 et s., pp. 75 et s. Adde C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, o.c., n° 551, p. 491.

(913) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 113, pp. 81 et s.

La conséquence de cette analyse serait d'étendre le champ d'application de la règle.

Ainsi, elle s'appliquerait non seulement aux ayants cause à titre particulier qui tirent leur droit d'un contrat avec le confirmant (seule hypothèse envisagée par les solutions classiques (914)), mais également aux ayants cause à titre particulier dont le droit dérive directement de la loi (hypothèse de l'hypothèque légale ou judiciaire) (915).

Par ailleurs, la règle permettrait de trancher de manière certaine les variantes du cas d'école (916) en décidant que, dès lors que la loi ne distingue pas entre les différents types d'ayants cause à titre particulier, ils doivent tous être protégés, que leurs droits soient ou non absolument incompatibles avec ceux résultant de l'acte confirmé (917).

Enfin, les solutions classiques se limitaient à trancher une forme bien précise de conflit d'antériorité, à savoir celui opposant sur un même bien les deux ayants cause à titre particulier d'un même vendeur. En revanche, conférer une portée autonome à l'article 1338, alinéa 3, permettrait de trancher tout conflit d'antériorité entre un acte de disposition et un contrat nul, conclu avant cet acte de disposition, mais confirmé après celui-ci, et ce, même si les deux contrats n'ont pas le même objet (918).

Un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation de France contient un exemple d'un tel conflit en matière d'action paulienne (919). En l'occurrence, une dame avait souscrit envers un créancier une obligation nulle à défaut d'avoir obtenu l'autorisation de son mari. Elle avait ensuite fait une donation valable à ses enfants. La donatrice avait enfin confirmé l'obligation nulle. Le créancier souhaite attaquer la donation par la voie de l'action paulienne. Il devait, à cette fin, démontrer que son titre était antérieur à l'acte attaqué. Or, les donataires lui oppo-

(914) Voy. cependant G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 2018, p. 370, qui estiment qu'en cas d'hypothèque légale ou judiciaire, « la loi ou le juge supplée le consentement du débiteur » de céder l'action en nullité.

(915) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 113, p. 82. Adde E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 177, qui paraît cependant adhérer à l'explication du transfert du droit de critique à titre d'accessoire de la chose.

(916) Voy. *supra*, n° 105.

(917) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 113, p. 82.

(918) G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, o.c., n° 113, p. 81.

(919) Cass. fr. (civ.), 24 mars 1880, *D.*, 1881, I, p. 374, *S.*, 1883, I, p. 461.

sèrent que son titre était nul et que la confirmation de cette nullité, postérieure à la donation, ne pouvait rétroagir à leur préjudice. La Cour de cassation de France fit droit à cette argumentation.

Un autre conflit d'antériorité possible est celui opposant deux donataires d'un défunt lorsque l'une des deux donations doit être réduite en raison d'une atteinte à la réserve. Le principe est alors normalement la réduction de la donation la plus tardive. On suppose toutefois que la donation la plus ancienne soit atteinte d'une cause de nullité, mais qu'elle ait été confirmée après l'accomplissement de la seconde. S'il fallait conférer une portée autonome à l'article 1338, alinéa 3, on devrait alors décider que cette confirmation est inopposable au second donataire, qui pourrait donc exiger que la première donation soit tenue pour plus récente et soit donc réduite à la place de la sienne.

Nous verrons cependant que ces différentes solutions ne paraissent pas refléter l'état du droit positif belge (920).

107. Appréciation critique. L'intérêt pratique de la théorie qui voit dans l'article 1338, alinéa 3, un mécanisme autonome est relativement limité par rapport aux solutions classiques. Outre que les explications fondées sur une solution *sui generis* doivent toujours être reçues avec méfiance (921), cette théorie sollicite le texte de la disposition qui, s'il réserve les droits des tiers, ne constitue cependant pas simultanément à notre sens la source de leurs droits. Enfin, certaines de ses applications paraissent difficilement conciliables avec l'arrêt, déjà évoqué, de la Cour de cassation du 19 mai 1994 (922). Aussi – et tout en étant bien conscient du caractère artificiel du cas d'école sur la base duquel ces raisonnements ont été élaborés (923) – notre préférence va-t-elle aux solutions classiques et, plus précisément, à l'explication de la cession du droit de critique à titre d'accessoire.

Quoi qu'il en soit, les solutions tant classiques que modernes ont ceci de commun qu'elles ont tenté de justifier *l'existence d'un droit dans le chef du tiers* – en l'occurrence, le droit de soulever la nullité d'un acte juridique –, que ce droit lui soit acquis par l'effet d'un autre mécanisme ou directement en vertu de l'article

(920) Voy. *infra*, n° 112.

(921) Voy. *supra*, n° 26.

(922) Voy. *supra*, n° 104, et *infra*, n°s 111 et s.

(923) Voy. *supra*, n° 103.

1338, alinéa 3, du Code civil. Sans ce droit reconnu au tiers, la réserve de l'article 1338, alinéa 3, apparaît comme incompréhensible. Reste à examiner la portée exacte de cette réserve.

108. Portée de la réserve du droit des tiers. À l'examen, la réserve du droit des tiers formulée par l'article 1338, alinéa 3, du Code civil *se confond avec l'effet relatif de la confirmation* (924), lequel résulte lui-même des principes d'autonomie de la volonté et de relativité des actes juridiques. Cet effet relatif signifie que, comme tout acte juridique, les effets internes de la confirmation – et, plus précisément, l'effet extinctif attaché à sa nature abdicative – ne peuvent lier que son auteur (925).

En effet, si l'on repart du cas d'école envisagé par la doctrine (926), un vendeur cède deux fois un même bien, étant entendu que la première vente est entachée d'une nullité relative édictée dans l'intérêt du seul vendeur. Par le détournement des solutions classiques (927) ou moderne (928), on en vient à justifier l'existence d'un droit propre pour le second acquéreur de soulever lui-même la nullité de la première vente. Le vendeur confirme ensuite la première vente et renonce, en d'autres termes, à son droit de critique. Comme toute renonciation, celle-ci ne peut cependant éteindre un droit que dans le patrimoine de son auteur et ne peut donc pas priver les tiers de leurs droits. Il est donc logique que le second

(924) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 350, p. 285, note n° 6 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 780 et s. ; *Pand.*, v° *Confirmation, o.c.*, n° 280 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, o.c.*, n° 245, p. 180.

(925) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 553, p. 695 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 49, pp. 34 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 57, pp. 72 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 303, p. 416 ; *R.P.D.B.*, tome IX, v° *Nullité, o.c.*, nos 531 et s., p. 42 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 291. – On notera qu'en cas de lésion énorme affectant la vente d'un immeuble indivis par une pluralité de vendeurs, l'acheteur peut exiger que les vendeurs se concilient pour la reprise de l'héritage entier ; à défaut d'accord entre eux, l'action en nullité sera rejetée (art. 1670 et 1685 du Code civil). Certains en ont déduit que, par exception, la confirmation de l'un des vendeurs a, dans ce cas, un effet opposable aux autres vendeurs (voy. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, o.c.*, n° 49, p. 35, note n° 91). En réalité, la solution se justifie plutôt par les contraintes entourant l'exercice de l'action en nullité dans un contrat multipartite indivisible (voy. à ce propos *infra*, n° 481).

(926) Voy. *supra*, n° 102.

(927) Voy. *supra*, n° 104.

(928) Voy. *supra*, n° 106.

acquéreur reste en mesure d'exercer le droit de critique dont il était titulaire.

Dans cette perspective, l'article 1338, alinéa 3, pourrait être reformulé comme suit : « [l]a confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, *sans néanmoins éteindre l'action en nullité dont les tiers pouvaient le cas échéant être titulaires* ». Cette précision ne serait, en définitive, qu'une répétition du droit commun(929). En d'autres termes, *la réserve du droit des tiers ne fait qu'exprimer l'inopposabilité à ceux-ci des effets internes de la confirmation*.

Rationnellement, rien n'empêcherait à cet égard de donner à l'article 1338, alinéa 3, une portée extensive en considérant qu'il consacre un principe dont tout tiers peut se prévaloir. Nous verrons cependant que, s'inscrivant dans une longue tradition doctrinale(930), la Cour de cassation a préféré limiter l'application de l'article 1338, alinéa 3, aux ayants cause à titre particulier(931). La question ne présente toutefois d'intérêt que sur le plan de la technique de cassation dès lors que les autres tiers pourront toujours se prévaloir de l'effet relatif de la confirmation, qui se déduit des articles 1119, 1134 et 1165 du Code civil, avec un résultat identique.

Quoi qu'il en soit, on voit donc que la négation d'un effet rétroactif de la confirmation n'est pas incompatible avec le texte de l'article 1338, alinéa 3, du Code civil. En effet, dans cette perspective, la réserve du droit des tiers ne doit plus s'entendre comme protégeant ceux-ci contre l'effet rétroactif de la confirmation, mais uniquement contre les effets internes de celle-ci. Au-delà du cas d'école envisagé par la doctrine, ce principe trouve essentiellement

(929) Voy. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 2015, p. 365 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, *o.c.*, art. 1338, p. 689 (« Les termes de notre article doivent donc se traduire ainsi : "si la partie qui pouvait se pourvoir en nullité a cédé son action, elle n'a plus la faculté de renoncer à cette action, car elle dépouillerait le cessionnaire d'un bénéfice qui lui est acquis " ; or, nul n'a le droit de disposer du bien d'autrui ») ; *R.P.D.B.*, tome IX, v° *Nullité*, *o.c.*, n° 534, p. 42.

(930) Voy. les références citées *supra*, n° 99.

(931) Voy. *infra*, n° 111.

à s'appliquer en matière de cautionnement et d'obligations solidaires (932).

C. – Extension de la problématique

109. Approche systématique. Ayant exposé le cas d'école élaboré par la doctrine pour étudier l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, il est maintenant possible d'élargir la problématique en examinant systématiquement la situation des différents tiers concernés par la confirmation. On pourra, à cette occasion, vérifier si celle-ci sortit ou non un véritable effet rétroactif à leur égard.

On examinera donc la situation des tiers qui, à l'instar de l'auteur de la confirmation, sont titulaires du droit de soulever la nullité du contrat confirmé (933) et en particulier celle des ayants cause à titre particulier (934). On abordera ensuite celle des ayants cause universels (935) et des créanciers chirographaires (936). Nous terminerons avec la situation de la caution et du codébiteur solidaire, pour qui le principe de l'effet relatif de la confirmation présente une réelle utilité pratique (937).

110. Autres titulaires du droit de critique. Conformément à la portée que nous lui avons reconnue (938), la réserve du droit des tiers se confond avec l'effet relatif de la confirmation. Elle signifie, par conséquent, que lorsqu'il existe une pluralité de titulaires du droit de critique (939), la renonciation par l'un d'eux à son droit ne prive pas les autres de la possibilité de provoquer la nullité du contrat (940).

Cette règle est étrangère à toute idée de rétroactivité.

(932) Voy. *infra*, n° 115.

(933) Voy. *infra*, n° 110.

(934) Voy. *infra*, n° 111.

(935) Voy. *infra*, n° 113.

(936) Voy. *infra*, n° 114.

(937) Voy. *infra*, n° 115.

(938) Voy. *supra*, n° 108.

(939) Sur cette hypothèse, voy. *supra*, n° 94, III.

(940) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 783 et s. ; voy. également l'article 1129-4 *in fine* du **Projet Catala** ; l'article 82, alinéa 3, du **Projet Terré** ; l'article 84, alinéa 2, du **Projet de la Chancellerie**.

111. Ayants cause à titre particulier. Cette hypothèse relève du cas d'école élaboré par la doctrine (941) et constitue l'une des applications de l'hypothèse précédente (942). En effet, celui qui acquiert, avant la confirmation (943), un bien de l'auteur de celle-ci (944), acquiert simultanément un droit de critique contre le contrat confirmé dont il ne peut être privé contre son gré.

L'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1994, déjà cité, fournit à cet égard d'intéressantes précisions (945).

Un donateur avait effectué plusieurs donations nulles en la forme à ses héritiers réservataires. Il fit ensuite une autre donation à l'État belge. Après le décès du donateur, ses héritiers confirmèrent les donations nulles en la forme faites à leur profit conformément à l'article 1340 du Code civil. On sait en effet que cette disposition a pour effet de transformer, après le décès du donateur, la nullité absolue pour vice de forme en une nullité relative susceptible d'être confirmée par les héritiers. Or, si l'on tenait compte de ces donations confirmées, la donation ultérieure faite à l'État belge devait être réduite au motif qu'elle excédait la quotité disponible.

La Communauté française, venant aux droits de l'État belge, s'opposa cependant à cette réduction en faisant valoir que les donations litigieuses étaient nulles en la forme. Elle ajoutait que la confirmation de ces donations par les héritiers du donateur, intervenue après le décès, ne pouvait sortir rétroactivement ses effets à la date desdites donations au préjudice des droits acquis par elle, étant tierce par rapport à ces donations. En d'autres termes, selon la Communauté française, la confirmation était valable, mais, dès lors qu'elle ne pouvait sortir d'effet rétroactif au préjudice des tiers, les donations

(941) Voy. *supra*, n^{os} 102 et s.

(942) Voy. *supra*, n^o 110.

(943) Il va de soi que la confirmation est en revanche pleinement opposable à ceux qui ont traité avec son auteur *après* celle-ci (G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n^o 2021, p. 372 ; D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Confirmation, o.c.*, n^o 100, p. 10).

(944) Si le tiers a traité avec une partie qui ne pouvait pas se prévaloir de la nullité, le droit de critique ne pourrait lui avoir été transféré (voy. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n^o 760, p. 509 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 175 ; R.P.D.B., tome VI, v^o *Hypothèques et privilèges immobiliers, o.c.*, n^o 441, p. 347 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n^o 408, p. 410, note n^o 2).

(945) Cass., 19 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 489. Pour un commentaire de cette décision, cons. S. NUDELHOLE, « Le régime de la nullité des donations pour vice de forme », note sous Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 259 et s.

confirmées ne pouvaient prendre rang avant la donation consentie à son profit (946).

La cour d'appel de Bruxelles rejeta les prétentions de la Communauté française en soulignant que l'État belge n'avait pas soulevé la nullité des donations litigieuses du vivant du donateur et qu'il était privé de ce droit après le décès de ce dernier, puisque la nullité absolue était devenue une nullité relative que seuls les héritiers peuvent invoquer. Or, l'article 1338, alinéa 3, du Code civil suppose qu'au moment de la confirmation, le tiers soit titulaire du droit de soulever la nullité, ce qui n'était pas (ou plus) le cas en l'espèce.

Le pourvoi de la Communauté française faisait valoir essentiellement que, dès avant le décès du donateur, elle était titulaire d'un droit, fût-il éventuel, à contester la validité des donations antérieures, et que la confirmation ne pouvait la priver de ce droit.

La Cour de cassation rejeta cependant le pourvoi aux termes d'une motivation circonstanciée.

La Cour commença par définir, en termes généraux, la notion de tiers au sens de l'article 1338, alinéa 3, du Code civil :

« dans cette disposition, le terme "tiers" désigne les personnes qui ont acquis, sur la chose faisant l'objet du contrat, un droit propre et direct leur permettant d'agir en nullité ».

Or, la Cour constate qu'en l'espèce, la Communauté française ne peut être qualifiée de tiers à défaut d'avoir, que ce soit avant ou après le décès du donateur, disposé du droit de se prévaloir de la nullité en la forme des donations antérieures à la sienne.

En effet, en ce qui concerne la période antérieure au décès, la Communauté française ne disposait que d'un droit purement éventuel « à défaut de justifier, avant le décès, d'un intérêt né et actuel à poursuivre une telle action ». Elle ajoute « qu'au surplus, le droit dont elle pouvait être titulaire sur la chose qui lui avait été donnée était étranger à l'objet de ces donations antérieures ».

Quant à la période postérieure au décès, l'article 1340 du Code civil lui dénie la qualité à agir en nullité.

(946) On observera que, dans la thèse développée devant le juge du fond par la Communauté française, le droit auquel la confirmation ne pouvait porter préjudice n'était apparemment pas tant le droit de soulever la nullité des donations irrégulières en la forme que celui d'imputer sur la quotité disponible sa propre donation avant les donations confirmées. Tant la cour d'appel que la Cour de cassation ont cependant abordé la question sous l'angle du droit de soulever la nullité des donations.

La Communauté française ne pouvait, dès lors, se prévaloir de la qualité de tiers protégé par l'article 1338, alinéa 3, du Code civil.

112. Suite – Analyse. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette décision.

I. On remarquera tout d'abord incidemment que, dans la droite ligne de la théorie moderne des nullités, la Cour de cassation adopte une conception entièrement procédurale de la nullité, qu'elle envisage comme « le droit de contester la validité » d'un acte par la voie d'une action en nullité (947). Celle-ci n'est donc pas un état objectif de l'acte, mais un droit de critique reconnu à certains sujets de droit (948). À défaut d'intérêt né et actuel – condition de toute action en justice (article 18 du Code judiciaire) –, le droit de critique n'est dès lors que « purement éventuel ».

II. Ensuite, la Cour donne une interprétation restrictive de la réserve figurant à l'article 1338, alinéa 3, du Code civil. Non seulement les « tiers » visés par cette disposition ne sont que les ayants cause à titre particulier de l'auteur de la confirmation, mais il faut en outre qu'ils aient acquis « un droit propre et direct » sur une chose, c'est-à-dire un droit réel (949). Enfin, ce droit doit porter « sur la chose objet du contrat » confirmé. En d'autres termes, la Cour pose ainsi une condition d'identité : tant le contrat confirmé que celui par lequel le tiers acquiert un droit réel doivent porter sur la même chose, à défaut de quoi ce tiers n'est pas protégé par l'article 1338, alinéa 3.

Cette précision est d'autant plus remarquable qu'elle était en l'espèce surabondante. Il aurait suffi, en effet, à la Cour, pour justifier la solution retenue, de constater qu'en raison des règles propres au droit des libéralités, la Communauté française n'avait jamais eu à la fois un intérêt actuel et qualité à soulever la nullité des donations litigieuses,

(947) Voy. de même Cass., 25 mars 2011, *Pas.*, 2011, n° 224, point 7, où le « renoncement à la demande de nullité » est analysé comme une forme de confirmation de l'obligation nulle.

(948) Voy. *supra*, n° 88. Comp. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n°s 358 et s., pp. 213 et s., qui plaide pour une distinction plus nette entre la nullité substantielle (à laquelle elle dénie cependant curieusement la qualité de droit subjectif : *ibid.*, n° 534, p. 318) et l'action en justice par laquelle la nullité est mise en oeuvre. Voy. d'ailleurs, sur la possibilité d'une nullité extrajudiciaire, *infra*, n°s 230 et s.

(949) La formule paraît directement empruntée à C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIX, Paris, Imprimerie générale, 1879, n° 787, p. 686, qui, après avoir exposé que la qualité de tiers suppose l'existence d'« un droit propre et direct » sur la chose qui fait l'objet de la confirmation, insiste sur le « caractère essentiel de réalité » de ce droit.

voire même, comme l'avait fait la cour d'appel, de se borner à constater qu'au moment de la confirmation, la Communauté ne disposait en tout cas plus de ce droit en raison de l'article 1340 du Code civil. La Cour de cassation prend cependant le soin de relever « *au surplus* » que la condition d'identité n'était pas réunie du vivant du donateur.

Dans un tout autre ordre d'idées, on relèvera que si le tiers protégé doit avoir acquis un droit réel sur la chose objet du contrat confirmé, il n'est en revanche à notre sens pas requis que ce contrat ait pour objet la constitution ou le transfert d'un droit réel. On pourrait ainsi considérer que celui qui consent un bail entaché de nullité sur un immeuble et cède ensuite cet immeuble à un tiers transfère simultanément, à titre d'accessoire, le droit de soulever la nullité du bail (950), et ne pourrait dès lors pas, en confirmant ensuite ce bail, priver le tiers acquéreur du droit d'en opposer la nullité au locataire.

Cette condition d'identité présente un intérêt au-delà du seul domaine de l'espèce tranchée. Elle condamne en effet certaines applications extensives de l'article 1338, alinéa 3, préconisées par ceux qui prétendent conférer à cette disposition une portée autonome.

Ainsi, si l'on suppose que A et B concluent un contrat quelconque entaché d'une nullité relative édictée en faveur de A, que A dispose ensuite d'un bien au profit de C et que A confirme enfin le premier contrat, B pourra valablement attaquer l'acte de disposition conclu au profit de C par la voie de l'*action paulienne* sans que ce dernier puisse contester l'antériorité du titre de B. Il en va ainsi, aux termes de l'arrêt du 19 mai 1994, parce que le contrat conclu entre A et B ne porte pas sur le même bien que celui conclu entre B et C, de sorte que ce dernier n'est pas un tiers protégé par l'article 1338, alinéa 3, du Code civil. Plus fondamentalement, et toujours en raison de l'absence d'identité d'objet des deux contrats, on relèvera que C n'a pas acquis à titre d'accessoire le droit de soulever la nullité du contrat conclu entre A et B ; ledit contrat, qui produit tous ses effets dès l'origine et voit son efficacité définitivement consacrée par la confirmation émanant de A, satisfait donc bien à la condition d'antériorité. On s'écarte ainsi de la solution consacrée par un arrêt, il est vrai déjà assez ancien, de la Cour de cassation de France (951).

(950) Comp. Cass., 29 février 1980, *Pas.*, 1980, p. 808 (transfert à l'acquéreur d'un immeuble du droit de réclamer au locataire le paiement des dégâts locatifs).

(951) *Voy. supra*, n° 106.

III. Au surplus, on observera que la Cour de cassation ne fait pas la moindre allusion, dans son arrêt du 19 mai 1994, à la notion de rétroactivité. Cette omission nous paraît parfaitement justifiée.

Sans doute affirme-t-on très généralement que la confirmation est dotée d'un effet rétroactif, sous réserve néanmoins du droit acquis des tiers. La Cour ayant précisé que ces tiers ne sont que « les personnes qui ont acquis, sur la chose faisant l'objet du contrat, un droit propre et direct leur permettant d'agir en nullité », on pourrait en déduire *a contrario* que les autres tiers devraient subir l'effet rétroactif de la confirmation. Il n'en est cependant rien.

En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, l'acte nul sortit, dès l'origine et jusqu'à son annulation éventuelle, des effets identiques à une obligation valable. Le même constat s'impose dans les rapports avec les tiers. Ainsi, les bénéficiaires des donations nulles en la forme jouissaient, dès l'origine, d'un titre antérieur à celui de la Communauté française. La confirmation de leurs donations n'a donc pas, à proprement parler, conféré rétroactivement une antériorité à leur titre – qui jouissait déjà de cette antériorité –, et ce, bien que la Communauté ne soit pas un tiers protégé par l'article 1338.

Par conséquent, ni entre parties ni à l'égard des tiers, qu'ils soient ou non visés par l'article 1338, la confirmation n'est dotée d'un effet rétroactif.

113. Ayants cause universels. Tenus conformément au droit commun par les actes de celui auquel ils succèdent, les ayants cause universels et à titre universel de l'auteur d'une confirmation doivent en principe respecter celle-ci (952), à moins qu'ils ne puissent faire valoir à son encontre un droit propre (953).

(952) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 2022, p. 372 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, tome VIII, *o.c.*, n° 278, p. 200 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 781 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, *o.c.*, n° 561, p. 502 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 408, p. 410.

(953) Ainsi, par exemple, l'héritier réservataire de l'auteur de la confirmation pourrait attaquer celle-ci si elle était constitutive d'une donation indirecte entamant sa réserve (dans le même sens, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 59, p. 75 ; R.P.D.B., tome IX, v° *Nullité*, *o.c.*, n° 537, p. 43).

Étant dépourvue d'effet rétroactif véritable à l'égard son auteur, la confirmation l'est également à l'égard des successeurs universels de ce dernier.

114. Créanciers chirographaires. L'existence d'un effet rétroactif de la confirmation à l'égard des créanciers chirographaires – lesquels ne sont pas des tiers visés par l'article 1338, alinéa 3, du Code civil –, est parfois invoquée sur la base de l'exemple suivant (954).

Le propriétaire d'un immeuble aliène celui-ci au profit d'un tiers, mais cette aliénation est atteinte de nullité. Il contracte ensuite une dette auprès d'un créancier chirographaire. Il confirme enfin l'aliénation de l'immeuble. On enseigne qu'à la différence d'un ayant cause à titre particulier, le créancier chirographaire n'est pas un tiers protégé par l'article 1338, alinéa 3. Il doit donc admettre que, par l'effet de la confirmation, l'immeuble est définitivement sorti du patrimoine de son débiteur, comme si l'aliénation avait été valable dès l'origine. Le créancier chirographaire ne pourra donc plus faire valoir ses droits sur cet immeuble en cas de défaillance de son débiteur.

Si la solution est exacte, elle est cependant étrangère toute idée de rétroactivité au sens strict (955). Il suffit de constater, en effet, que dès la conclusion de l'aliénation entachée de nullité, l'immeuble a quitté le patrimoine du débiteur, puisqu'une obligation nulle sortit immédiatement – et sous réserve d'une éventuelle annulation – tous les effets d'une obligation valable (956). Sans doute, par la confirmation, la situation du créancier chirographaire est-elle aggravée puisque son débiteur fait disparaître de son patrimoine – pour l'avenir – une action qui lui aurait permis d'obtenir la restitution de l'immeuble. Le créancier chirographaire ne peut cependant, en principe, se plaindre de cette situation,

(954) V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome V, o.c., art. 1338, V, p. 107. Voy. également, plus brièvement, J.-M. BOILLEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, o.c., art. 1338, p. 690.

(955) Voy. ainsi le raisonnement proposé par G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 2022, p. 357, qui refusent tout effet rétroactif à la confirmation (*ibid.*, n° 2014, p. 349). De même, C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, tome VIII, o.c., n° 278, p. 200, et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome V, o.c., n° 311bis, IV, défendent la même solution sans évoquer l'effet rétroactif de la confirmation.

(956) Voy. *supra*, n° 89.

étant tenu de suivre la foi de son débiteur. Tout au plus pourrait-il attaquer, le cas échéant, cette confirmation par la voie de l'action paulienne (957).

Par conséquent, le fait pour le créancier chirographaire de devoir en principe subir les conséquences du contrat confirmé résulte, non d'un prétendu effet rétroactif de la confirmation qui lui serait opposable, mais de la combinaison des effets reconnus à une obligation nulle avec le système des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

115. Cautions et codébiteurs solidaires. Conformément à l'article 2036 du Code civil, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal sans lui être purement personnelles. La caution est ainsi investie d'un *droit propre* dont elle ne peut être privée par la renonciation du débiteur principal aux exceptions dont il bénéficiait. Ainsi, c'est à nouveau le principe de l'inopposabilité aux tiers – en l'occurrence, la caution – des effets internes de la confirmation émanant du débiteur principal qui explique que la caution puisse continuer à opposer au créancier la nullité de l'obligation garantie (958), sans qu'il soit nécessaire d'y voir une exception à un prétendu principe de rétroactivité de la confirmation.

Un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1833 fournit une illustration de ce raisonnement (959). Le sieur Depesser s'était reconnu débiteur des époux Walkiers par un acte dépourvu de mentions prévues à peine de nullité. Il avait ultérieurement confirmé son obligation par une lettre. La cour d'appel de Bruxelles avait cependant admis la veuve Depesser, qui s'était portée caution de son époux, à opposer la nullité de l'acte « d'après le principe de droit que, l'effet rétroactif de la ratification ne peut aucunement préjudicier aux droits acquis précédemment par des tiers ». La Cour de cassation, saisie d'un moyen fondé notamment sur l'article 2036 du Code civil – mais non

(957) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., p. 782 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, o.c., n° 561, p. 502 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 59, p. 75.

(958) Comp. E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, tome III, o.c., n° 373, p. 193, qui semble y voir une application de l'article 1338, alinéa 3, du Code civil.

(959) Cass., 18 novembre 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 176. Les faits de la cause sont exposés dans Bruxelles, 21 novembre 1829, *Pas.*, 1829, II, p. 288.

sur l'article 1338 (960) –, rejeta le pourvoi en décidant que la confirmation du débiteur principal « ne pouvait nuire à la [caution] ni lui ravir le bénéfice de la nullité qui lui était acquise au moment même de la signature de cet acte, les effets de la ratification devant être bornés à son auteur, sans préjudicier à des tiers ». À juste titre, la Cour de cassation fonda donc sa décision sur l'effet relatif de la confirmation sans qu'il lui paraisse nécessaire de faire la moindre allusion à une exception à son prétendu effet rétroactif.

Le même raisonnement pourrait être transposé aux codébiteurs solidaires puisqu'ils peuvent opposer au créancier toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation et qui ne sont pas purement personnelles à un autre codébiteur (961). Ainsi, la confirmation par l'un des codébiteurs de la nullité de l'obligation ne pourrait priver les autres codébiteurs du droit d'opposer cette nullité au créancier, indépendamment de toute idée de rétroactivité.

(960) En effet, comme on l'a déjà indiqué (voy. *supra*, n^{os}108 et 111), la Cour de cassation tend à donner une interprétation étroite des tiers protégés par cette disposition.

(961) Art. 1208 du Code civil.



CHAPITRE II

RATIFICATION

§ 1. – *Généralités*

116. Notion. La ratification est l'acte juridique unilatéral par lequel une personne, le représenté, approuve l'acte accompli en principe (962) au nom de celui-ci par une autre personne, le représentant, qui ne disposait pas du pouvoir d'accomplir cet acte (963). Par la ratification, le représenté s'approprie l'acte accompli en son nom sans pouvoir, et ce, de manière rétroactive selon une conception très largement répandue. La ratification est donc étroitement liée au mécanisme de la représentation (964).

(962) Voy. à ce propos *infra*, n° 117.

(963) Voy. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 221 et s., n° 12, p. 234 ; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 163, p. 143 ; *Pand.*, tome LXXXIII, v° *Ratification*, Bruxelles, Larcier, 1906, n° 1, col. 1532 ; B. TILLEMANN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, n° 399, p. 240 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 171, p. 171 ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 263 et s., n°s 67 et s., pp. 328 et s. La ratification peut donc indifféremment jouer en cas de simple excès de pouvoir, d'absence totale de pouvoir ou de mandat nul. Observons cependant que, dans ce dernier cas, la ratification est de peu d'utilité tant que la nullité du mandat n'a pas été prononcée, puisque celui-ci produit dans l'intervalle tous ses effets (voy. *supra*, n° 89).

(964) On observera qu'**en droit allemand**, la ratification (*Genehmigung*) est conçue, beaucoup plus largement, comme le consentement donné *a posteriori* par un tiers à un acte juridique (voy. les §§ 182 et 184 du BGB). Outre l'approbation donnée à un acte accompli sans pouvoir au nom d'un représenté, la ratification recouvre dès lors des hypothèses qui relèveraient, en droit belge, de la *confirmation* (par exemple, l'approbation d'un acte juridique accompli par un incapable sans le concours de son représentant légal : voy. le § 108 du BGB), de la *régularisation* (par exemple, l'approbation de la vente de la chose d'autrui par le *verus dominus* : voy. le § 185, alinéa 2, du BGB) voire de la *condition* (en effet, bien que les §§ 182 à 184 du BGB ne soient, en règle, pas applicables aux autorisations données par les autorités publiques, l'effet rétroactif de la ratification prévu par le § 184 du BGB peut être considéré comme l'expression d'un principe général du droit applicable en l'absence de volonté contraire du législateur : voy. K.-H. SCHRAMM, « §§ 164-185 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, pp. 1621 et s., Vor § 182, n°s 25 et s., p. 1817, et comp., sur la possibilité de qualifier une telle autorisation de condition en droit belge, *infra*, n° 163). Nous n'envisagerons ci-après la ratification que

La ratification trouve son fondement légal dans l'article 1998, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait par le mandataire au-delà de ses pouvoirs « qu'autant qu'il l'a ratifié, expressément ou tacitement » (965). En dépit de la rédaction ambiguë de certaines autres dispositions (966), elle ne doit pas être confondue avec la confirmation qui vise à couvrir, non l'absence du pouvoir d'accomplir un acte, mais la nullité de celui-ci (967).

La distinction entre ces deux opérations a été tracée très tôt par la Cour de cassation, comme en atteste un arrêt du 15 janvier 1857 (968) :

« Considérant que l'acte auquel la ratification a été appliquée dans l'espèce est la ventilation du prix de la vente du 29 juillet 1846 ; que cette ventilation a été faite par le tuteur des mineurs Deridder qui avait, en qualité de mandataire, représenté la demanderesse à ladite vente, et qu'elle était contestée par celle-ci, comme faite sans pouvoir et inopérante à son égard ;

Considérant que ce cas était régi par la disposition finale de l'article 1998 du Code civil, relative aux actes faits par le mandataire au-delà de ses pouvoirs, et non par l'article 1338 qui ne concerne que les obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées ; [...] ».

L'effet rétroactif de la ratification sera principalement analysé sur la base de la jurisprudence de la Cour de cassation, dont les enseignements sur cette question sont assez riches, quoique parfois difficiles à décrypter. Précisons d'emblée que les réflexions qui suivent s'appuient largement sur les travaux du professeur Foriers sur le mécanisme de la représentation (969). Elles s'ef-

dans l'acception étroite qu'elle reçoit en droit belge ; sur cette approche fonctionnelle, voy. *supra*, n° 43.

(965) Voy. également l'article 1239, alinéa 2, du Code civil : « Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité ».

(966) Voy. les articles 1338 du Code civil (où le terme « ratification » est utilisé dans le sens de « confirmation ») et 848, alinéa 3, et 1133, 6°, du Code judiciaire (où le verbe « confirmer » est à l'inverse utilisé dans le sens de « ratifier »). Le verbe « confirmer » est également utilisé à l'article 1119-3 du **Projet Catala**.

(967) Voy. *supra*, n° 84.

(968) Cass., 15 janvier 1857, *Pas.*, 1857, I, p. 78.

(969) Voy. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, pp. 221 et s. Cette étude fondamentale sera citée par préférence aux autres travaux du même auteur, sauf lorsque ceux-ci complètent ou affinent sa position. Voy. également P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980) (1^{re} partie) », *R.D.C.*, 1983, pp. 107 et s., spéc. pp. 157 et s. ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires*

forcent néanmoins de prolonger ceux-ci et s'en écartent sur certains points (970).

Après un bref aperçu des conditions et formes de la ratification et quelques précisions terminologiques, on examinera le statut de l'acte accompli sans pouvoir au cours de la période intermédiaire séparant son adoption de sa ratification (§ 2), et ensuite l'effet rétroactif qui lui est attaché en fonction des personnes concernées (§ 4). La ratification supposant toutefois l'existence d'un excès de pouvoir, on examinera au préalable l'hypothèse dite du mandat incontesté où le tiers est, en raison de son inaction, déchu du droit de soulever l'absence de pouvoir du représentant, avec des effets en pratique équipollents à ceux d'une ratification rétroactive (§ 3).

117. Conditions et forme. On insistera tout d'abord sur le fait que la ratification est liée au mécanisme de la représentation, et plus précisément de la *représentation parfaite*. Or, celle-ci suppose que le représentant ait agi au nom du représenté (971). Par la ratification, le représenté ne pourra donc s'approprier que les actes accomplis en son nom. En cas de représentation imparfaite – c'est-à-dire lorsque le représentant a agi en son nom personnel –, la ratification de l'opération par le représenté sera en règle impuissante à transformer la situation en une hypothèse de représentation parfaite (972).

commerciaux, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et s. ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux (suite et fin) », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 471 et s., n^{os} 284 et s., pp. 534 et s. ; P.A. FORIERS, « Actualités en matière de représentation », *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 1 et s. ; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualité en droit des contrats spéciaux*, n^{os} 18 et s., pp. 80 et s. ; P.A. FORIERS, « La représentation... », *o.c.*, *Droit des contrats* ; P.A. FORIERS, « Le mandat – Développements récents », *Knelpunten dienstencontracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, pp. 31 et s., n^{os} 7 et s., pp. 40 et s. ; P.A. FORIERS, « Option, promesse de vente, vente et incertitude sur l'identité de l'acquéreur », *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 7 et s., n^{os} 37 et s., pp. 27 et s.

(970) Voy. not. *infra*, n^o 156, sur la notion de tiers, et n^o 157, sur la notion de droit acquis.

(971) Voy. ainsi récemment, pour la représentation organique, Cass., 27 mai 2013, *Pas.*, 2013, n^o 319, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 13 décembre 2012, *Pas.*, 2012, n^o 687 ; adde F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, *o.c.*, n^o 164, p. 143.

(972) Sur les effets d'une ratification lorsque le représentant a agi en son nom personnel, voy. Cass., 24 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n^o 582, *R.W.*, 2009-2010, p. 68, note R. JANSEN, et le commentaire de cette décision par I. SAMOY, « Bekrachtiging en rechtstreekse aanspraken tussen lastgever en wederpartij na een optreden van een onbevoegde lasthebber in eigen naam », *T. Not.*, 2009, pp. 606 et s. ; P. WÉRY, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière*

Pour le surplus, on rappellera simplement que la ratification est un acte juridique unilatéral, non réceptice et non solennel (973).

Unilatérale, la ratification émane de la seule volonté du représenté – ou éventuellement d'un (autre) représentant si ce dernier agit dans les limites de ses pouvoirs (974).

Non réceptice, la manifestation de volonté du représenté doit certes être extériorisée, mais ne doit pas nécessairement être portée à la connaissance d'un tiers déterminé. Ainsi, selon la Cour de cassation, « il résulte du silence de l'article 1998, § 2, du Code civil, que, pour devenir irrévocable, la ratification ne doit pas être portée à la connaissance de la personne qui a contracté avec celui qui a été au-delà de son mandat ou était sans mandat » (975), c'est-à-dire du tiers contractant.

Enfin, *non solennelle*, la ratification peut être expresse ou tacite, comme l'admet l'article 1998, alinéa 2, du Code civil. Dans ce second cas, elle « s'induit de tout fait qui suppose nécessairement l'approbation de la convention ; [...] elle se prouve par témoins et, par suite, par un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes » (976). Les conditions de forme propres à la confirmation (977) ne doivent donc pas être respectées, l'article 1338 du Code civil étant inapplicable à la ratification (978).

de contrats, n° 70, pp. 332 et s. ; voy. également A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 48, p. 39. L'effet de la ratification en matière de représentation imparfaite ne sera pas examiné dans cette étude.

(973) Pour plus de détails, cons. B. TILLEMAN, *Le mandat*, o.c., n°s 399 et s., pp. 240 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 171, p. 171.

(974) B. TILLEMAN, *Le mandat*, o.c., n° 414, p. 248. Pour un cas d'application, voy. Cass., 16 mars 1846, *Pas.*, 1847, I, p. 79, dont il ressort qu'une ratification n'émanant pas du représenté ne peut être attribuée à celui-ci que si elle émane d'une personne jouissant des pouvoirs nécessaires pour agir en son nom.

(975) Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 347 (troisième moyen). Au passage, la Cour confirme ainsi que la ratification couvre indifféremment l'excès ou l'absence de pouvoir du représentant (voy. *supra*, n° 116).

(976) Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 347 (deuxième moyen), qui ajoute « [q]ue, dès lors, pour en compléter la preuve, le juge peut, sans qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, en présence de simples présomptions, déférer le serment supplétif ». Voy. également Cass., 6 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 379, dont il se déduit que la ratification tacite suppose un silence circonstancié.

(977) Voy. *supra*, n° 86.

(978) Voy. *supra*, n° 116.

118. Terminologie. Afin d'éviter toute confusion, quelques remarques sur la signification des termes utilisés dans ce chapitre s'imposent.

Tout d'abord, nous préférons systématiquement l'usage des termes « représenté » et « représentant » à celui, plus courant, de « mandant » et « mandataire », dans la mesure où la ratification ne se rencontre pas uniquement dans le cadre du contrat de mandat, mais, de manière plus générale, dans toute situation où un représentant prétend agir au nom d'un représenté, que ce soit en vertu d'un contrat (le plus souvent de mandat), de la loi (représentation organique, représentation des incapables, etc.) ou d'un jugement (administrateur provisoire, liquidateur judiciaire, etc.) (979).

Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 15 décembre 1932 (980), la Cour de cassation donne effet à la ratification par le conseil communal d'une vente d'un bien communal passée sans pouvoir par le collègue échevinal alors que l'arrêt attaqué avait constaté que celui-ci n'avait à aucun moment prétendu agir en qualité de mandataire et que le pourvoi soutenait que l'article 1998, alinéa 2, du Code civil ne pouvait dès lors trouver application. La Cour précise à cette occasion que la règle selon laquelle la ratification produit le même effet que le mandat qui aurait précédé la convention « s'applique à une commune comme à une personne privée, du moment que la ratification est faite, comme en l'espèce, dans les règles spéciales concernant les pouvoirs communaux ».

Pour le reste, on distingue généralement, parmi les personnes autres que le représenté et le représentant, celle qui traite avec le représentant pour conclure un contrat avec le représenté, aussi appelée « tiers (co)contractant », par opposition aux simples tiers. Cette *summa divisio* entre les tiers nous paraît toutefois devoir être affinée. En effet, le propre du tiers contractant n'est pas tant qu'il conclut un contrat, mais qu'il accepte volontairement de traiter avec le représentant en cette qualité. Il *consent*, en d'autres termes, à faire jouer le mécanisme de la représentation, pour le cas où le représentant serait – dès l'origine ou par l'effet de la ratification – investi des pouvoirs nécessaires. Or, pareille situation ne se rencontre pas uniquement dans l'hypothèse où le tiers

(979) Sur les sources de la représentation, cons. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 2, pp. 222 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 163, p. 165.

(980) Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

contracte avec le représentant, mais également dans le cas où ce tiers adresse au représentant en cette qualité un acte juridique unilatéral destiné à produire ses effets dans le chef du représenté.

La fameuse affaire *Cuivre et Zinc*, qui a donné lieu à l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 20 juin 1988 en matière d'apparence (981), fournit une illustration de cette situation, puisque le demandeur originaire avait adressé une citation en justice au représentant régional d'un syndicat en traitant celui-ci comme le mandataire des membres de ce syndicat.

Nous proposons dès lors de désigner sous le terme de « tiers consentant » toute personne qui consent librement à traiter avec le représentant en cette qualité, que ce soit dans le cadre d'une convention ou de tout autre acte juridique.

Les « tiers non consentants » seront dès lors tous les autres tiers. À cet égard, nous aurons à examiner si, comme l'ont soutenu certains auteurs, un sort particulier doit être réservé au tiers non consentant se trouvant néanmoins dans une relation contractuelle avec le représenté, tel que le travailleur destinataire d'un congé que lui adresse le secrétariat social, mandataire de l'employeur (982). Par ailleurs, nous verrons que le tiers non consentant destinataire d'un acte de procédure est soumis à un régime particulier (983).

§ 2. – *Période intermédiaire*

119. Position du problème. Le statut de l'acte accompli sans pouvoir dans l'attente de la ratification ne fait pas l'objet d'une analyse aussi unanime que celui de l'acte nul dans l'attente de la confirmation. Plusieurs conceptions s'affrontent à cet égard (984), en raison probablement de l'imprécision des termes de l'article 1998 du Code civil :

« Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

(981) Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 643, somm., *J.T.*, 1989, p. 547, obs. P.A. FORIERS, *R.C.J.B.*, 1991, p. 45, note R. KRUIHOF, *T.R.V.*, 1989, p. 540, note P. CALLENS et S. STJNS, *R.W.*, 1989-1990, p. 1425, note A. VAN OEVELEN.

(982) Voy. *infra*, n° 156 et comp. n° 131.

(983) Voy. *infra*, n° 159 et comp. n° 133.

(984) Voy. la synthèse des opinions en présence faite par P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, tome IX, L. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 203, pp. 242 et s.

Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. »

Cette disposition se borne en effet à indiquer que le mandant n'est pas « tenu » lorsque le mandataire a excédé ses pouvoirs – ou, par extension, en l'absence de pouvoirs du mandataire (985) – sans permettre de discerner les motifs de cette absence d'engagement. Les termes de l'article 51 du Code des sociétés (986), qui constitue une application de ce principe, ne sont guère plus éclairants :

« Un des associés d'une société de droit commun *ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir* ».

Tout au plus l'article 1239 du Code civil paraît-il sanctionner l'absence de pouvoir de l'*accipiens* par l'absence de validité, et donc par la nullité du paiement :

« Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est *valable*, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité ».

Encore observera-t-on immédiatement que cette disposition règle une question légèrement différente, puisqu'elle envisage l'absence de pouvoir, non de l'auteur de l'acte, mais de son destinataire, du moins dans la conception moderne selon laquelle le paiement est un acte unilatéral (987). Il s'agirait, pour le surplus, d'une confusion terminologique sans conséquence (988).

Ainsi que nous le verrons, la thèse de la nullité de l'acte accompli sans pouvoir se heurte en réalité à des objections plus fondamentales qui expliquent que des solutions alternatives aient été proposées.

(985) P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 203, p. 241

(986) Ancien article 1862 du Code civil.

(987) Voy. à ce propos H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 396, pp. 392 et s. ; P.A. FORIERS, « Exposé introductif : acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 5 et s., n° 2, p. 8 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1394, pp. 1945 et s.

(988) M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, o.c.*, n° 238, p. 175.

120. Première analyse – Nullité de l'acte. La sanction de droit commun d'un vice affectant un acte juridique dès sa formation est la nullité de cet acte (989). Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que cette sanction ait été envisagée à l'égard des actes accomplis sans pouvoir (990).

Plus précisément, on a ainsi soutenu que l'acte accompli par le représentant sans pouvoir était nul en raison de l'absence de consentement de l'une des parties, à savoir le représenté (991).

Cette conception a rencontré, et rencontre encore, un vif succès **en France** (992). Vue de l'extérieur, la jurisprudence de la Cour de cassation de France apparaît toutefois comme hésitante, puisqu'elle en déduit, tantôt la nullité absolue (993), tantôt seulement la nullité relative du contrat conclu par le mandataire (994). Certaines décisions préfèrent du reste la sanction de l'inopposabilité au profit du seul représenté (995). Plusieurs analyses doctrinales de cette jurisprudence ont également été proposées (996).

(989) Voy. *infra*, n° 226.

(990) Voy. la présentation au Corps législatif et l'exposé des motifs de BERLIER dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, Paris, 1829, p. 585 : « Si le mandat spécifie les actes qui en sont l'objet, cette spécification deviendra la mesure précise des pouvoirs conférés par le mandant, et tout ce qui serait fait au-delà sera nul ».

(991) M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tome VI, 2^e éd., Bruxelles, P.J. De Mat, 1827, p. 31 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XVIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844, n° 260, pp. 248 et s. La question a parfois également été évoquée en termes d'incapacité : voy. le Rapport de C. Van Reepinghen, commissaire royal à la réforme judiciaire, *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1963-1964, n° 60, pp. 1 et s., spéc. p. 205.

(992) Voy. également l'article 1119-3 du **Projet Catala**.

(993) Cass. fr., 15 avril 1980, *Bull.*, 1980, III, n° 73, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 155, obs. F. CHABAS ; Cass. fr., 9 juin 1976, *Bull.*, 1976, I, n° 213.

(994) Cass. fr., 2 novembre 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 395.

(995) Cass. fr., 6 octobre 2004, *Bull.*, 2004, III, n° 166, approuvé par A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 207, p. 159 ; Cass. fr. (ass. plén.), 28 mai 1982, *Bull. Cass. Ass. plén.*, 1982, n° 3, *D.*, 1983, jur., p. 117, avec les conclusions de M. J. CABANNES, premier avocat général, et p. 349, obs. crit. E. GAILLARD ; Cass. fr., 23 novembre 1976, *Bull.*, 1976, I, n° 361, rendu dans la même affaire que l'arrêt précédent.

(996) Voy. par exemple J. HUET, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 31211, pp. 1027 et s., qui estime que l'absence de pouvoir est sanctionnée par une inexistence qui se traduit techniquement par une nullité absolue (assez) particulière, puisqu'elle est, d'une part, susceptible de confirmation par le représenté et, d'autre part, ne peut être soulevée que par celui-ci ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2006, n°s 358 et s., pp. 55 et s., qui distingue l'absence de pouvoir, sanctionnée par une nullité relative, de l'excès de pouvoir, sanctionné par la nullité absolue, sans toutefois s'expliquer sur le fondement rationnel d'une telle distinction ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, o.c.*, n°s 224 et s., pp. 167 et s., qui distingue entre l'incompétence, sanctionnée par la nullité, et le simple défaut de pouvoir, sanctionné par l'inopposabilité.

Aux Pays-Bas également, la doctrine tend à considérer l'acte accompli sans pouvoir comme nul de plein droit, sous réserve de ratification (997).

En Allemagne, les *actes unilatéraux* accomplis sans pouvoir sont inadmissibles (*unzulässig*), c'est-à-dire en réalité nuls de plein droit (998) (§ 180, 1^{re} phrase, du BGB). À ce titre, et à la différence du droit néerlandais, ils ne sont pas susceptibles de ratification (999). Ce principe comporte toutefois plusieurs exceptions. Ainsi, lorsque le destinataire de l'acte soit s'est abstenu de contester les pouvoirs affirmés par le représentant lors de la passation de l'acte, soit a marqué son accord pour que le représentant agisse sans pouvoir (1000), alors les dispositions relatives aux *contrats* conclus sans pouvoir trouvent à s'appliquer. Or, ces derniers ne sont pas nuls de plein droit, mais sont au contraire susceptibles de ratification (1001).

En Belgique, la distinction entre les actes accomplis sans pouvoir et ceux entachés de nullité a été tracée très tôt par un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1857 (1002). La thèse de la nullité de l'acte accompli sans pouvoir peut certes se réclamer d'un arrêt ultérieur du 6 février 1953 qui paraît s'y être incidemment ralliée en décidant que « la faculté, pour le tiers lésé par un acte d'un mandataire agissant en dehors de son mandat, de réclamer de ce mandataire, réparation du dommage éventuellement subi, ne prive pas ce tiers du droit d'invoquer, vis-à-vis du mandant, la nullité de l'acte » (1003). Toutefois,

(997) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, vol. I, *De vertegenwoordiging*, 8^e éd. par S.C.J.J. KORTMANN, Deventer, Kluwer, 2004, n° 83, pp. 97 et s. ; J. HJMA, « Art. 3:69 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 80 et s., n° 2, p. 80 ; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69. (3.3.8) Bekrachtiging », *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2001, n° 3.

(998) G. SCHIEMANN, « Das Rechtsgeschäft », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2^e éd., Sellier et de Gruyter, Berlin, 2008, pp. 43 et s., spéc. p. 118.

(999) BGH, 12 novembre 2008, VIII ZR 170/07, point 13 ; B. FRENCH, « §§ 164-185 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 219 et s., § 180, n° 1, p. 270 ; H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 180, n° 1, p. 187 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n° 980, p. 390.

(1000) On vise ainsi l'hypothèse d'une « représentation active », c'est-à-dire d'un acte accompli par le représentant. La même solution vaut en cas de « représentation passive », c'est-à-dire quand un acte est accompli *envers* le représentant (§ 180, 3^e phrase, du BGB).

(1001) Voy. *infra*, n° 125.

(1002) Voy. *supra*, n° 116.

(1003) Cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 436, *R.P.S.*, 1953, p. 224, avec les conclusions de M. le procureur général HAYOT DE TERMICOURT, alors premier avocat général, note P.D. (quatrième moyen). Voy également, pour le cas où le contrat de mandat est entaché d'une cause de nullité, I. SAMOY, « Nietigheid van een samenhangende overeenkomst : is er ruimte voor een sneeuwbaaleffect? », *T.P.R.*, 2008, pp. 555 et s., n° 15, p. 572.

outre qu'il ne s'agit que d'un *obiter dictum*, cette solution apparaît comme isolée dans la jurisprudence de la Cour (1004).

121. Suite – Critiques. La thèse de la nullité de l'acte accompli sans pouvoir, fondée sur l'absence de consentement du représenté, n'est cependant pas totalement convaincante, tant pour des motifs de principe qu'en raison de ses conséquences pratiques.

I. Sur le plan des principes, cette thèse repose sur une vision excessivement volontariste de la représentation. Elle suppose en effet une transparence presque totale du représentant, s'effaçant entièrement derrière la personne du représenté dont il ne serait que le porte-parole. Dans cette optique, en l'absence de consentement exprimé par le représenté, la seule intervention du représentant serait impuissante à faire naître un acte juridique valable.

Cette conception de la représentation a été justement critiquée par la doctrine moderne pour deux ordres de considérations (1005).

Premièrement, le mécanisme de la représentation peut être appelé à jouer dans des circonstances où le représenté est dans l'impossibilité d'émettre une volonté juridique valable (qu'il s'agisse d'un incapable doté d'un représentant légal, ou d'une personne morale, qui ne possède pas de volonté distincte de celle exprimée par ses organes), voire même à l'encontre de la volonté du représenté (comme dans le cas du mandat apparent). En ce cas, l'acte juridique accompli par le représentant ne peut naître que de la volonté de ce dernier, et le cas échéant du tiers avec lequel il traite s'il s'agit d'un acte bilatéral. Le consentement du représenté n'est en revanche nullement requis.

Deuxièmement, le droit positif prend acte de l'importance de la volonté du représentant dans la formation de l'acte accompli par représentation en décidant que l'existence d'un vice de consentement doit s'apprécier, non dans le chef du représenté, mais bien du représentant (1006).

(1004) Voy. *infra*, n° 121.

(1005) P.A. FORIERS, « La représentation... », *o.c.*, *Droit des contrats*, n°s 4 et s., pp. 134 et s. ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 9, pp. 64 et s., et n° 203, p. 242. Voy. aussi P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 240 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 95, pp. 97 et s.

(1006) Voy. Cass., 7 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 9, point 2 ; F. GLANSBORFF, *Mandat et fiducie*, *o.c.*, n° 143, p. 133 ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 198, p. 238 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 169, p. 169.

De cette remise en cause de l'importance de la volonté du représenté découle nécessairement l'impossibilité de sanctionner l'acte accompli sans pouvoir par une nullité fondée sur l'absence de consentement de celui-ci, puisque ce consentement n'est nullement indispensable à la formation de l'acte.

Puisque la rencontre des volontés du tiers et du représentant suffit à faire naître le contrat, il faudrait, réciproquement, admettre que tant que celui-ci n'a pas été ratifié par le représenté, il pourrait être révoqué de commun accord par le tiers et le représentant. Ce dernier peut avoir un intérêt à pareille révocation s'il craint d'encourir une responsabilité envers le tiers pour défaut de ratification ou, inversement, envers le représenté en cas de ratification (1007).

II. D'un point de vue pratique, l'inclusion des actes accomplis sans pouvoir dans le domaine de la théorie des nullités aurait par ailleurs des conséquences difficilement admissibles en droit positif. On sait en effet que, jusqu'à son annulation éventuelle, l'acte nul produit déjà des effets identiques à un acte exempt de vices (1008). Ceci signifierait concrètement que, dans l'attente de la ratification, l'acte accompli sans pouvoir lierait déjà celui au nom duquel il a été posé, à charge pour celui-ci d'agir en nullité de cet acte. Outre que cette solution heurterait le texte de l'article 1998 du Code civil, qui paraît dispenser le pseudo-représenté de pareille action en nullité en prévoyant qu'il n'est dans ce cas pas tenu par les agissements du pseudo-représentant, elle ne paraît pas non plus être en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation (1009).

(1007) Voy. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, Paris, Rousseau, 1921, n° 119bis, p. 209 ; *contra* : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, o.c.*, n° 94, pp. 95 et s., pour qui le représentant et le tiers ne pourraient priver, sans son accord, le représenté du droit éventuel acquis du fait de la conclusion du contrat sans pouvoir. Comp. cependant avec le caractère révocable de la stipulation pour autrui jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée par le bénéficiaire (art. 1121 du Code civil). — **En droit allemand**, en revanche, le contrat ne peut être résilié par le tiers qu'avec l'accord du représenté (K.-H. GURSKY, « §§ 182-185 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch I Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, pp. 243 et s., § 184, n° 9, p. 310 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 4, p. 1834).

(1008) Voy. *supra*, n° 89.

(1009) Dans le même sens, la doctrine classique considère que le (pseudo-)représenté n'est pas tenu d'agir en nullité de l'acte accompli sans pouvoir : voy. not. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1920, § 415, p. 183, note n° 5 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 64, p. 65 ; P. PONT,

Ainsi, un arrêt du 13 janvier 2003 décide que :

« [...] le congé moyennant préavis donné à un travailleur au nom de l'employeur par un mandataire qui excède ses pouvoirs ne lie pas l'employeur ;

Qu'aussi longtemps qu'il n'est pas ratifié par celui-ci, cet acte ne sortit aucun des effets que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail attache au congé » (1010).

Si ce congé donné sans pouvoir avait été frappé de nullité, il aurait au contraire déjà sorti tous ses effets sans attendre la ratification de l'employeur.

On notera que cette difficulté pratique est contournée **aux Pays-Bas** grâce à la distinction entre actes nuls de plein droit (*nietig*) et actes annulables en justice (*vernietigbaar*) (1011). En faisant entrer les actes accomplis sans pouvoir dans la première catégorie, on évite ainsi de contraindre le pseudo-représenté à agir en nullité (1012).

Du reste, si nullité il y avait, il devrait nécessairement s'agir d'une nullité relative dans le chef du représenté, s'agissant de la sanction d'une absence de consentement (1013). Le tiers qui a traité avec le représentant devrait dès lors logiquement se voir dénier le droit de soulever l'absence de pouvoir de celui-ci. Or, telle n'est pas la position de la Cour de cassation telle qu'elle ressort de ses arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006, lesquels autorisent dans certains cas le tiers à contester cet acte (1014).

La thèse de la nullité de l'acte accompli sans pouvoir ne peut donc être reçue en droit positif belge.

122. Suite – Cas particulier des actes de procédure. Il est permis de se demander si ces considérations peuvent être appliquées

Explication théorique et pratique du Code Napoléon, tome I, Paris, Cotillon, 1863, n° 1068, p. 558 ; voy. de nos jours F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, o.c., n° 161, p. 142 ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 263 et s., n° 66, p. 328. Certains auteurs ont tenté de justifier cette dispense par le recours à la théorie de l'inexistence (voy. en ce sens A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XVIII, o.c., n° 260, pp. 248 et s.), mais celle-ci n'est plus de mise en droit positif (voy. *supra*, n° 88, II).

(1010) Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29.

(1011) Voy. à ce propos *infra*, n° 238.

(1012) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, o.c., n° 83, p. 98.

(1013) Telle est du moins la solution retenue en droit belge (voy. *supra*, n° 88).

(1014) Voy. *infra*, nos 126 et s.

telles quelles aux actes de procédure. Examinant la question de la volonté à la base des actes de procédure, le Commissaire royal à la réforme judiciaire s'exprimait en effet dans les termes suivants :

« [...] Est-il permis cependant, est-il sage de permettre, que soit mise en question, en toute procédure et à tout moment, la volonté de la partie ? Les formes de la demande, les règles de l'instance, l'intervention de l'huissier, de l'avocat, du ministère public et du juge offrent des garanties qui normalement doivent conduire à croire que *l'acte de procédure, régulièrement accompli dans les formes légales, est présumé répondre à la volonté libre et consciente de l'intéressé* [...]

[...] Dans l'organisation du désaveu [...], l'on a tenté de parer au vice fondamental d'une instance que la partie n'aurait pas réellement voulue. Mais on a entouré cette procédure de bornes, de telle sorte que son existence n'ouvre point les voies à l'insécurité du procès civil. Nous ne dirons pas que l'acte existe toujours par le fait qu'il a été instrumenté, mais que cette apparente authenticité lui confère une présomption de conformité à la volonté de la personne au nom de laquelle il est accompli » (1015).

Il ressort clairement de ce passage qu'en raison des garanties procédurales entourant son accomplissement et dans un souci de sécurité juridique, l'acte de procédure est présumé avoir été posé avec l'accord de celui au nom duquel il est rédigé. Sans doute ne s'agit-il que d'une présomption, qui peut être renversée par la procédure de désaveu ; mais, tant que celle-ci n'aura pas été introduite avec succès, l'acte de procédure liera dès l'origine le représenté (1016). En ce sens, l'article 848 du Code judiciaire l'autorise à demander au juge de « déclarer non avenü » – c'est-à-dire nul (1017) – cet acte de procédure s'il ne l'a ordonné, permis ou ratifié, même tacitement. Cette solution se justifie d'autant plus qu'il serait contraire à la sécurité juridique de permettre à une personne, sans introduire la moindre procédure, de refuser d'être tenue par une décision de justice, le cas échéant passée en force de chose jugée, sous prétexte que son représentant *ad litem* a excédé ses pouvoirs.

La logique est donc inversée par rapport aux actes juridiques ordinaires : l'acte de procédure accompli sans pouvoir sortit dès l'origine tous ses effets à l'égard du représenté, sous réserve d'un éventuel

(1015) *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1963-1964, n° 60, p. 27.

(1016) Voy. les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN avant Cass., 6 mars 2003, *Pas.*, 2003, n° 155. Ainsi, « Les conclusions que l'avocat prend au nom de son client, sont cependant opposables à ce dernier, sauf désaveu » (P. DEPUYDT, « Le désaveu », *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, F. mob., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. VI-4.1 et s., n° 070, p. VI-4.12 et les références citées).

(1017) Voy. les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN citées à la note précédente.

désaveu. La ratification, en ce cas, ne fait que consolider définitivement l'acte de procédure. La situation se rapproche dès lors très fortement de l'hypothèse d'un acte ordinaire frappé de nullité, qui présente également une « apparence de validité » analogue à l'« apparence authenticité » de l'acte de procédure évoquée par le commissaire royal. Par conséquent, la ratification jouera dans cette hypothèse un rôle équivalant à celui de la confirmation (1018).

123. Deuxième analyse – Inopposabilité de l'acte. Une deuxième théorie consiste à considérer l'acte accompli sans pouvoir comme valable, mais inopposable au représenté tant que celui-ci ne l'a pas ratifié. Cette analyse se fonde sur l'article 1165 du Code civil et sur le principe de la relativité des conventions et, de manière plus générale, des actes juridiques. Sans doute le représentant – qu'il pose un acte unilatéral ou contracte avec un tiers – a-t-il pu valablement donner naissance à un acte juridique au nom du représenté ; mais celui-ci, à défaut d'avoir donné au représentant le pouvoir d'agir en son nom, demeure tiers à cet acte, et ne pourra donc se voir opposer cette *res inter alios acta* (1019).

124. Suite – Précisions et critiques. Aussi séduisante soit cette analyse, elle appelle cependant à l'examen certaines réserves.

Premièrement, si le statut de l'acte accompli sans pouvoir découlait de l'article 1165 du Code civil, il ne s'agirait pas à proprement parler d'une inopposabilité de *l'acte* en tant que tel, mais

(1018) Voy. *infra*, n° 162.

(1019) Voy. E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, tome IV, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq, 1880, n° 1482, p. 162 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, *o.c.*, § 415, p. 183, note n° 5 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *De contracten*, 2^e éd., Antwerpen, Brussel, Gent et Leuven, Standaard-Boekhandel, 1952, n° 526, p. 645 ; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, *o.c.*, n° 161, p. 142 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 3, p. 119 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 88, pp. 88 et s. ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, *o.c.*, n° 1068, p. 558 ; *adde*, non sans certaines hésitations entre cette théorie et celle de la nullité ou de l'inexistence de l'acte, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Paris, Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêts, 1900, n° 777, p. 376 (comp. n° 799, p. 385) ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome VIII, Paris, Plon, 1884, n° 217bis, V, p. 219 (comp. XI, p. 221) ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome XII, Paris, Pichon, 1899, n°s 88 et 89, pp. 114 et s. (comp. n° 91, p. 117) ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, *o.c.*, n° 64, p. 65 (comp. n° 74, pp. 80 et s.) ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 581 (comp. n° 31, p. 604).

uniquement de ses effets internes. Les effets externes de l'acte demeurerait, dès lors, opposables au représenté (1020).

Deuxièmement, parler d'inopposabilité de l'acte au représenté semble impliquer *a contrario* que l'acte serait en revanche opposable au tiers ayant traité avec le représentant. Or, la situation de ce tiers est plus complexe.

En effet, tant qu'il demeure dans l'incertitude quant aux intentions du représenté (1021), le tiers ne peut pas non plus se voir réclamer l'exécution de ses obligations (1022). Il peut même, à certaines conditions, soulever d'initiative l'absence de pouvoirs du représentant (1023).

Par conséquent, il faudrait en déduire que les effets internes de l'acte accompli sans pouvoir sont non seulement inopposables au représenté, mais également au tiers contractant. Le représentant ne pourra pas non plus en être tenu, puisqu'il ne s'est pas engagé personnellement (1024).

Le terme « inopposabilité » est-il vraiment adéquat pour décrire pareille situation ? Sans doute, l'inopposabilité, conçue à l'origine comme une forme d'inefficacité dans les rapports avec les tiers, se rencontre-t-elle désormais également dans les relations entre parties (1025) ; mais il paraît peu adéquat de décrire comme

(1020) Voy. P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 203, p. 242.

(1021) Par exemple, parce que le représentant demanderait au tiers de s'exécuter sans garantie quant à une ratification ultérieure du représenté. En revanche, si la demande d'exécution émanait directement du représenté, celui-ci ratifierait nécessairement de ce fait l'opération.

(1022) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, o.c.*, n° 799, p. 385 ; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 16, p. 241 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, o.c.*, n° 88, p. 89 ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 203, p. 242. Il pourrait d'ailleurs, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, opposer l'exception d'inexécution (comp. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *ibid.*, pour qui les obligations du tiers demeurent « sans cause » dans l'attente de la ratification).

(1023) Voy. *infra*, n°s 126 et s.

(1024) Sauf clause de porte-fort ou faute commise en s'abstenant d'éclairer suffisamment le tiers contractant sur l'étendue de ses pouvoirs : voy. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 234.

(1025) Voy. par exemple Cass., 19 mars 2004, *Pas.*, 2004, n° 157, décidant que l'« acte frauduleux ne peut être opposé aux tiers ni aux parties » de sorte que « ceux-ci, même en l'absence d'action paulienne intentée sur la base de l'article 1167 du Code civil, peuvent refuser de donner effet à un tel acte et empêcher le débiteur d'atteindre le résultat prohibé qu'il visait » ; *adde* M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 580.

inopposable un acte dont les effets internes ne seraient opposables à personne et dont personne ne pourrait dès lors se prévaloir (1026).

L'arrêt précité du 13 janvier 2003 confirme cette analyse (1027). Après avoir posé le principe, sur lequel nous reviendrons, que « la ratification a un effet rétroactif à la condition de ne pas préjudicier aux droits acquis par les tiers », il décide qu'aussi longtemps qu'il n'est pas ratifié par l'employeur, le congé donné sans pouvoir au nom de celui-ci « ne sortit aucun des effets que la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail attache au congé » et « [q]ue, dès lors, sa ratification par l'employeur ne saurait porter atteinte à un droit que le travailleur aurait acquis en vertu de cette loi du fait du congé ».

Même si cet arrêt décide uniquement que le congé donné sans pouvoir « ne lie pas l'employeur » sans envisager la situation de l'employé, il paraît résulter des motifs reproduits ci-avant que ce congé ne confère non plus aucun droit à l'employé, destinataire du congé, puisque cet employé ne peut tirer de ce congé aucun droit acquis auquel la ratification ne peut, par hypothèse, porter atteinte. Si le congé avait été simplement inopposable à l'employeur dans l'attente de la ratification, il aurait fallu au contraire considérer qu'il produisait néanmoins déjà des effets vis-à-vis de l'employé, et que celui-ci aurait pu acquérir dans son patrimoine les droits attachés par la loi du 3 juillet 1978 à ce congé, ces droits fussent-ils demeurés inopposables à l'employeur dans l'attente de la ratification. Plutôt qu'une simple inopposabilité de l'acte au représenté, l'arrêt paraît donc bien consacrer une absence complète d'effet de l'acte accompli sans pouvoir vis-à-vis de tout sujet de droit.

125. Troisième analyse – Suspension des effets principaux de l'acte. I. Si l'on tire les conséquences de cette analyse, mieux vaut considérer que l'acte accompli sans pouvoir n'est pas à proprement parler inopposable au représenté, mais que, dans l'attente de la ratification, ses effets internes principaux sont suspendus,

(1026) Comp. E. GAILLARD, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 28 mai 1982, *D.*, 1983, jur., p. 349, pour qui « l'«inopposabilité» n'est que le voile pudique de l'inexistence », et J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 345, pp. 791 et s., qui considère qu'alors que l'inopposabilité est la sanction ordinaire de la fraude, celle-ci entraîne la nullité de l'acte lorsque l'ensemble de ses effets se trouvent paralysés.

(1027) Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29.

tant vis-à-vis du représenté que du tiers avec lequel le représentant a traité (1028).

Telle est la solution retenue en **droit allemand** à propos des contrats (§ 177 du BGB) et, par exception, à l'égard des actes unilatéraux dans certaines hypothèses (§ 180 du BGB) (1029). On considère dans ce cas que l'acte se trouve dans une situation d'attente (*Schwebezustand*). Il ne produit encore aucun effet à l'égard du représenté, que ce soit en sa faveur ou en sa défaveur. Soit l'acte est ratifié et il sortira alors tous ses effets, en principe de manière rétroactive ; soit la ratification est refusée, et l'acte sera alors définitivement nul (1030). Dans l'intervalle, l'acte produit cependant déjà certaines conséquences juridiques (1031). Ainsi, les parties au contrat – à savoir, le représentant et le tiers – sont déjà tenues par leurs déclarations de volontés (1032) et ne peuvent, en règle, s'en délier unilatéralement (1033). Toutefois, en l'absence d'obligation exigible, elles ne peuvent encore se voir reprocher un retard d'exécution (1034) et un paiement effectué à ce stade serait indu (1035).

À la différence du droit belge, le droit allemand comporte cependant un certain nombre de garanties en faveur du tiers contractant au cours de cette période d'attente. Ainsi, le tiers peut mettre le représenté en demeure de prendre attitude dans les 15 jours (§ 177, alinéa 2, du BGB) et peut même révoquer le contrat tant que la ratification n'est pas intervenue, à moins qu'il ait eu connaissance de l'absence de pouvoir du représentant lors de la conclusion du contrat (§ 178 du BGB). En cas de refus de ratification, le tiers pourra en principe réclamer des dommages-intérêts au représentant (§ 179 du BGB).

(1028) Voy. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, pp. 238 et s. ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthémis, 2011, pp. 263 et s., n° 66, p. 327.

(1029) Voy. à ce propos *supra*, n° 120.

(1030) H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, §§ 177-178, n° 5, p. 185 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 49, n° 3, pp. 901 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 1023, p. 403.

(1031) Voy. B. FRENSCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 1, p. 279 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 15, p. 312 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 54 et s., pp. 808 et s.

(1032) BGH, 20 juin 1985, *BGHZ*, vol. 95, p. 88, *N.J.W.*, 1985, p. 2528, point III, 2, f) ; H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 1, p. 191.

(1033) K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 15, p. 312 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 3, p. 1834 ; voy. cependant le droit de révocation prévu par le § 178 du BGB.

(1034) BGH, 20 novembre 1998, *N.J.W.*, 1999, p. 1329, point II, 1.

(1035) Il pourrait, dès lors, être répété sur la base du § 812 du BGB s'il a été fait dans l'ignorance de la situation d'attente : BGH, 8 octobre 1975, *BGHZ*, vol. 65, p. 123, *N.J.W.*, 1976, p. 104, point II, 2, b).

Cette situation d'attente pourrait à cet égard être rapprochée de celle existant en matière d'actes conclus sous condition suspensive (1036). On sait, à cet égard, que l'obligation sous condition suspensive n'est pas entièrement dépourvue d'effets, seuls ses effets principaux étant en réalité paralysés (1037). La même observation peut être faite à propos de l'acte accompli sans pouvoir, tant vis-à-vis du représenté que du tiers.

II. S'agissant du *représenté*, le contrat conclu sans pouvoir en son nom fait déjà naître dans son chef des droits et obligations éventuels, transmissibles à ses héritiers, qui ne deviendront actuels qu'en cas de ratification (1038).

III. Quant au *tiers* avec lequel le représentant a contracté, même s'il ne peut être contraint d'exécuter l'engagement non encore ratifié (1039), il est néanmoins tenu, dans une certaine mesure, par l'existence de celui-ci.

En effet, lorsque le tiers avait préalablement *connaissance de l'absence de pouvoir* du représentant, il paraît évident qu'il ne pourra ensuite tirer prétexte de cette absence de pouvoir pour se délier avant que le représenté ait pu ratifier l'acte. Admettre pareille possibilité serait en effet permettre au débiteur de se délier de ses obligations de manière purement potestative, ce qui est contraire à l'essence du lien obligatoire (1040). Elle apparaîtrait en outre comme contraire au principe de l'exécution de bonne foi des conventions. En effet, si le tiers traite en connaissance de cause avec un représentant sans pouvoir, il accepte nécessaire-

(1036) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 239. Comme l'observe M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *o.c.*, n° 254, pp. 187 et s., il ne pourrait s'agir d'une condition suspensive au sens technique du terme, puisqu'elle porterait sur un élément essentiel de l'obligation, à savoir l'existence d'une partie liée. On observera qu'en **droit allemand**, les termes *Schwebezustand* (situation d'attente) et *schwebende Unwirksamkeit* (inefficacité provisoire) servent à qualifier aussi bien la situation résultant de l'accomplissement d'un acte sans pouvoir que de la conclusion d'un acte conditionnel, quoique la doctrine veuille à distinguer le régime de ces deux hypothèses (voy. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n°s 490 et s., p. 195 ; G. SCHIEMANN, *o.c.*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, p. 76 ; comp. cependant K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 44, n° 49, p. 807, pour qui ces expressions ne s'appliquent qu'aux causes d'inefficacité d'origine légale).

(1037) Voy. *infra*, n°s 169 et s.

(1038) Voy. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 90, pp. 90 et s.

(1039) Voy. *supra*, n° 124.

(1040) Comp., à propos des obligations purement potestatives dans le chef du débiteur, P.A. FORIERS, « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, pp. 115 et s., n° 2, p. 115.

ment que le représenté puisse ratifier ultérieurement l'opération, et cet accord doit se voir reconnaître un effet dès l'origine (1041). Même si l'engagement souscrit sans pouvoir par le représentant ne produit donc pas encore, à ce stade, ses effets principaux à l'égard du tiers, il présente donc déjà pour lui une force obligatoire. Au surplus, rien n'empêche le tiers de souscrire une obligation immédiatement exigible sans attendre la ratification (1042).

La situation du tiers qui n'aurait *pas eu connaissance* de l'absence de pouvoir du représentant est légèrement plus complexe. La jurisprudence de la Cour de cassation admet en effet que le tiers puisse, à certaines conditions (1043), se prévaloir de cette absence de pouvoir pour se délier ou, plus généralement, pour contester l'attribution des effets de l'acte au représenté (sous réserve d'une éventuelle ratification). Il sera en revanche déchu, dans les autres cas, du droit de se prévaloir de l'absence de pouvoir du représentant.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation présente un grand intérêt, car elle aboutit, en pratique, à réduire drastiquement les hypothèses où une ratification est encore utile. En effet, toutes les fois où le tiers sera déchu du droit de soulever l'excès de pouvoir du représentant, le représenté pourra se prévaloir de l'acte accompli en son nom sans qu'il lui soit même nécessaire de ratifier au préalable cet acte. Cette déchéance équipolle donc, en pratique, à une ratification. Avant d'examiner en détail l'effet rétroactif attaché à cette dernière (*infra*, § 4), il convient donc de bien circonscrire le domaine de la ratification en précisant les cas dans lesquels le tiers est admis à se prévaloir de l'excès de pouvoir du représentant (§ 3).

(1041) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 239 ; P.A. FORIERS, « La représentation... », *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 10, p. 138 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 91, p. 91.

(1042) J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 91, p. 91 ; en **droit allemand** : BGH, 20 novembre 1998, *N.J.W.*, 1999, p. 1329, point II, 1 ; voy., dans le même sens, en matière de condition suspensive, *infra*, n° 170 *in fine*.

(1043) En substance, seul le tiers qui reçoit un acte unilatéral émis par le représentant et qui prend la précaution de contester les pouvoirs de celui-ci dans un délai raisonnable sera admis à opposer cette absence de pouvoirs au représenté. En revanche, tant le tiers qui a tardé à agir au-delà d'un délai raisonnable que celui qui a contracté avec le représentant sans se faire produire au préalable une copie de ses pouvoirs ne sont plus admis à contester ensuite les pouvoirs du représentant. Sur tout ceci, voy. *infra*, n°s 126 et s.

§ 3. – *Alternative à la ratification : le mandat incontesté*

I. – **Jurisprudence de la Cour de cassation**

126. Arrêt du 18 septembre 1964. La ratification constitue un palliatif à l'absence de pouvoir du représentant, puisque, par celle-ci, le représenté s'approprie – en principe rétroactivement – l'acte accompli en son nom. Néanmoins, nous verrons que ce mécanisme ne peut avoir pour conséquence de priver les tiers des droits acquis dans l'intervalle (1044).

La question de l'effet rétroactif de la ratification ne se pose toutefois qu'à la condition que le représentant ait agi sans pouvoir. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation, en particulier d'un arrêt du 18 septembre 1964 (1045), que cette absence de pouvoir du représentant ne peut être invoquée à n'importe quel stade par le tiers qui a traité avec lui. Si celui-ci néglige de soulever cette question dans un délai utile et que ni le représenté ni le représentant ne contestent l'existence des pouvoirs, l'acte sera réputé avoir été accompli dans les limites des pouvoirs du représentant et liera tant le tiers que le représenté, rendant superflue toute ratification (1046). Afin d'éviter les périphrases, nous proposons de baptiser « mandat incontesté » les pouvoirs dont bénéficient ainsi le représentant.

L'affaire portait sur la réintégration d'un travailleur protégé par la loi du 10 juin 1952 « concernant la santé et la sécurité des travailleurs, ainsi que la salubrité du travail et des lieux de travail ». L'article 1^{er}, §4, e), 3^o, alinéa 1^{er}, de cette loi, tel qu'inséré par la loi du 17 juillet 1957, prévoyait que « [t]out licenciement de la part du chef d'entreprise en violation de la protection légale, instituée par le présent paragraphe, donne droit, au travailleur, à sa réintégration dans l'entreprise aux clauses et conditions de son contrat, pour autant qu'il en ait fait la

(1044) Voy. *infra*, n^{os} 153 et s.

(1045) Cass., 10 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 62.

(1046) Comme l'observent C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, « Het ontslag, aan een werknemer gegeven door een daartoe niet-gemandateerde », *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 265 et s., n^o 9, pp. 270 et s. ; J. VANANROYE, « De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV », note sous Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, pp. 37 et s., n^o 10, p. 45.

demande, par pli recommandé à la poste, dans les trente jours suivant la date du licenciement, la date du jugement déclarant le renvoi non justifié ou la date de la présentation des listes de candidats ».

En l'espèce, la demande de réintégration avait été adressée à l'employeur, non par le travailleur lui-même, mais par son syndicat agissant au nom du travailleur. Le conseil de prud'hommes d'appel d'Anvers avait cependant déclaré cette demande non valable au motif « qu'au moment où la demande de réintégration a été introduite, ledit mandataire ne possédait pas de procuration régulière ». Le travailleur se pourvut en cassation en faisant valoir que les règles relatives au mandat n'imposaient nullement l'existence d'une procuration comme condition du mandat.

En soi, la critique paraissait justifiée. En effet, le terme « procuration » désigne en droit positif une réalité bien spécifique : il s'agit d'un écrit destiné à prouver tant l'existence que l'étendue des pouvoirs du mandataire au tiers avec lequel il traite, susceptible d'être exhibé à celui-ci et conservé par lui pour rapporter ultérieurement la preuve du mandat. La procuration, toutefois, n'est que facultative, et ne constitue pas pour le tiers le seul mode de preuve du mandat, qui peut être prouvé par lui par toutes voies de droit (1047). Affirmer que la demande de réintégration n'était pas valable au seul motif que le mandataire ne s'était pas vu remettre une procuration qui n'est que facultative méconnaissait donc ce principe.

La Cour de cassation alla cependant plus loin dans son raisonnement, en donnant, semble-t-il, de la décision attaquée une lecture différente de celle du demandeur en cassation (1048). Le terme « procuration » désigne en effet, dans un sens plus large et aujourd'hui impropre (1049), non l'un des modes de preuve du mandat, mais le mandat lui-même. La Cour examina dès lors, de manière plus générale, les conditions auxquelles le tiers est susceptible de nier l'existence du mandat en tant que tel.

(1047) Cons. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 399, B, pp. 400 et s.

(1048) En ce sens, on peut remarquer que la Cour cite à plusieurs reprises la décision attaquée en prenant le soin à chaque fois de placer le terme « procuration » entre guillemets, semblant considérer ainsi qu'il est utilisé à mauvais escient en lieu et place du terme « mandat ».

(1049) En revanche, à l'époque de Domat, la « procuration » était le terme générique désignant la « convention entre ceux qui commettent à d'autres le soin de leurs affaires, et ceux qui s'en chargent, par laquelle le maître de sa part règle le pouvoir qu'il donne à celui qu'il constitue son procureur, ou qu'il commet pour ses affaires, ou pour ses fonctions », le « mandement » n'étant qu'une variété de procuration (J. DOMAT, *Œuvres complètes*, nouvelle éd. par J. REMY, tome I^{er}, Paris, Alex-Goblet, 1835, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I^{er}, titre XV, p. 354).

Elle décida sur ce point que « si, avant de traiter avec un mandataire, le tiers a le droit d'exiger la production d'une procuration, afin de s'assurer de l'existence du mandat, il n'est pas tenu de le faire ; que, s'il ne l'exige pas, notamment parce qu'il a une certitude suffisante quant à l'existence et à l'étendue du mandat, il sera, en cas de contestation ultérieure du mandat par le mandant, tenu d'en apporter la preuve, par toute voie de droit, mais ne pourra, en revanche, nier lui-même l'existence du mandat, lorsque ni le mandant ni le mandataire n'ont soulevé de contestation à cet égard ».

En l'occurrence, la Cour releva que le travailleur (prétendu mandant), loin de contester l'existence du mandat, se prévalait de celui-ci, et qu'il ne pouvait par ailleurs être déduit d'aucune constatation de la décision attaquée que le syndicat (prétendu mandataire) aurait contesté celui-ci. La Cour cassa dès lors la décision attaquée qui ne pouvait légalement déclarer l'action irrecevable « sans avoir vérifié si [le tiers] avait exigé la production d'une procuration quand le prétendu mandataire s'était mis en rapport avec [lui] ».

127. Régime du mandat incontesté. De l'arrêt du 18 septembre 1964, dont l'enseignement a été confirmé et affiné par deux arrêts des 6 février 2006 (1050) et 28 octobre 2013 (1051), il résulte donc qu'un tiers n'est plus recevable à mettre en doute l'existence des pouvoirs d'un mandataire lorsque ceux-ci ne sont contestés ni par le mandant, ni par le mandataire. Ces arrêts apportent en outre certaines précisions intéressantes quant au régime applicable à ce mandat incontesté.

I. Tout d'abord, la solution est énoncée de manière *tout à fait générale*, sans faire de distinction selon la nature de l'acte accompli par le représentant. Il peut donc aussi bien s'agir de l'hypothèse classique d'un contrat que d'un acte unilatéral, comme en l'espèce une demande de réintégration (1052). Cette généralité se retrouve d'ailleurs dans les termes utilisés par la Cour, qui autorise le tiers à exiger la production d'une procuration avant de « traiter » avec le représentant et invite le juge du fond à vérifier si cette exigence a été formulée quand ledit représentant s'est « mis en rapport »

(1050) Cass., 6 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 77, *R.A.B.G.*, 2006, p. 993, note V. DOOMS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 96, note I. SAMOY.

(1051) Cass., 28 octobre 2013, n° S.11.0125.F (premier moyen, troisième branche).

(1052) C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, p. 271.

avec le tiers, expressions qui peuvent s'appliquer indifféremment aux actes unilatéraux ou multilatéraux.

II. S'il est aisé pour un tiers de demander la production d'une procuration avant de conclure un contrat avec le représentant (1053), la question se pose toutefois de savoir comment cette demande peut être formulée lorsque le tiers n'est que le destinataire d'un *acte unilatéral* accompli par le représentant.

En effet, dans cette seconde hypothèse, « [d]e derde handelt niet met de vertegenwoordiger, hij wordt erdoor overvallen » (1054). Il paraît dès lors impossible d'exiger du tiers qu'il demande au représentant la production d'une procuration *avant* de traiter avec celui-ci, puisqu'il n'est pas maître de la décision du représentant d'accomplir l'acte unilatéral.

Si l'arrêt du 18 septembre 1964 reproche à cet égard à l'arrêt attaqué de ne pas avoir vérifié si le tiers avait exigé la production d'une procuration « quand le prétendu mandataire s'est mis en rapport » avec lui – c'est-à-dire immédiatement –, la doctrine a plutôt suggéré dans cette hypothèse que les pouvoirs du mandataire puissent être vérifiés *a posteriori* dans un délai raisonnable (1055). Cette suggestion a été adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 6 février 2006.

Cette décision, qui constitue en quelque sorte le miroir de l'arrêt du 18 septembre 1964, décide que :

« Tout travailleur licencié par écrit par le mandataire de l'employeur, au nom et pour le compte de l'employeur, a le droit de demander la production de la procuration pour se convaincre de l'existence du mandat.

Il n'est toutefois pas obligé de le faire.

S'il s'en abstient et ne se présente plus au travail, comme le ferait toute personne réellement licenciée, il ne peut plus nier ultérieurement

(1053) Tel était le cas dans l'arrêt précité du 28 octobre 2013 se rapportant à la conclusion d'un contrat de transaction.

(1054) J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45.

(1055) B. TILLEMAN, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB et P. NAEYAERT, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten : Tussenpersonen 1999-2009 », *T.P.R.*, 2010, pp. 589 et s., n° 44, p. 637 ; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualité en droit des contrats spéciaux*, n° 35, p. 102 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, pp. 271 et s. ; J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45.

l'existence du mandat, *sauf dans un délai raisonnable*, lorsque ni le mandant ni le mandataire ne contestent celui-ci » (1056).

En l'occurrence, le tiers – qui était cette fois le travailleur plutôt que l'employeur – avait attendu plus de six mois après l'envoi de la lettre de congé pour contester le mandat du secrétariat social, qui s'était présenté comme mandataire de l'employeur. La Cour estime que, compte tenu de cette constatation, l'arrêt attaqué ne pouvait pas légalement décider que le secrétariat social n'était pas mandaté pour licencier le travailleur.

III. La jurisprudence de la Cour de cassation fournit également des indications sur la manière dont la *contestation des pouvoirs* doit intervenir.

Ainsi, on peut déduire de l'arrêt du 6 février 2006 que la contestation par le tiers des pouvoirs du représentant pourrait n'être qu'implicite. En effet, la Cour prend le soin de relever que non seulement le tiers s'est abstenu de demander la production de la procuration, mais également qu'il « ne se présente plus au travail, comme le ferait toute personne réellement licenciée ». On pourrait *a contrario* en déduire que si le travailleur s'était présenté au travail, cette attitude aurait suffi à remettre en cause les pouvoirs du représentant qui l'avait licencié.

IV. Enfin, l'arrêt du 6 février 2006 met en évidence les liens, déjà évoqués (1057), entre l'absence de contestation des pouvoirs du mandataire et l'inutilité d'une ratification (1058). En effet, l'arrêt attaqué, qui avait considéré que le travailleur avait contesté à bon droit les pouvoirs du représentant, avait ensuite dû examiner si l'employeur pouvait encore ratifier le congé pour motif grave donné par le représentant sans pouvoir. L'arrêt attaqué avait répondu par la négative, eu égard au caractère impératif de l'article 35 de la loi sur le contrat de travail qui faisait selon lui obstacle à ce que la ratification (1059) intervenue au-delà du délai de trois jours se voie reconnaître un effet rétroactif au préjudice du travailleur. Cette question ne dut cependant pas être examinée par la

(1056) C'est nous qui soulignons.

(1057) Voy. *supra*, n° 125 *in fine*.

(1058) Voy. à ce propos V. DOOMS, « Over het mandaat van een sociaal secretariaat bij ontslag », note sous Cass., 6 février 2006, *R.A.B.G.*, 2006, pp. 1006 et s., n° 15, p. 1010 ; F. KURZ, obs. sous C. trav. Liège, 26 février 1996, *C.D.S.*, 1997, pp. 144 et s., n° 1, p. 145.

(1059) Le texte paru à la *Pasicrisie* utilise erronément le terme de « confirmation » pour traduire « bekrachtiging ».

Cour de cassation qui, en décidant que les pouvoirs du mandataire ne pouvaient plus être remis en cause par le travailleur, évacua du même coup la question de l'effet rétroactif de la ratification. Elle ne s'est dès lors pas prononcée sur la troisième branche du moyen – non reproduite à la *Pasicrisie* – qui critiquait précisément la décision de l'arrêt attaqué sur ce point (1060).

128. Fondement de la règle. Ni l'arrêt du 18 septembre 1964 ni celui du 6 février 2006 ne fournissent d'indication sur le fondement du régime du mandat incontesté. Si plusieurs hypothèses peuvent à cet égard être avancées (I), l'explication nous paraît devoir être recherchée dans la combinaison de deux principes issus du droit commun (II).

I. La solution de facilité consiste, bien sûr, à considérer que la règle constitue *un principe sui generis du droit du mandat*. Cette approche, qui n'explique en réalité rien, ne fournit pas non plus la moindre indication utile qui permettrait de cerner les contours exacts de la règle. Elle n'est donc à adopter qu'en l'absence de toute autre explication satisfaisante (1061).

On pourrait aussi songer à soutenir que la règle constitue l'expression d'un principe selon lequel, lorsque les parties (en l'occurrence mandant et mandataire) sont d'accord sur l'existence et la portée d'un contrat, *cette appréciation commune s'imposerait en principe aux tiers* même si elle n'est pas conforme à la réalité. Un tel principe ne paraît toutefois pas être admis de manière générale en droit positif, comme l'illustre notamment le régime de la simulation. En effet, en dépit de l'accord des parties pour opposer aux tiers un acte ostensible, ceux-ci conservent toujours la possibilité de faire prévaloir la contre-lettre que les parties entendaient leur dissimuler (article 1321 du Code civil) (1062).

Une troisième possibilité consiste à discerner dans la règle *l'application implicite du régime de la ratification*. Dans cette optique, en ne contestant pas les pouvoirs du représentant, le représenté aurait implicitement ratifié l'acte de celui-ci. C'est cette ratification qui expliquerait que le tiers ne puisse plus ensuite

(1060) Voy. à cet égard *infra*, n° 161.

(1061) Sur la faiblesse du recours à la solution *sui generis*, voy. déjà *supra*, n° 26, I.

(1062) Comp. également les réticences à admettre l'opposabilité aux tiers de la rétroactivité conventionnelle, *infra*, n° 572.

contester les pouvoirs du représentant (1063). Toutefois, l'explication proposée ne peut suffire dès lors que tant l'arrêt du 18 septembre 1964 que celui du 6 février 2006 concernaient des actes unilatéraux (demande de réintégration d'un travailleur et congé pour motif grave) devant être accomplis dans un délai de rigueur (respectivement trente jours ou trois jours). Or, dans ce cas, la ratification ne peut priver le destinataire de ces actes des droits acquis dans l'intervalle (1064). Intervenue après l'expiration de ce délai de rigueur, la ratification n'aurait dès lors pas pu, à elle seule, empêcher le tiers de soulever l'absence de pouvoir du représentant, et ce, même si cette contestation est formulée pour la première fois par le tiers après un délai déraisonnable.

Une dernière tentative d'explication repose sur le constat que « [l]a règle selon laquelle le mandant n'est pas tenu par les actes accomplis par le mandataire en dehors de ses pouvoirs constitue au demeurant, pour l'essentiel, une protection du mandant et il est logique que celui qui a accepté de traiter avec un mandataire ne détourne pas cette règle à son profit pour se libérer de ses engagements » (1065). L'idée est séduisante et a parfois trouvé son prolongement technique dans le régime de la nullité relative comme sanction de l'excès de pouvoir, réservée au seul représenté (1066). Elle nous paraît toutefois insuffisante pour expliquer les solutions du droit positif. En effet, si les règles relatives à l'excès de pouvoir étaient établies dans l'intérêt exclusif du représenté, le tiers ne devrait *jamaïs* être autorisé à s'en prévaloir, fût-ce même dans un délai raisonnable. Telle n'est cependant pas la solution retenue par la Cour de cassation, qui s'est sans doute montrée sensible au fait qu'à tout le moins lorsqu'il est le destinataire d'un acte unilatéral, le tiers jouit également d'un intérêt légitime à s'assurer qu'il lui a été adressé avec les pouvoirs nécessaires (1067).

(1063) En ce sens, B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB et P. NAEYAERT, *o.c.*, *T.P.R.*, 2010, n° 44, p. 637 ; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 237 ; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, pp. 101 et s.

(1064) Voy. *infra*, n°s 153 et s. Dans le cas d'un congé pour motif grave donné sans pouvoir, la ratification aurait toutefois selon nous encore été possible : voy. *infra*, n° 161.

(1065) P.A. FORIERS, *o.c.*, *Knelpunten dienstencontracten*, *o.c.*, n° 9, p. 43.

(1066) Voy. *supra*, n° 120.

(1067) Comp. *supra*, n° 127, l'observation selon laquelle, dans ce cas, le tiers ne traite pas volontairement avec le représentant, mais est surpris par celui-ci, et *infra*, n° 133, sur les désagréments causés par le fait d'être attrait contre son gré dans une procédure judiciaire ;

II. Compte tenu de l'échec de ces différentes approches, un autre angle d'attaque nous paraît nécessaire. Il consiste en la combinaison de deux principes distincts issus du droit commun.

Ainsi, l'absence de contestation du tiers au moment où il traite avec le mandataire pourrait d'abord s'analyser en une *renonciation* à contester ultérieurement les pouvoirs de celui-ci. On pourrait, en ce sens, relever que, dans son arrêt du 6 février 2006, loin de se contenter d'une absence de contestation du travailleur, la Cour prend le soin de relever que celui-ci « ne se présente plus au travail, comme le ferait toute personne réellement licenciée », semblant ainsi exiger une attitude dépourvue d'ambiguïté. On sait en effet qu'au terme d'une jurisprudence constante, les renonciations ne se présument pas et ne peuvent se déduire que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation (1068).

Toutefois, cette limitation rend éminemment fragile le fondement envisagé, si du moins on tente de le généraliser à toutes les hypothèses. En effet, on a déjà mis en évidence depuis longtemps le caractère artificiel de toute démarche consistant à sonder les reins et les cœurs des individus pour tenter d'y discerner une renonciation à leurs droits, alors qu'il s'agit bien souvent d'un simple silence susceptible de multiples interprétations (1069). Si l'on peut donc admettre que le tiers, qui décide volontairement de conclure une convention avec un représentant sans exiger au préalable la preuve des pouvoirs de son interlocuteur, renonce nécessairement à contester ultérieurement ceux-ci, cette thèse paraît beaucoup plus difficile à soutenir lorsque le tiers ne fait que subir l'intervention du représentant qui lui adresse par exemple un acte unilatéral de congé.

Une autre approche paraît dès lors nécessaire à titre complémentaire. Celle-ci tente d'expliquer la règle posée par les arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 par le recours au *principe de bonne foi*. Le tiers « manquerait en effet à la loyauté en surprenant son cocontractant par une contestation tardive des pouvoirs

comp. également *infra*, n^{os} 134 et s., sur le fondement du § 174 du BGB et de l'article 3:71 du NBW.

(1068) Voy. *supra* les références citées à la note n^o 758.

(1069) Cons. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, pp. 735 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n^o 1616, p. 2207.

du représentant de ce dernier et en l'empêchant de confirmer l'existence des pouvoirs qui pourraient être verbaux » (1070).

Cette combinaison entre le régime des renonciations et le principe de l'exécution de bonne foi des conventions invite à apprécier de manière nuancée le régime du mandat incontesté en fonction de l'intensité des liens qui unissent le tiers au représenté (II). Replacé dans le contexte du droit comparé (III), ce régime ne va cependant pas sans susciter certaines interrogations sur le plan de la théorie générale des obligations (IV).

II. – Variétés de tiers

129. Tentative de systématisation. Si l'on admet que le régime du mandat incontesté qui se dégage des arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 découle de la combinaison des principes relatifs aux renonciations implicites et à la bonne foi (1071), il paraît possible de proposer une échelle décroissante des différentes catégories de tiers en fonction de l'intensité de leurs relations avec le représenté.

On distinguerait ainsi le tiers qui a consenti à traiter avec le représentant en cette qualité, le tiers non consentant, qu'il soit ou non en relation contractuelle avec le représenté, et enfin le tiers destinataire d'un acte de procédure.

130. Tiers consentant. Au summum de cette intensité se situe celui que nous avons nommé le « tiers consentant », à savoir le tiers qui accepte volontairement de traiter avec le représentant en cette qualité (1072). Tel est notamment le cas du tiers contractant, c'est-à-dire le tiers qui contracte avec le représentant agissant au nom du représenté.

Dans ce cas, il paraît aisé d'admettre que ce tiers, qui s'est engagé de manière ferme, ne puisse plus ultérieurement se délier sous le prétexte que le représentant n'aurait pas eu les pouvoirs

(1070) P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 102 ; voy. aussi B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB et P. NAEYAERT, *o.c.*, *T.P.R.*, 2010, n° 44, p. 637.

(1071) Voy. *supra*, n° 128, II.

(1072) Sur cette terminologie, voy. *supra*, n° 118.

nécessaires pour traiter avec lui (1073). Nous avons vu, au demeurant, que lorsqu'il contracte avec un représentant sans pouvoir, le tiers n'en est pas moins lié par un engagement obligatoire, même si les effets principaux de celui-ci sont temporairement paralysés (1074). Il doit en aller de même lorsque le tiers adresse librement à un représentant un acte unilatéral destiné à affecter le représenté, car, dans ce cas également, le tiers est lié par cet acte (1075).

On observera à cet égard que pour J. Vananroye, le tiers contractant ne devrait pas être privé du droit de contester les pouvoirs du représentant dans un délai raisonnable, « b.v. indien er twijfel rijst omtrent de bevoegdheid van de vertegenwoordiger » (1076). Cette hypothèse paraît toutefois déjà prise en considération par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 septembre 1964, qui envisage que le tiers s'abstienne de demander la production d'une procuration avant de traiter avec le mandataire « notamment parce qu'il a une certitude suffisante quant à l'existence et à l'étendue du mandat ». La référence faite à une « certitude suffisante » implique à notre sens nécessairement le risque, même minime, que celle-ci soit ultérieurement démentie. Cette seule circonstance ne nous paraît toutefois pas autoriser le tiers à revenir sur son engagement, puisqu'en se contentant de cette « certitude suffisante », il décide en quelque sorte de prendre en charge ce risque (1077).

Au demeurant, la possibilité de contester les pouvoirs du représentant dans un délai raisonnable n'apparaît pas dans l'arrêt du 18 septembre 1964, et n'est formulée que dans l'hypothèse très spécifique de

(1073) P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 102 ; E. GAILLARD, *o.c.*, *D.*, 1983, jur., III, 1°, p. 414 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 91, p. 91 ; voy. également R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, *o.c.*, n° 119, p. 208, qui fonde cette solution sur l'idée que le tiers a dû réfléchir avant de donner son consentement à l'acte et sur la sécurité juridique dynamique (« La facilité qu'il faut donner pour conclure les contrats commodément l'exige ainsi »).

(1074) Voy. *supra*, n° 125.

(1075) Sur l'engagement par déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligation, cons. not. C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2005 ; M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 21 et s. ; L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, pp. 17 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *J.T.*, 1982, pp. 144 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n°s 704 et s., pp. 1034 et s.

(1076) J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45, note n° 66.

(1077) Comp., sur la prise en charge du risque d'erreur substantielle, les références citées *supra* à la note n° 739.

l'acte unilatéral de congé par l'arrêt du 6 février 2006, au motif selon nous que dans l'hypothèse d'un acte unilatéral dont il est le destinataire, le tiers n'a pas eu la possibilité d'interroger au préalable le représentant sur l'étendue de ses pouvoirs. Rien ne justifie dès lors à notre sens d'étendre cette possibilité à l'hypothèse du tiers consentant qui a eu tout le loisir d'interpeller le représentant sur ce point (1078).

En toute hypothèse, l'intérêt de la question est limité puisque le tiers consentant ne peut opposer aucun droit acquis à une ratification par le représenté (1079). Dès lors, même si l'on devait admettre qu'il pût se prévaloir de l'absence de pouvoir du représentant, il n'en serait pas moins tenu rétroactivement par la ratification émanant du représenté.

131. Tiers non consentant en relation contractuelle avec le représenté. Une deuxième catégorie de tiers comprend les personnes en relation contractuelle avec le représenté et qui sont les destinataires d'un acte unilatéral émis par un représentant au nom de ce représenté. Telle est la situation de l'employeur, visé par l'arrêt du 18 septembre 1964, qui reçoit de la part d'un syndicat une demande de réintégration d'un travailleur protégé, ou du travailleur, envisagé par l'arrêt du 6 février 2006, auquel le secrétariat social de son employeur adresse un congé. Dans ces cas, et compte tenu des relations contractuelles préexistantes entre le tiers et le représenté, on peut admettre que les exigences de la bonne foi imposent au tiers, comme l'a décidé l'arrêt du 6 février 2006, de réagir dans un délai raisonnable s'il conteste que l'acte notifié par le représentant ait bien reçu l'aval du représenté (1080).

132. Tiers non consentant sans relation contractuelle avec le représenté. Tout autre nous paraît être la situation du « véritable » tiers qui se verrait contraint de traiter avec un représentant prétendant agir au nom d'un représenté avec lequel le tiers n'entretient aucune relation contractuelle (1081). Dans ce cas, en

(1078) Voy. aussi l'extrait du Rapport Van Reepingen reproduit *infra*, n° 133.

(1079) Voy. *infra*, n° 151.

(1080) P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, pp. 102 et s. Comp. J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 9, p. 44, pour qui le tiers non consentant en relation contractuelle avec le représenté devrait jouir de la même protection que le tiers qui lui est entièrement étranger.

(1081) P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 103.

effet, il ne semble pas que l'on puisse reprocher au tiers d'avoir manqué de diligence en s'abstenant de contester sans retard le pouvoir d'accomplir cet acte qu'il n'avait nullement sollicité. Au demeurant, et sous réserve peut-être du tiers commerçant (1082), le silence du tiers ne pourrait en principe s'interpréter comme une renonciation à contester les pouvoirs du représentant. Il reste, bien sûr, que le représenté pourra toujours ratifier l'acte accompli en son nom, mais sous réserve alors de ne pas porter atteinte à des droits acquis dans l'intervalle par le tiers (1083).

Si cette analyse est exacte, cela signifie que la solution des arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 – qui concernaient chacun des « tiers de la deuxième catégorie » – ne pourrait être étendue aux véritables tiers. Ceux-ci demeureraient donc recevables à soulever l'absence de pouvoir du représentant en principe sans limite de temps, sous réserve des délais ordinaires de prescription et d'un éventuel abus de droit.

133. Tiers non consentant destinataire d'un acte de procédure. Une quatrième catégorie regroupe enfin les tiers destinataires d'un acte de procédure, qu'ils soient ou non en relation contractuelle avec le représenté. Les règles du droit judiciaire viennent en ce cas nuancer les solutions du droit civil.

I. Ainsi, l'article 848 du Code judiciaire dispose :

« Dans le cas où un acte de procédure aurait été accompli au nom d'une personne en l'absence de toute représentation légale sans qu'elle l'ait ordonné, permis ou ratifié, même tacitement, elle pourra demander au juge de le déclarer non avenu.

Il en sera de même des actes d'instruction accomplis et des décisions rendues ensuite de l'acte ainsi déclaré non avenu.

(1082) « Dans les affaires commerciales, il est généralement admis, dans un souci de sécurité et d'efficacité des échanges juridiques, que le commerçant a l'obligation de réagir aux lettres lorsqu'il ne peut marquer son accord sur leur contenu. » (E. DIRIX et G.-L. BALLON, *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, n° 203, p. 143). La question est toutefois plus délicate lorsque le document contre lequel le commerçant s'abstient de protester à temps ne vise pas à établir l'existence d'une convention entre les parties (comp. *o.c.*, n° 207, p. 147, et n° 220, p. 153).

(1083) Voy. *infra*, n°s 153 et s.

Les autres parties litigantes peuvent introduire les mêmes demandes à moins que la personne au nom de laquelle l'acte a été accompli ni le ratifie ou ne le confirme en temps utile » (1084).

Il en résulte que le tiers destinataire d'un acte de procédure (qualifié par le dernier alinéa de l'article 848 d'« autre partie litigante ») peut contester en tout état de cause les pouvoirs du représentant ayant accompli cet acte au nom d'autrui, et ce, même en degré d'appel, voire pour la première fois à l'encontre d'une décision passée en force de chose jugée par l'introduction d'une requête civile (article 1133, 6°, du Code judiciaire). Le tiers n'est donc nullement tenu ici d'élever cette contestation dans un délai raisonnable.

Bien que l'article 849, alinéa 2, du Code judiciaire permette d'introduire la demande de désaveu avec une « voie de recours » non autrement précisée, il paraît douteux qu'elle puisse être jointe à un pourvoi en cassation, dès lors que la Cour est en règle sans pouvoir pour apprécier les faits de la cause (1085). Dès lors, il ne paraît pas possible par exemple d'introduire à l'appui d'un pourvoi une demande de désaveu dirigée contre un acte de procédure accompli devant le juge du fond lorsque l'absence de pouvoir du représentant ne ressort pas des pièces auxquelles la Cour de cassation peut avoir égard. On sait, cependant, que l'interdiction faite à la Cour de connaître du fond des affaires (article 147 de la Constitution) ne l'empêche pas pour autant « de rechercher et d'examiner – parfois même au prix d'appréciations très fines, voire subjectives – toutes les questions touchant aux faits de l'instance de cassation » (1086). Par conséquent, dès lors que la recevabilité de celui-ci en dépend, la Cour se reconnaît le pou-

(1084) L'article 849 du même Code précise à cet égard :

« Lorsque l'affaire est pendante devant le juge, au premier ou au second degré de juridiction, la demande en désaveu prévue à l'article 848 est formée selon les règles des interventions.

Si une voie de recours demeure ouverte, la demande en désaveu peut être introduite ensemble avec cette voie de recours.

Dans les autres cas, la demande en désaveu est formée ensemble avec la requête civile, comme il est dit à l'article 1134. [...] ».

(1085) Ainsi, est irrecevable le moyen requérant un examen des faits pour lequel la Cour est sans pouvoir (Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 428). Dans le même sens, P. DEPUYDT, *o.c.*, *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, n° 170, pp. VI.4-25 et s.

(1086) P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », *R.P.D.B.*, compl. tome XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 143 et s., n° 263, p. 195. Pour une illustration frappante, voy., dans le cadre de l'affaire Fortis, Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 114, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, décision retenant l'existence d'une intention de nuire dans le chef des défendeurs en cassation qui avaient retiré l'élection de domicile faite en degré d'appel dans le seul objectif de rendre

voir d'apprécier elle-même les pièces produites par le demandeur en cassation à l'appui du mémoire en réplique, introduit à la suite du désaveu formé par le défendeur en cassation, pour en déduire l'existence d'une ratification du pourvoi (1087).

Pour le reste, nous ne partageons pas l'opinion de J. Vananroye selon laquelle le tiers ne pourrait plus contester l'absence de pouvoir du représentant dès que la décision est passée en force de chose jugée (1088). D'après cet auteur, le tiers excéderait ainsi nécessairement le délai raisonnable dans lequel il est autorisé à contester les pouvoirs du représentant. Toutefois, ainsi que nous avons eu l'occasion de l'indiquer, ce délai raisonnable découle selon nous uniquement des exigences de la bonne foi, lesquelles ne paraissent pas imposer au tiers attrait contre son gré dans une procédure judiciaire de réagir dans un délai raisonnable. Plus fondamentalement, cette thèse ne paraît guère conciliable avec le texte de l'article 1133, 6°, du Code judiciaire, qui ne réserve nullement ce cas de requête civile au seul représenté (1089).

II. Le rapport du Commissaire royal à la réforme judiciaire justifie ce régime particulièrement souple du désaveu dans les termes suivants :

« [...] la règle proposée par le Code en projet s'écarte des règles du droit civil lorsqu'il permet non seulement à la partie au nom de qui l'acte a été accompli, mais aussi aux autres parties litigantes de demander que l'acte soit déclaré non avenu. En principe, les nullités résultant de l'incapacité d'une partie sont relatives. Mais en l'espèce, bien que le lien né de l'instance ait été souvent qualifié de contrat judiciaire, la partie adverse n'a pas conventionnellement consenti à comparaître devant le juge : elle y est légalement invitée et c'est à ses risques et périls qu'elle prendrait le libre parti de s'y refuser. La citation l'engage dans le réseau du procès qui l'expose à des incidents, des frais, des condamnations. Il est juste et raisonnable que nul ne doive être astreint à cette épreuve si la personne qui apparemment

l'introduction du pourvoi beaucoup plus difficile, lente et onéreuse, de sorte que ce retrait ne peut être pris en considération pour apprécier la régularité du pourvoi.

(1087) Voy. Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 497, point 9, *A.C.*, 2012, n° 497, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL.

(1088) En ce sens, J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 46.

(1089) Selon cette disposition, « [l]a requête civile est ouverte pour les causes suivantes : [...] 6° si la décision est fondée sur un acte de procédure accompli au nom d'une personne, sans qu'elle ait soit donné mandat exprès ou tacite à cette fin, soit ratifié ou confirmé ce qui a été fait. »

l'y mène, ne l'a en vérité ni ordonné ni permis ni ratifié, même tacitement » (1090).

Si l'analyse de l'absence de pouvoir en termes de capacité paraît discutable (1091), en revanche, ce passage met bien en lumière le principe déjà développé selon lequel le tiers qui a librement consenti à traiter avec un représentant ne peut plus ultérieurement revenir sur les pouvoirs de celui-ci (1092). Par ailleurs, il distingue à juste titre cette situation de celle où le tiers est contraint malgré lui de traiter avec le représentant et où il ne serait dès lors ni « juste » ni « raisonnable » – c'est-à-dire où les exigences de la bonne foi n'imposent pas – de lui interdire de contester, fût-ce au-delà d'un délai raisonnable, les pouvoirs du représentant.

Une idée similaire se trouve à la base de la jurisprudence de la Cour de cassation de France décidant que « les règles de la gestion d'affaires ne peuvent avoir pour conséquence de contraindre un tiers à accepter un débat judiciaire engagé par un demandeur agissant comme gérant d'affaires » (1093). Ici également, on ne peut donc contraindre le tiers à prendre part contre son gré à une procédure initiée par un représentant dont les pouvoirs sont incertains.

III. Cette possibilité largement ouverte de désaveu du représentant en justice est toutefois nettement plus étroite lorsque celui-ci revêt la qualité d'avocat. En effet, l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit que « [l]'avocat comparaît comme fondé de pouvoirs sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial » (1094). Cette disposition est interprétée

(1090) *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1963-1964, n° 60, p. 205.

(1091) *Voy. supra*, n°s 120 et s.

(1092) *Voy. supra*, n° 130.

(1093) Cass. fr., 27 octobre 2004, *Bull.*, 2004, III, n° 183 ; Cass. fr., 3 mars 1992, n° 90-13136 ; Cass. fr., 9 mars 1982, *Bull.*, 1982, I, n° 104 ; Cass. fr., 19 décembre 1973, *Bull.*, 1973, I, n° 362 ; sur cette jurisprudence, voy. R. BOUT, « Art. 1372 à 1375 », *J.Cl. Code civil*, Paris, LexisNexis, 2008, n° 123 ; P. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Gestion d'affaires*, Paris, Dalloz, 2008, n° 57, p. 9 ; I. SAMOY, « Zaakwaarneming : de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging », *R.G.D.C.*, 2007, pp. 3 et s., n° 15, p. 8.

(1094) Sur l'interprétation de cette disposition tant devant le juge judiciaire que devant les juges administratif et constitutionnel, nous nous permettons de nous référer à notre étude, « L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'État », *C.D.P.K.*, 2006, pp. 623 et s., n°s 19 et s., pp. 636 et s., et références citées. ; *adde* depuis lors R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « La représentation des SA devant le Conseil d'État », *R.P.S.*, 2012, pp. 241 et s. ; C. CLOTTENS, « De (niet)-ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een n.v. », note sous C.E., 12 décembre 2005, *N.V. Esha België*, n° 152.522, *T.R.V.*, 2006, pp. 52 et s. ; X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008,

de manière extensive par la Cour de cassation qui en déduit que « l'avocat qui, devant une juridiction de l'Ordre judiciaire, accomplit un acte de procédure et qui se limite dans cet acte à déclarer agir au nom d'une personne morale dûment identifiée par l'indication de sa dénomination, sa nature juridique et son siège social est légalement présumé avoir reçu à cette fin un mandat régulier d'un organe compétent de cette personne morale » (1095). Il en résulte que l'avocat qui prétend agir en justice au nom d'une personne morale sera, en règle, dispensé de devoir justifier de ses pouvoirs, même si ceux-ci sont contestés par le tiers, la présomption de mandat régulier ne pouvant être renversée par la seule circonstance que l'avocat refuse de produire la décision de la personne morale de le désigner comme mandataire *ad litem* ou que la partie adverse allègue être dans l'impossibilité de contrôler la régularité de cette décision (1096).

III. – Droit comparé

134. Droit allemand. Le § 174 du BGB prévoit que lorsque le mandataire investi d'un pouvoir de représentation accomplit un acte juridique unilatéral sans produire de procuration, cet acte est frappé d'inefficacité si son destinataire le rejette sans délai (*unverzüglich*) pour ce motif, à moins que le mandant n'ait porté au préalable les pouvoirs du mandataire à la connaissance du destinataire. À la suite d'un tel rejet, l'acte n'est pas susceptible de ratification (1097).

n^{os} 42 et s., pp. 505 et s. ; D. LINDEMANS, « Het mandaat *ad litem* van rechtspersonen en de regelmatigheid van de beslissing van de rechtspersoon om in rechte te treden », note sous Cass., 9 janvier 2007, *R.D.J.P.*, 2007, pp. 350 et s. Il convient également aujourd'hui de tenir compte du dernier alinéa de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 20 janvier 2014.

(1095) Cass., 12 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n^o 629 ; Cass., 9 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n^o 11 ; Cass., 17 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, n^o 189 ; Cass., 7 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, n^o 503 ; Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, n^o 244 ; Cass., 9 février 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 669 ; Cass., 22 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 182, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 196, avec les conclusions de M. le premier avocat général P. MAHAUX.

(1096) Cons. H. LAGA, « De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap. Enige bedenkingen omtrent bewijs en tegenbewijs van de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordiging van een N.V. of B.V.B.A. », *T.R.V.*, 1988, pp. 173 et s., n^o 9, p. 179 ; B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés. Statut, fonctionnement interne et représentation*, Bruxelles, La Chartre, 2005, n^o 903, p. 533 ; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB et P. NAEYAERT, *o.c.*, *T.P.R.*, 2010, n^{os} 45 et s., pp. 638 et s.

(1097) BAG, 13 décembre 2007, 6 AZR 145/07, *N.J.W.*, 2008, p. 243, *NZA*, 2008, p. 403, point 15 ; BAG, 19 avril 2007, 2 AZR 180/06, *NZA*, 2007, p. 1319, point 37 ; B. FRENSCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 174, n^o 6, p. 262.

Au premier abord, ce « droit de rejet » (*Zurückweisungsrecht*) fait immédiatement penser au régime du mandat incontesté qui se dégage des arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 de la Cour de cassation de Belgique. Une différence importante apparaît toutefois dans la finalité protectrice de la règle.

En effet, en droit belge, la règle tend principalement à protéger le *représenté*, puisqu'elle le dispense d'établir les pouvoirs de son représentant lorsque le tiers a tardé, au-delà d'un délai raisonnable, à contester les pouvoirs de ce représentant. En d'autres termes, *même si le représentant ne disposait pas des pouvoirs nécessaires*, son acte ne pourra plus être remis en cause par le tiers au-delà d'un délai raisonnable, ce qui constitue donc une alternative à la ratification. Ce n'est que dans une moindre mesure que la règle protège également le *tiers*, puisqu'à la condition de réagir promptement, il est autorisé à soulever l'absence de pouvoir du représentant, ce qui lui permet d'éviter de se trouver à la merci du représenté qui peut choisir de ratifier ou non l'opération.

En revanche, en droit allemand, le § 174 du BGB tend exclusivement à protéger le *tiers* puisque, *alors même que le représentant disposait des pouvoirs nécessaires pour agir*, l'acte sera privé d'efficacité lorsque le tiers a contesté ces pouvoirs dans un délai raisonnable. Cette disposition doit être rapprochée du § 180 du BGB qui, pour rappel, déclare nuls de plein droit les actes unilatéraux accomplis sans pouvoir (1098). À ce stade, toute ratification est encore impossible. Ainsi, le droit de rejet prévu par le § 174 du BGB se justifie, dans un but de protection du destinataire d'un acte unilatéral accompli au nom d'autrui, parce que, d'une part, ce destinataire n'a aucune certitude sur le point de savoir si celui qui se présente comme représentant dispose des pouvoirs nécessaires et, d'autre part, parce qu'au cas où le représentant ne disposerait pas de ces pouvoirs, une ratification par le représenté serait exclue par le § 180 (1099). Toutefois, si, lors de l'accomplissement de l'acte, le représentant a affirmé l'existence de ses pouvoirs sans que ceux-ci ne soient contestés par le tiers, alors l'acte devient susceptible de ratification (§ 180, 2^e phrase).

Afin de bien comprendre l'articulation de ces deux dispositions, il faut savoir que le délai dans lequel la contestation des pouvoirs par le tiers visée au § 180 doit intervenir correspond en règle au délai dans

(1098) Voy. *supra*, n° 120

(1099) BGH, 18 décembre 2002, VIII ZR 141/02, point II, 3 ; BGH, 18 décembre 2002, VIII ZR 72/02, point II, 3.

lequel le droit de rejet visé au § 174 doit être exercé (1100). En pratique, un acte unilatéral accompli sans que le représentant n'établisse ses pouvoirs connaît donc deux phases. *Dans un premier temps*, l'acte est à la merci du tiers. S'il a été accompli sans pouvoir, il est de toute façon nul de plein droit et ne peut pas être ratifié par le représenté. De son côté, le tiers peut décider d'éviter toute discussion en rejetant d'emblée l'acte, peu importe que le représenté ait disposé des pouvoirs nécessaires et ait simplement omis de les établir à temps, ou qu'il ait véritablement agi sans pouvoir. *Dans un second temps*, c'est-à-dire à l'expiration d'un délai raisonnable, le tiers perd son droit de rejet et, simultanément, le représenté acquiert, le cas échéant, le droit de ratifier l'acte s'il avait été accompli sans pouvoir.

On voit donc qu'à la différence de la solution retenue en droit belge, le § 174 du BGB n'a pas pour but de limiter la possibilité pour le tiers de soulever l'absence de pouvoir du représentant, mais, au contraire, lui octroie *une possibilité supplémentaire d'attaquer l'acte*, alors même que le représentant aurait disposé des pouvoirs nécessaires. La ressemblance avec le régime du mandat incontesté qui se dégage de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique s'avère donc en définitive trompeuse.

135. Droit néerlandais. L'article 3:71, alinéa 1^{er}, du NBW prévoit que les déclarations faites par un mandataire peuvent être écartées comme non valables par leur destinataire si celui-ci a demandé immédiatement (*terstond*) la preuve du mandat et que la preuve de celui-ci ne lui est pas rapportée sans retard (*onverwijld*) (1101). Cette disposition vise à prémunir le tiers contre une situation d'insécurité juridique découlant du risque que le représenté refuse ultérieurement de reconnaître les effets de l'acte accompli par le représentant, par exemple dans le cas d'un congé. La loi ne protège toutefois le tiers

(1100) Voy. C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand traduit et annoté*, vol. I, Paris, Imprimerie nationale, 1904, art. 180, § II, p. 236 ; B. FRENSCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 180, n° 2, p. 271 ; H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 180, n° 1, p. 187 ; voy. égal. et comp. E. SCHILKEN, « §§ 164-181 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch I Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, pp. 1 et s., § 180, n° 7, p. 209 et K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 180, n° 9, p. 1790 (entre absents, la contestation doit intervenir « *unverzüglich* », terme également utilisé au § 174 ; entre personnes présentes, elle doit sinon intervenir « *sofort* », c'est-à-dire immédiatement).

(1101) Par exception, l'article 3:71, alinéa 2, prévoit que le tiers ne peut contester les pouvoirs du mandataire lorsqu'ils ont été portés à sa connaissance par le mandant, lorsqu'ils ont été rendus publics d'une manière prévue par la loi ou par l'usage ou encore lorsqu'ils découlent d'une désignation à une fonction connue du tiers.

qu'à la condition qu'il réagisse de manière alerte, c'est-à-dire immédiatement (1102).

Ici également, on pourrait penser reconnaître le régime du mandat incontesté dégagé par les arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 de la Cour de cassation de Belgique (1103). Un tel rapprochement est cependant trompeur. En effet, lu à la lumière du § 174 du BGB dont il est inspiré (1104), l'article 3:71 du NBW octroie au tiers la possibilité d'écarter comme non valable l'acte si le représentant, quoiqu'il disposait des pouvoirs nécessaires, ne parvient pas à les établir à temps (1105). En revanche, l'article 3:71 n'a nullement pour but d'empêcher le tiers de se prévaloir d'une absence de pouvoir véritable (1106). Une telle situation est réglée par l'article 3:69 du NBW (1107), dont l'alinéa 3 exclut toute ratification lorsque le tiers a fait savoir qu'il s'y opposait (1108). En d'autres termes, comme en droit allemand, mais à la différence du droit belge, l'absence de réaction du tiers ne constitue pas ici une alternative à la ratification.

On notera que l'article 3:71 du NBW a légèrement adapté le régime du § 174 du BGB, puisqu'un délai est cette fois octroyé au représentant pour produire la preuve de ses pouvoirs ; ce n'est qu'en l'absence d'une telle preuve que naît le droit de rejet (1109). En droit allemand,

(1102) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, o.c., n° 51, p. 62.

(1103) Voy. en ce sens J. VANANROYE, o.c., *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45, qui reformule cette disposition du NBW comme suit : « De tegenpartij die met een vertegenwoordiger te maken krijgt, kan m.a.w. diens bevoegdheid enkel binnen een beperkte tijd betwisten » ; comp. dans un sens similaire A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, Deventer, Kluwer, 1999, n° 18, p. 20, pour qui il découlerait de cette disposition que le mandataire pourrait, sans conséquence, refuser de donner suite à une demande de production de la procuration formulée par le tiers après l'expiration d'un délai raisonnable, mais qui estime cette solution déraisonnable et suggère dès lors une application par analogie de l'article 3:69, alinéa 4, du NBW (voy. sur cette dernière disposition *infra*, n° 144).

(1104) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, o.c., n° 51, p. 63.

(1105) A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, o.c., n° 18, p. 20.

(1106) « Wat moet er gebeuren, als er na enige tijd gerede twijfel ontstaat of er wel een toereikende volmacht is ? Art. 3:71 kan dan geen uitkomst bieden. [...] Blijkt er geen volmacht te zijn, dan kan alleen toepassing van art. 3:61 lid 2 [théorie de l'apparence] of bekrachtiging de wederpartij uitkomst bieden » (J. HILMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 106, p. 113).

(1107) J. HILMA, « Art. 3:71 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 83 et s., n° 2, p. 83 ; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 71. (3.3.10) Bewijs van volmacht », *Vermogensrecht*, F. mob., Deventer, Kluwer, 2001, aant. 2.

(1108) Voy. *infra*, n° 144.

(1109) Aucun délai n'est prévu pour l'exercice de ce droit de rejet. Par analogie avec le droit allemand, la doctrine recommande cependant d'enfermer l'exercice de ce droit dans un délai raisonnable (voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, o.c., n° 51, p. 63 ; adde A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, o.c., n° 18, p. 20,

au contraire, le droit de rejet naît dès que l'acte a été accompli sans production de la procuration ; le représentant n'est donc pas admis à régulariser ultérieurement la situation.

136. Droit français. Curieusement, la contestation tardive des pouvoirs du représentant par le tiers destinataire d'un acte unilatéral ne semble guère avoir préoccupé la doctrine française qui, en étudiant la preuve du mandat dans les rapports avec les tiers, aborde uniquement la question de la preuve de celui-ci *par* le tiers (1110). On pourrait être tenté d'en déduire que le tiers peut contester sans limite de temps les pouvoirs du représentant, sous réserve, bien sûr, d'une ratification. Ce manque d'intérêt de la doctrine française pour la question de la preuve du mandat par le tiers peut toutefois s'expliquer par le fait que, selon la jurisprudence majoritaire, l'acte accompli sans pouvoir par le représentant est frappé d'une nullité relative ou d'une inopposabilité, dont en tout cas seul le représenté peut se prévaloir (1111). Dès lors, le tiers n'est pas admis à soulever l'absence de pouvoir du représentant, non pas pour des motifs de preuve, mais pour des raisons touchant à la qualité requise pour agir en nullité ou en inopposabilité, et ce – à la différence du droit belge –, même s'il conteste les pouvoirs du représentant dans un délai raisonnable (1112).

137. Synthèse. Les différences de régime du mandat incontesté en droits belge, allemand, français et néerlandais peuvent être synthétisées au moyen du tableau suivant.

qui suggère de permettre au représenté de mettre le tiers en demeure de prendre position, par application analogique de l'article 3:55, alinéa 2, du NBW).

(1110) Voy. not. P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz, o.c.*, n^{os} 170 et s., pp. 29 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n^o 565, p. 306 ; M. MEKKI, « Preuve de l'existence et de l'étendue du mandat », *JurisClasseur Civil Code*, art. 1984 à 1990, fasc. 30, Paris, LexisNexis, 2009, n^o 37.

(1111) Voy. *supra*, n^o 120.

(1112) Sur ce rapprochement entre le régime du mandat incontesté en Belgique et la sanction de l'absence de pouvoir par une nullité relative en France, voy. également F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie, o.c.*, n^o 46, p. 57.

	Droit allemand	Droit néerlandais	Droits belge et français
Hypothèse 1 Représentant avec pouvoir			
a) Le tiers ne réagit pas au-delà d'un délai raisonnable	Représentation	Représentation	Représentation
b) Le tiers conteste les pouvoirs dans un délai raisonnable et le représentant établit ses pouvoirs à temps	Pas de représentation (§ 174 BGB)	Représentation	Représentation
c) Le tiers conteste les pouvoirs dans un délai raisonnable et le représentant ne les établit pas à temps	Pas de représentation (§ 174 BGB)	Pas de représentation (art. 3:71 NBW)	Représentation (aucun délai imposé au représentant pour établir ses pouvoirs)
Hypothèse 2 Représentant sans pouvoir			
a) Le tiers ne réagit pas au-delà d'un délai raisonnable	Pas de représentation Ratification possible (§ 180, 2 ^e phrase, BGB)	Pas de représentation Ratification possible	Représentation (B: Cass. 18 sept. 1964)
b) Le tiers conteste les pouvoirs dans un délai raisonnable	Pas de représentation Ratification impossible (§ 180, 1 ^{re} phrase, BGB)	Pas de représentation Ratification impossible (art. 3:69, al. 3 NBW)	F: Représentation B: Pas de représentation Ratification possible

IV. – Appréciation critique

138. Effet rétroactif au sens large du mandat incontesté.
Après avoir tenté de décrire le régime du mandat incontesté tel qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour de cassation, le moment est maintenant venu de prendre un peu de recul et de réfléchir aux implications de cette institution dans un contexte plus vaste.

À cet égard, bien que le régime du mandat incontesté soit formellement étranger au mécanisme de la ratification et à sa

dimension rétroactive, les deux questions se révèlent cependant être étroitement liées en pratique.

En effet, comme nous avons pu l'observer, l'interdiction faite au tiers de contester les pouvoirs du représentant à l'expiration d'un délai raisonnable – avec les variations importantes que nous avons relevées quant au terme de ce délai en fonction de la situation du tiers – constitue une manière habile, pour le représenté, de se soustraire à la limitation apportée à l'effet rétroactif de la ratification, laquelle ne peut porter atteinte aux droits acquis des tiers. Plutôt que de ratifier et d'encourir le reproche d'avoir porté atteinte à ces droits, mieux vaut donc parfois, pour le représenté, patienter silencieusement jusqu'à ce que le tiers soit déchu du droit de soulever l'absence de pouvoir. Même si, techniquement, cette déchéance est dépourvue d'effet rétroactif, tout se passera en pratique de la même manière que si la ratification avait pu rétroagir au préjudice de ces droits acquis. On peut dès lors y voir *une forme de rétroactivité au sens large* (1113).

Bien que consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation, la figure du mandat incontesté ne va pas cependant sans poser de questions. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons ainsi si elle n'est pas révélatrice d'une limitation excessive de la possibilité de ratifier un acte avec effet rétroactif ; si elle est bien compatible avec le caractère facultatif de la théorie de l'apparence ; et, enfin, si la sanction encourue par le tiers est conforme aux principes du droit commun. Sans vouloir apporter de réponse définitive à ces questions, celles-ci incitent en tout cas à penser que le régime du mandat incontesté ne se concilie pas parfaitement avec le reste de l'ordre juridique et pourra dès lors être encore appelé à évoluer au cours des années à venir (1114).

139. Première difficulté – Concurrence fonctionnelle avec le régime de la ratification. Tout d'abord, on ne peut se défaire de l'impression que, par la figure du mandat incontesté, la Cour de cassation reprend en quelque sorte d'une main au tiers ce qu'elle lui a donné de l'autre. En effet, même si les plaideurs ne pensent pas systématiquement à se prévaloir de l'arrêt du 18 septembre 1964, il y a fort à parier en effet que la plupart des cas où le tiers

(1113) Sur cette notion, voy. *supra*, n^{os} 58 et s.

(1114) Voy. déjà *supra*, n^o 19.

pourrait s'opposer avec succès à l'effet rétroactif de la ratification seraient susceptibles d'entrer dans les prévisions de cette jurisprudence.

Le tiers se trouve en effet dans une situation délicate : s'il conteste immédiatement les pouvoirs du représentant, le représenté se trouvera encore souvent dans le délai utile pour ratifier l'acte ; mais s'il tarde trop, il risque d'être déchu du droit de se prévaloir de l'absence de pouvoir du représentant, dans les cas du moins où il est tenu de réagir dans un délai raisonnable (1115) ; enfin, dernière hypothèse, s'il soulève l'absence de pouvoirs immédiatement après l'expiration du délai utile pour ratifier, ne court-il pas le risque qu'on l'accuse d'abuser de son droit ?

Le régime du mandat incontesté et celui de la ratification se trouvent ainsi dans un rapport de *concurrency fonctionnelle*, dans la mesure où ces deux institutions permettent toutes deux d'opposer aux tiers un acte accompli sans que les pouvoirs requis puissent être établis. Comme on l'a dit, le mandat incontesté constitue en d'autres termes une alternative à la ratification.

Toutefois, dès lors que ces deux institutions sont dotées de conditions d'application différentes, les droits acquis des tiers jouiront d'une protection différente dans l'un et l'autre cas. Cette situation apparaît problématique au regard de la cohérence du système. En effet, le maintien dans l'ordre juridique de deux règles qui, sans être formellement incompatibles, se neutralisent mutuellement pour une large part, incite à réfléchir sur la rigidité peut-être excessive de la règle neutralisée (1116).

En l'occurrence, il est dès lors permis de s'interroger sur la sévérité avec laquelle la Cour de cassation refuse au représenté la possibilité de ratifier un acte après l'expiration du délai de rigueur

(1115) Nous avons vu, à cet égard, que l'arrêt du 6 février 2006 semble considérer que ce délai raisonnable doit être respecté en toutes circonstances, bien qu'à notre sens il ne concerne pas le tiers sans lien contractuel avec le représenté (voy. *supra*, n° 132).

(1116) Pareille observation est assez fréquente en droit international privé, où, par exemple, les nombreuses tentatives des juges du fond pour contourner la règle de conflit posée par l'arrêt *Pirlet-Bologne* (Cass., 17 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1111, avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT), en recourant notamment à la technique du renvoi, ont finalement conduit le législateur à abandonner entièrement cette règle de conflit lors de l'adoption de l'article 99 du Code de droit international privé (cons. à ce propos F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, o.c.*, n°s 15.8 et s., pp. 923 et s., spéc. n° 15.12, p. 927).

dans lequel il devait être accompli (1117). Il en va d'autant plus ainsi que l'analyse comparée a montré à quel point le régime du mandat incontesté élaboré par la Cour de cassation se distingue par la faveur dont il témoigne vis-à-vis du représenté, au détriment des intérêts des tiers (1118). Un traitement aussi exceptionnel ne serait sans doute plus nécessaire si la ratification pouvait encore intervenir après l'expiration des délais de rigueur dans lesquels elle est pour le moment enserrée.

En effet, si l'on peut comprendre le désir de sécurité du tiers qui a besoin de savoir s'il doit ou non compter avec l'acte qui lui est adressé au nom du représenté, il est toutefois permis de se demander si ce tiers peut légitimement s'estimer surpris lorsque ce représenté déclare ensuite s'approprier cet acte, et ce, même après l'expiration du délai de rigueur dans lequel l'acte ratifié devait être accompli.

Ainsi, par exemple, l'intervention d'un représentant lors de la notification d'un motif grave ou de la soumission à un marché public se justifie parfois par la difficulté de réunir le conseil d'administration du représenté dans des délais souvent fort brefs. Lorsque le représenté ne peut être contacté à temps, le représentant qui ne dispose pas des pouvoirs nécessaires sera souvent enclin à accomplir néanmoins l'acte dans le délai légal, à titre conservatoire dans l'attente d'une ratification. Toutefois, en exigeant que cette ratification intervienne dans le même délai, on aboutit en pratique à rendre inutile l'acte conservatoire posé par le représentant sans pouvoir. Ne suffirait-il pas que l'acte soit accompli par le représentant sans pouvoir dans les délais légaux pour que le tiers soit suffisamment informé des intentions probables du représenté, auquel cas il devrait être encore accordé à ce dernier un délai supplémentaire pour approuver l'acte de son représentant même après l'expiration du délai de rigueur imparti pour accomplir l'acte ? (1119)

Afin de concilier au mieux les intérêts en présence, il pourrait dès lors être préférable de laisser au représenté un ultime délai pour ratifier, prenant cours par exemple à la réception d'une mise en demeure adressée par le tiers de prendre attitude (1120).

(1117) Voy. à ce propos *infra*, n° 157, II.

(1118) Voy. *supra*, n°s 134 et s.

(1119) Comp., mais dans le sens opposé, voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, p. 272, qui suggèrent que la personne qui notifie un congé pour motif grave au nom de l'employeur soit tenue de joindre une procuration de celui-ci ou de rapporter autrement la preuve de ses pouvoirs.

(1120) Comp. avec la possibilité reconnue au tiers dans certains droits étrangers de mettre en demeure le représenté de prendre position : voy. *infra*, n°s 143 et s.

Il est vrai, cependant, que la contradiction dénoncée ne concerne pas les actes de procédure, à l'égard desquels les tiers sont recevables à soulever l'absence de pouvoir du représentant sans limite de temps (1121). Cette possibilité se concilie en effet parfaitement avec l'interdiction faite au représenté de ratifier ces actes après l'expiration du délai de rigueur dans lequel ils devaient être accomplis. Il n'en demeure pas moins que, dans ce cas également, il pourrait se justifier d'accorder au représenté un ultime délai pour ratifier après l'expiration du délai de rigueur dans lequel l'acte ratifié devait être accompli. À cet égard, l'étude du droit comparé révèle que la possibilité de ratifier un acte de procédure après l'expiration des délais de recours n'a rien d'exceptionnel (1122).

140. Deuxième difficulté – Rapports avec la théorie de l'apparence. Une autre réflexion suscitée par le régime du mandat incontesté a trait à la théorie de l'apparence, dont il constitue en quelque sorte le miroir (1123).

En effet, la théorie de l'apparence a pour objet de permettre, à certaines conditions, au tiers qui a légitimement pu croire à l'existence des pouvoirs du représentant de se fonder sur ces pouvoirs apparents pour obliger le représenté (1124). Réciproquement, la règle examinée a pour effet de permettre au représenté de se fonder sur un acte à l'efficacité duquel il peut légitimement croire, puisque le tiers s'est abstenu de le contester au-delà d'un délai raisonnable, afin de lier ce tiers.

Cette symétrie est de nature à surprendre. Il est bien établi, en effet, que la théorie de l'apparence s'est développée dans l'intérêt du tiers, et présente dès lors pour lui un caractère *facultatif*. En d'autres termes, le tiers reste normalement toujours libre d'écarter l'apparence et de lui préférer la réalité de l'absence de pouvoir (1125). Le régime du mandat incontesté vient apporter à ce principe une exception dont l'importance ne doit pas être sous-estimée.

(1121) Voy. *supra*, n° 133.

(1122) Voy. *infra*, n° 159.

(1123) J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45.

(1124) Voy. Cass., 2 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 494 ; Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 357 ; Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 54 ; Cass., 20 juin 1988, précité à la note n° 981.

(1125) Voy. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 27, p. 92 ; B. TILLEMANS, *Le mandat, o.c.*, n° 458, p. 290 ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 211, p. 250.

Certes, ce ne serait pas la première fois qu'une règle, conçue à l'origine dans l'intérêt d'une partie, soit par la suite étendue dans l'intérêt de l'autre partie et poursuive dorénavant un objectif plus général de sécurité juridique.

Ainsi, par exemple, la règle interdisant aux sociétés anonymes d'opposer aux tiers les dépassements de leur objet social était conçue à l'origine dans un objectif de protection de ces derniers (1126). La Cour de cassation a cependant décidé, par un arrêt du 12 novembre 1987 que, réciproquement, « si l'acte est étranger à l'objet social ou dépasse celui-ci, les limites statutaires des pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont plus, en principe, qu'un effet purement interne et ne peuvent, dès lors, être invoqués par les tiers » (1127).

Dans le même ordre d'idées, nous avons plaidé pour que l'inopposabilité aux tiers des restrictions aux pouvoirs de représentation des administrateurs entraîne corrélativement l'impossibilité pour les tiers de se prévaloir de ces restrictions (1128).

Cependant, dans ces deux cas, la solution pouvait se prévaloir de l'objectif de sécurité juridique poursuivi par la première directive sur le droit des sociétés.

141. Troisième difficulté – Sanction du dépassement du délai raisonnable. Plus fondamentalement, il est permis de se demander si la sanction du dépassement du délai raisonnable, à savoir la perte pour le tiers du droit de se prévaloir de l'absence de pouvoirs du représentant, est bien en harmonie avec la théorie générale des obligations.

I. Si l'on peut admettre, en effet, que pareille sanction puisse résulter d'une renonciation par le tiers à ce droit et qu'une telle renonciation puisse se produire lorsque le tiers décide volontairement de traiter avec le représentant en cette qualité (1129), cette sanction paraît de prime abord plus malaisée à justifier lorsqu'elle repose uniquement sur les exigences de la bonne foi. N'y aurait-il

(1126) Voy. l'article 526 C.Soc., transposant l'article 9.1 de la directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (devenu l'article 10.1 de la directive 101/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009).

(1127) Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 385, note A. BENOIT-MOURY, *R.P.S.*, 1989, obs. D. MOUGENOT.

(1128) R. JAFFERALI, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2006, n^{os} 8 et s., pp. 628 et s.

(1129) Voy. *supra*, n^o 128, II.

pas là une résurgence de la défunte *rechtsverwerking* ? (1130) On sait, en effet, que la Cour de cassation a mis un coup d'arrêt à cette théorie en décidant qu'« une partie ne viole pas l'article 1134, alinéa 3, du Code civil consacrant le principe de l'exécution de bonne foi des conventions lorsqu'elle fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en ait abusé ; que, dans ces limites, le Code civil reconnaît implicitement à une partie la possibilité de ne pas exercer immédiatement le droit qui lui est conféré par le contrat, en établissant les règles de la prescription extinctive » (1131). En dehors de la théorie de l'abus de droit, il n'y a donc point de salut pour la fonction limitative de la bonne foi.

En s'inscrivant dans cette analyse, on pourrait donc être tenté de considérer que le tiers ne peut être déchu du droit de contester les pouvoirs du représentant que soit s'il (i) a expressément ou tacitement renoncé à faire valoir cette contestation, ou (ii) s'il abuse ce faisant de son droit. Sans doute admettra-t-on facilement, à cet égard, que le tiers qui néglige d'élever cette contestation dans un délai raisonnable excède les bornes de l'exercice raisonnable de son droit et abuse, partant, de celui-ci (1132). On ne perdra pas de vue, cependant, que la sanction de l'abus de droit n'est pas nécessairement la déchéance du droit, mais simplement la réduc-

(1130) Comp. J. VANANROYE, *o.c.*, T.R.V., 2004, n° 10, pp. 45 et s., qui voit dans l'arrêt du 18 septembre 1964 une forme de « *verwerking* ».

(1131) Cass., 20 février 1992, *Pas.*, 1992, p. 549 et les références citées aux notes (1) et (2) ; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1061. Cette solution est confirmée dans les termes suivants par Cass., 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 558, point 1 : « Un sujet de droit, titulaire d'un droit subjectif, ne perd pas l'action en justice appartenant à ce droit en ne l'exerçant pas immédiatement ou en ne continuant pas à l'exercer et pas davantage en adoptant une attitude faisant naître l'impression qu'il ne l'exercera pas ou ne continuera pas à l'exercer. L'action en justice se perd si le sujet de droit y renonce, en cas de prescription et si la loi prévoit des exceptions. En cas d'abus de la procédure, le juge peut, en outre, limiter l'exercice de l'action en justice. C'est notamment le cas si le sujet de droit exerce son action en justice ou continue à l'exercer sans intérêt raisonnable ou suffisant ou d'une manière qui excède manifestement les limites d'un exercice normal par une personne prudente et diligente. »

(1132) Voy. en ce sens A. VAN OEVELEN, « Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht », *R.W.*, 2011-2012, pp. 55 et s., n° 7, pp. 57 et s. Sur ce que les différentes hypothèses classiques d'abus de droit (usage du droit dans l'intention de nuire, choix de l'usage du droit de la manière la plus dommageable, usage d'un droit sans intérêt légitime, usage d'un droit causant un inconvénient disproportionné par rapport à l'avantage retiré, etc.) ne constituent pas une liste limitative des critères de l'abus de droit, cons. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 399, pp. 903 et s. Comp. cependant l'approche restrictive de Cass., 30 septembre 2013, n° C.12.0303.F, décidant que « [l]e seul fait de ne pas exercer un droit durant un certain temps n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de ce droit » (point 3).

tion de celui-ci à son usage normal. Si cette réduction peut, en fonction des circonstances concrètes, consister en la privation de la possibilité d'invoquer ce droit en l'espèce (1133) – ce qui ne se distingue guère en pratique de la déchéance de ce droit (1134) –, il n'en ira toutefois pas toujours ainsi.

Dans cette optique, sauf à admettre que les arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 trouvent leur fondement dans des règles propres au mandat – ce qui les dispenserait en quelque sorte de devoir tenir compte de l'évolution du droit commun des obligations (1135) –, ces observations inciteraient dès lors à reconsidérer la solution consacrée par ces arrêts. Sans la remettre fondamentalement en cause, elles inviteraient à nuancer celle-ci en évitant de sanctionner brutalement le tiers en raison de son inaction lorsque cette dernière n'a pu causer au représenté de véritable préjudice.

On peut songer à comparer cette situation à celle du tiers qui tarde abusivement à agir en justice. Tant qu'il reste dans les limites de la prescription, cette inaction ne devrait pas, en règle, être sanctionnée autrement que par la réduction du montant qu'il peut réclamer à titre d'intérêts ou par l'indemnisation des frais supplémentaires encourus par son adversaire en raison de la nécessité tardive de se défendre en justice. Toutefois, si de cette inaction est résultée la déperdition de preuves que l'adversaire aurait pu faire valoir à l'appui de sa défense, l'abus du droit d'agir pourra, le cas échéant, être sanctionné par le rejet de la demande (1136).

De la même manière, on pourrait considérer qu'en règle, l'absence de contestation par le tiers des pouvoirs du représentant dans un délai raisonnable ne devrait pas automatiquement lui interdire d'élever ultérieurement cette contestation. Toutefois, si cette négligence a par exemple rendu plus difficile la preuve des instructions données par le représenté à son représentant, la sanction préconisée par les arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 pourrait s'imposer.

(1133) Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 78, *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN, « De sanctie van misbruik van contractuele rechten ».

(1134) Sur cette question, voy. P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s., n° 12, p. 208 ; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 2001-2002, n° 4, p. 781 ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A.O.R.*, 2012/101, pp. 5 et s., n° 13, pp. 14 et s.

(1135) Il s'agit à la fois d'un atout et d'une faiblesse des solutions développées sous la forme d'une institution *sui generis*. Comp. *supra*, n° 128, I.

(1136) Voy. P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus... », *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, n° 31, p. 236 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1620, p. 2215. Pour une application, voy. Cass., 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 558.

II. À la réflexion, cependant, la condamnation de la théorie de la *rechtsverwerking* et la limitation de l'effet restrictif de la bonne foi au domaine de l'abus de droit ne nous paraissent pas nécessairement remettre en cause le régime du mandat incontesté.

On ne perdra pas de vue, en effet, qu'à côté de sa fonction limitative ou restrictive, le principe de bonne foi peut également, au titre de sa fonction complétive, être à la source d'obligations additionnelles pour les parties et que celles-ci peuvent dans certains cas produire « des effets normatifs qui s'avéreront restrictifs pour les parties [...] de sorte qu'affirmer que l'abus de droit épuise tous les effets restrictifs de la bonne foi est sans doute exagéré » (1137).

Dans cette mesure, il paraît donc possible de réintégrer le régime du mandat incontesté dans la théorie générale des obligations. En effet, le principe d'exécution de bonne foi des conventions impose au tiers, au titre de sa fonction complétive, l'obligation de se prévaloir dans un délai raisonnable de l'absence de pouvoir du représentant avec lequel il a traité ; à défaut, il sera déchu de la possibilité d'élever ultérieurement une contestation sur ce point, et ce, à titre de réparation en nature de son manquement à la bonne foi contractuelle.

On observera, du reste, que les aléas connus par la théorie de la *rechtsverwerking* n'ont pas remis en cause de nombreuses solutions bien ancrées en droit positif qui se caractérisent également par le devoir imposé à une partie de réagir dans un délai raisonnable, à peine d'être déchu de son droit (1138).

(1137) J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, o.c., n° 390.3, p. 891, qui donne à la note n° 182 les exemples suivants : « Pensons notamment à l'obligation de limiter le *quantum* du dommage qui peut avoir pour conséquence de limiter la prétention à indemnisation, ou à l'existence de devoirs fiduciaires complétifs qui, en venant s'ajouter à d'autres droits ou devoirs existant à la lumière de clauses contractuelles, ont pour effet de limiter indirectement ceux-ci ». Sur le premier exemple cité, *adde* S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 47 et s., n° 26, pp. 62 et s., qui relèvent que c'est « la bonne foi dans sa fonction complétive qui impose aux parties l'obligation de restreindre le dommage » et que néanmoins « [l]a violation de cette obligation, dans le cadre d'un contrat, est une faute de nature contractuelle qui aura comme effet que la victime du dommage sera privée de son droit à la réparation du préjudice que l'exécution de son obligation de restreindre le dommage aurait évité ou empêché ».

(1138) On pense ainsi au devoir de l'acheteur de dénoncer les vices apparents (cons. à ce propos H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, Poitiers, L.G.D.J., 2004, n^{os} 492 et s., pp. 489 et s. ; il est vrai que, dans ce cas, l'existence d'un tel devoir est plus facile à admettre, car il découle de dispositions légales et en particulier

§ 4. – *Effets de la ratification*

I. – Aperçu général

142. Droits belge et français. On admet généralement que la ratification produit des effets rétroactifs, à condition cependant de ne pas porter atteinte aux droits acquis dans l'intervalle par les véritables tiers (1139). En revanche, le tiers qui a traité volontairement avec le représentant subit intégralement l'effet rétroactif de la ratification.

Par conséquent, l'effet de la ratification sera examiné selon que celle-ci soit opposée au représenté (II), au représentant (III), à un tiers consentant (IV) ou à un autre tiers (V). On réserve toutefois le cas des actes de procédure (VI). Nous terminerons en synthétisant les principes dégagés et en illustrant leur application par la problématique de la ratification du congé pour motif grave (VII).

143. Droit allemand. Le droit allemand aborde différemment le statut de l'acte juridique accompli sans pouvoir selon qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou d'un contrat (1140). Ainsi, l'acte unilatéral n'est en principe pas susceptible de ratification (§ 180 du BGB) (1141). En

de l'article 1642 du Code civil) ou cachés (article 1648 du Code civil) dans la vente et, en l'absence de toute disposition légale en ce sens, au devoir similaire pesant sur le maître de l'ouvrage en matière de vices cachés dans l'entreprise (voy. à ce propos W. GOOSENS, *Aanneming van werk : Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, n° 1087, pp. 1012 et s. et références citées ; M. HOUBBEN, « L'exigence d'action à "bref délai" en matière de garantie des vices cachés : comparaison entre vente, bail et entreprise », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 283 et s. ; le principe apparaît en filigrane dans Cass., 14 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 633 ; Cass., 2 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 69 ; Cass., 4 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 227). Comp. également, en droit judiciaire, le regain d'intérêt pour le principe de loyauté procédurale qui, en interdisant à une partie de se contredire (voy. à ce propos J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction d'abjurer en cassation, même au nom de l'ordre public », note sous Cass., 31 janvier 2008, *R.C.J.B.*, 2008, pp. 566 et s. ; mais comp. les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN avant Cass., 4 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 512), n'est pas sans rappeler le mécanisme de la *rechtsverwerking*. — De manière générale, ces différents devoirs sanctionnés par une déchéance renvoient à la notion d'« incombance » ou *Obliegenheit* ; sur cette notion, cons. not. M. FONTAINE, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 301 et s., n° 9 et s., pp. 305 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n° 7, p. 19.

(1139) Voy. de même l'article II – 6:111 du **DCFR**.

(1140) Pour une première approche des actes accomplis sans pouvoir en droit allemand, voy. G. SCHIEMANN, « Das Rechtsgeschäft », o.c., *Eckpfeiler des Zivilrechts*, pp. 118 et s. ; M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, n° 100, pp. 76 et s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand*, tome I^{er}, o.c., n° 317, pp. 263 et s.

(1141) Voy. *supra*, n° 120.

outre, même si le représentant disposait dans les faits des pouvoirs nécessaires, le tiers pourra rejeter l'acte unilatéral s'il exige la preuve des pouvoirs et que le représentant se révèle incapable de la lui fournir (§ 174 du BGB) (1142). En revanche, en matière de contrats et, dans certains cas, d'actes unilatéraux, l'acte accompli sans pouvoir fait naître une situation d'attente (*Schwebezustand*) à laquelle la ratification ou son refus viendra mettre fin (§ 177 du BGB) (1143).

La ratification intervient en principe avec effet rétroactif (§ 184, alinéa 1^{er}, du BGB). Plusieurs tempéraments ont cependant été apportés à ce principe.

Premièrement, cet effet rétroactif n'existe que *sauf disposition contraire* (§ 184, alinéa 1^{er}, *in fine*, du BGB). Pareille disposition peut tout d'abord émaner des parties (1144). En revanche, selon la doctrine majoritaire, la rétroactivité ne peut être unilatéralement écartée par le ratifiant (1145). Mais, le plus souvent, c'est une autre disposition légale qui dérogera à l'effet rétroactif. Pareille dérogation ne devant pas nécessairement être expresse, il suffira que le but de la loi conduise à écarter l'effet rétroactif. C'est ainsi, par exemple, que l'effet rétroactif est généralement écarté en matière de prescription (1146) et de retards d'exécution (1147). Par ailleurs, lorsque l'acte ratifié devait être accompli dans un délai de rigueur, il convient de vérifier au regard du but de la loi s'il peut encore être ratifié après l'expiration de ce délai (1148).

Deuxièmement, l'effet rétroactif de la ratification ne porte pas atteinte aux *actes de disposition* accomplis par le ratifiant avant la ratification ou découlant d'une procédure d'exécution forcée ou d'insolvabilité à son encontre (§ 184, alinéa 2, du BGB). Bien que cette exception évoque spontanément le principe du respect des droits acquis des tiers connu en droit belge, la doctrine majoritaire conteste l'existence d'un tel principe en droit allemand (1149). Au contraire,

(1142) Voy. *supra*, n° 134.

(1143) Voy. *supra*, n° 125.

(1144) B. FRENSCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 4, p. 280 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 39, p. 325 ; H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 2, p. 192 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 51, n° 19, p. 935 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n° 1026, p. 404 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 11, p. 1836.

(1145) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n° 1026, p. 404. Sur la justification de cette solution, voy. *infra*, n° 147.

(1146) Voy. *infra*, n° 149.

(1147) Voy. *infra*, n° 151.

(1148) Voy. *infra*, n° 157.

(1149) K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 38, p. 1843 ; adde L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 204, IV, n° 3, p. 1242, pour qui le second alinéa du § 184 constitue une exception au principe

le § 184, alinéa 2, du BGB ne serait que l'application d'une règle plus générale, d'origine prétorienne, selon laquelle la ratification ne peut être valablement accomplie que pour autant que le ratifiant soit encore propriétaire, au moment de la ratification, de la chose qui fait l'objet de l'acte ratifié (1150). Ainsi, si, depuis l'accomplissement d'un acte par un représentant sans pouvoir, le représenté a disposé de la chose, alors il perd le pouvoir de ratifier (1151). En revanche, l'acte ratifié pourra dans certains cas recevoir rétroactivement effet alors qu'un tel effet rétroactif serait exclu en droit belge par l'existence d'un droit acquis des tiers (1152).

144. Droit néerlandais. Tout en consacrant dans l'ensemble des solutions similaires au droit belge, le droit néerlandais s'en écarte sur certains points particuliers.

La ratification d'un acte accompli sans pouvoir est régie par l'article 3:69 du NBW. Le premier alinéa de celui-ci prévoit que « [w]anneer iemand zonder daartoe bevoegd te zijn als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, kan laatstgenoemde de rechtshandeling bekrachtigen en haar daardoor hetzelfde gevolg verschaffen, als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was vericht. » Le ratifiant peut donc conférer à l'acte ratifié les mêmes effets que s'il avait été accompli en vertu d'un mandat. Cette formule évoque irrésistiblement l'adage *ratihabitio mandato comparatur*, encore que les auteurs insistent sur le fait qu'il ne s'agit pas véritablement pour le représenté de conférer un mandat après coup (1153). Il s'agit donc plutôt d'une fiction légale. Quoi qu'il en soit, on reconnaît à la ratification un effet rétroactif (1154). Celui-ci n'est cependant pas sans limite.

de l'effet rétroactif de la ratification posé à l'alinéa 1^{er} et doit dès lors être interprété restrictivement.

(1150) B. FRENCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 6, p. 280 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 45, p. 327 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 30, p. 1841. *Contra* : T. FINKENAUER, « Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläubensschutz », *AcP*, 2003, pp. 282 et s., spéc. pp. 298 et s.

(1151) Ce pouvoir passe alors sur la tête de l'acquéreur, mais la ratification émanant de celui-ci ne pourra rétroagir au-delà de la date de son acquisition (B. FRENCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 5, p. 280 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 27, p. 318 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n° 1028, p. 405).

(1152) Voy. *infra*, n° 157, I.

(1153) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 84, p. 98 ; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *o.c.*, *Vermogensrecht*, n° 2.

(1154) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 89, p. 103 ; J. HJMA, « Art. 3:69 », *o.c.*, *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, n° 3, p. 81 ; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *o.c.*, *Vermogensrecht*, n° 3.

Premièrement, la ratification n'est plus possible lorsque le tiers a fait savoir qu'il s'opposait à celle-ci, à moins qu'il ait connu l'absence de pouvoir du représentant ou n'ait pu raisonnablement ignorer celle-ci au moment où il a agi (article 3:69, alinéa 3, NBW) (1155). Cette règle, hostile à l'effet rétroactif de la ratification, diffère du droit belge, lequel refuse de reconnaître au tiers contractant le moindre droit acquis (1156) et dénie par ailleurs aux autres tiers la possibilité de puiser un droit acquis dans la seule absence de pouvoir du représentant (1157).

Deuxièmement, tout tiers intéressé – tel que le cocontractant ou un ayant cause à titre particulier (1158) – peut mettre le représenté en demeure de ratifier ou de répudier l'opération (article 3:69, alinéa 4, NBW). Cette règle, qui ne connaît pas d'équivalent direct en droit belge (1159), permet utilement au tiers de sortir d'une situation d'incertitude.

Troisièmement et enfin, l'article 3:69, alinéa 5, NBW dispose que « [r]echten door de volmachtgever vóór de bekrachtiging aan derden verleend, blijven gehandhaafd ». Il y a donc un principe du respect des droits acquis par les tiers, mais uniquement dans la mesure où ils ont été conférés par le représenté. La doctrine plaide toutefois pour une extension de cette protection à tous les droits acquis, même d'origine légale (1160).

(1155) Dès lors, lorsque le tiers n'agit pas, mais est seulement le destinataire d'un acte unilatéral, cette dernière exception ne trouve plus à s'appliquer, de sorte que le tiers peut toujours empêcher la ratification par une déclaration faite au représenté (J. HIJMA, « Art. 3:69 », *o.c.*, *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, n° 5, p. 81 ; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *o.c.*, *Vermogensrecht*, n° 6). Pour une critique de l'opportunité de la règle, qui fut introduite par le NBW, cons. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 85, p. 99. Antérieurement, le Hoge Raad décidait, sur la base de l'article 1844 du Code de 1838 (équivalent de l'article 1998 de notre Code civil), que le contrat conclu sans pouvoir liait le tiers contractant dans la mesure où il ne pouvait s'en dégager unilatéralement dans l'attente d'une éventuelle ratification de la part du représenté. Pareille solution se justifiait par la possibilité reconnue au tiers, sur la base de la même disposition, de mettre un terme à la situation d'incertitude dans laquelle il se trouvait et de recouvrer ainsi sa liberté moyennant le respect d'un préavis raisonnable (H.R., 30 avril 1948, *N.J.*, 1949, n° 253).

(1156) Voy. *infra*, n° 151.

(1157) Voy. *infra*, n° 157 ; adde J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 13, p. 48.

(1158) J. HIJMA, « Art. 3:69 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, *o.c.*, n° 6, p. 81 ; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *o.c.*, *Vermogensrecht*, n° 7.

(1159) Voy. *infra*, n° 158.

(1160) Ainsi, par exemple, les droits d'un créancier saisissant ne devraient pas pouvoir être anéantis par la ratification par le débiteur d'un acte de disposition du bien saisi accompli avant la saisie par un représentant sans pouvoir : voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 89, p. 104.

En revanche, le seul fait que l'acte posé sans pouvoir devait être accompli dans un délai de rigueur désormais expiré n'empêche pas, par lui-même, la ratification (1161). Ce principe, qui n'est pas totalement inédit (1162), est justifié par l'idée que les restrictions précitées à l'effet rétroactif de la ratification seraient suffisantes pour protéger les droits des tiers. Ainsi, il suffira par exemple au tiers qui aurait un intérêt au respect du délai de rigueur de faire savoir au représenté qu'il s'opposera à toute ratification pour empêcher celle-ci. Cette explication a toutefois de quoi surprendre le juriste belge, puisqu'on considère généralement dans notre pays que l'expiration d'un délai de rigueur confère précisément aux tiers un droit acquis dont la ratification ne peut les priver (1163).

II. – Effets à l'encontre du représenté

145. Principe – Effet rétroactif. Le principal effet de la ratification à l'égard du représenté est exprimé par l'article 1998, alinéa 2, du Code civil : il est désormais tenu par l'acte accompli en son nom par le représentant dénué de pouvoir.

Après avoir confirmé dans un premier temps ce principe, la jurisprudence de la Cour de cassation lui a ajouté une dimension temporelle : la ratification a non seulement pour effet de rendre l'acte accompli sans pouvoir obligatoire pour le représenté, mais celui-ci est en outre tenu comme si le représentant avait bénéficié dès l'origine du pouvoir d'agir en son nom. Elle est donc dotée d'un effet rétroactif.

Ainsi, dans un arrêt du 15 janvier 1857 (1164), la Cour décide que liée par une ventilation du prix de vente qu'elle avait ratifiée, la demanderesse était non recevable à en provoquer une autre. Elle se borne donc dans cette décision à reconnaître le caractère obligatoire de l'acte ratifié.

(1161) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 88, p. 103.

(1162) Voy. l'article 15, 6), de la Convention de Genève (UNIDROIT) du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (non en vigueur, ratifiée dans l'Union européenne par la France, l'Italie et les Pays-Bas) : « La ratification est valable même si, au moment de celle-ci, l'acte n'aurait pu être valablement accompli ».

(1163) Voy. *infra*, n° 157.

(1164) Cass., 15 janvier 1857, *Pas.*, 1857, I, p. 78.

La Cour va cependant un pas plus loin dans un arrêt du 20 juillet 1883 (1165) qui énonce :

« [...] que la convention faite par une personne qui agit sans pouvoir, au nom de tiers, est obligatoire pour ceux-ci, s'ils l'ont ratifiée ;

Qu'en effet, la ratification produit le même effet que le mandat qui aurait précédé la convention : *ratihabitio mandato aequiparatur* ; ».

Cette formule est répétée par un arrêt du 15 décembre 1932 (1166) qui ajoute que l'arrêt attaqué en a conclu à juste titre que « la ratification valant consentement de la part de la commune, a rétroagi jusqu'au jour où cette vente avait été conclue et que la vente était parfaite à l'égard des deux parties ».

De même, par un arrêt du 5 novembre 1979 (1167), la Cour décide que « par la ratification de l'engagement du porte-fort, le tiers [c'est-à-dire le représenté] s'approprie l'acte avec effet rétroactif entre parties au jour où il a été passé ».

Enfin, un arrêt du 21 septembre 1987 (1168) décide qu'en règle, lorsqu'une partie s'est portée fort à l'égard du cocontractant qu'un tiers contractera une obligation déterminée, et lorsque le tiers ratifie l'engagement, ce tiers est, « à partir du moment du porte-fort », censé être tenu d'exécuter cette obligation et est responsable comme mandant des actes accomplis par le promettant dans les limites de la mission présumée.

En doctrine également, l'effet rétroactif de la ratification est admis de manière constante, du moins dans les relations entre le représentant et le représenté (1169). Rares sont les auteurs qui s'écarterent de cette analyse.

(1165) Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 347 (premier moyen).

(1166) Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

(1167) Cass., 5 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75, note TAQUET et WANTIEZ.

(1168) Cass., 21 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 39.

(1169) Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, o.c., n° 446, pp. 442 et s. ; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 235 ; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, o.c., n° 166, p. 145 ; A. KLUYSKENS, *Beginnselen van burgerlijk recht*, deel IV, o.c., n° 526, p. 646 ; *Pand.*, tome LXI, v° *Mandat*, Bruxelles, Larcier, 1896, n° 587, p. 796 ; *R.P.D.B.*, tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, o.c., n° 451, p. 349 ; L. SIMONT, « Exposé introductif », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau, 1990, p. 7 et s., n° 19, p. 24 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, o.c., n° 424, p. 255 ; J. VANANROYE, o.c., *T.R.V.*, 2004, n° 5, p. 41 ; P. WÉRY, o.c., *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 207, p. 245 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 171, p. 171 ; **en France**, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, o.c., n° 789, p. 381 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 956, p. 461 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome VI, 6^e éd., Paris, Marescq et Dujardin, 1859, art. 1998, p. 601 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code*

Ainsi, Huc ne reconnaît à la ratification qu'un effet immédiat (1170). Quant à Laurent (1171), il oppose la confirmation, dotée à ses yeux d'un effet rétroactif, à la ratification qui en serait dépourvue. Selon lui, la ratification se distingue de la confirmation en ce que l'obligation confirmée existait avant la confirmation et produisait déjà tous les effets d'une obligation valable (1172). Au contraire, lorsque le représentant agit sans pouvoir, l'obligation qu'il contracte est inexistante à défaut de consentement du représenté. La convention ne naîtrait donc qu'au moment où ce consentement est exprimé par la ratification, laquelle ne pourrait rétroagir que par une fiction ; or, celle-ci ne pourrait être admise dans le silence de la loi.

Toutefois, outre que la convention conclue sans pouvoir n'est pas véritablement inexistante, ses effets étant simplement suspendus dans l'attente de la ratification (1173), on admet aujourd'hui qu'une fiction ne doit pas être expressément consacrée par la loi (1174). D'autre part, la comparaison faite par LAURENT entre la confirmation et la ratification nous conduit à des conclusions diamétralement opposées à celles qu'il en tire : parce que l'obligation nulle produit déjà tous ses effets dès avant la confirmation, la rétroactivité attachée à cette dernière ne peut être qu'une image dépourvue de conséquences juridiques propres (1175) ; à l'inverse, c'est bien parce que l'obligation contractée sans pouvoir ne sortit provisoirement aucun effet que la rétroactivité de la ratification est conceptuellement possible et susceptible de présenter un intérêt pratique.

Napoléon, tome VIII, o.c., n° 217bis, VI, p. 219 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, o.c., n° 372, p. 57 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n°s 42 et s., pp. 60 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, Paris, L.G.D.J., 1932, n° 1499, p. 857 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, o.c., n° 1075, p. 562 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, o.c., n° 244, p. 180.

(1170) « [...] la ratification faite par le maître ne change pas la nature des rapports établis par les affaires gérées antérieurement ; elle ne donne le caractère de mandat qu'à ce qui se fait après. Tel est le sens de la maxime *ratihabitio mandato comparatur* ; la ratification influe sur le passé en ce sens seulement que le maître qui a ratifié la gestion, n'est plus recevable à impugner les actes posés par le gérant, et qu'il est tenu, sans restriction, d'indemniser ce dernier » (T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome XII, o.c., n° 91, p. 118). Voy. sur cette conception *infra*, n° 162.

(1171) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, o.c., n° 74, pp. 80 et s.

(1172) Sur ce principe, voy. *supra*, n° 89.

(1173) Voy. *supra*, n° 125. Comp. d'ailleurs F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, o.c., n° 65, p. 67 : avant la ratification, « entre les parties, le mandataire et le tiers, la convention est valable, mais elle est étrangère au mandant, elle ne lui profite et ne lui nuit point ».

(1174) Voy. *supra*, n° 49.

(1175) Voy. *supra*, n° 97.

146. Fondement de la rétroactivité – Approche conceptuelle. Il est permis de s'interroger sur le fondement donné à la rétroactivité de la ratification.

La justification avancée par l'arrêt du 20 juillet 1883 est classique : la ratification donnée *a posteriori* équivaut à un mandat donné *a priori*. La formule, à laquelle l'usage du latin tend à conférer une autorité supérieure (*ratihabitio mandato comparatur*) (1176), est largement répandue dans la doctrine (1177) et se retrouve déjà dans les écrits de Pothier (1178). Elle se présente comme une fiction : bien qu'aucun mandat n'ait été donné, la ratification est assimilée à un tel mandat.

(1176) Sur l'origine de cette maxime, cons. G. PROCACCIA, « On the Theory and History of Ratification in the Law of Agency », *Tel Aviv U. Stud. L.*, 1978-1979, vol. 4, pp. 9 et s., spéc. pp. 13 et s. Comme l'observe judicieusement cet auteur, le mécanisme de la représentation parfaite ne jouissait pas d'une reconnaissance de principe en droit romain, de sorte que le contrat de *mandatum* ne permettait d'atteindre que ce que nous désignons aujourd'hui par le terme de représentation imparfaite (voy. à ce propos D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, o.c., p. 273 ; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C.H. Beck, 2008, § 11, n° 1, p. 75 ; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., pp. 45 et s.). Par conséquent, lorsque les textes utilisent l'expression « *ratihabitio mandato comparatur* » (voy. ainsi D., 43, 16, 1, 14 et D., 46, 3, 12, 4), ils ne signifient probablement pas, comme on l'entend aujourd'hui, que l'acte ratifié était attribué rétroactivement au ratifiant, puisque même dans l'hypothèse d'un acte autorisé dès l'origine, celui-ci aurait toujours d'abord produit ses effets sur la tête du mandataire avant que celui-ci n'en retransfère le bénéfice à son mandant. Dès lors, la maxime devait sans doute plutôt se comprendre comme impliquant une reprise de dette par le ratifiant (néanmoins rétroactive selon G. PROCACCIA, *ibid.*, p. 17). Cela étant, le caractère rétroactif de la ratification était admis dans d'autres fragments dans des hypothèses où, exceptionnellement, la représentation directe était autorisée, comme dans le cas de la *procuratio* (*ibid.*, p. 15 et s.). Il semble qu'à partir du Moyen Âge, les deux hypothèses aient été confondues et que la maxime *ratihabitio mandato comparatur* ait fini par être utilisée pour désigner une véritable forme de représentation parfaite (*ibid.*, p. 21).

(1177) Voy. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, o.c., n° 789, p. 382 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome VI, o.c., art. 1998, p. 601 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, o.c., n° 446, p. 442 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, o.c., n° 526, p. 645 ; *Pand.*, tome LXXXIII, v° *Ratification*, o.c., n° 74, col. 1542 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, o.c., n° 1071, p. 559 ; *R.P.D.B.*, tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, o.c., n° 451, p. 349 ; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, o.c., n° 514, p. 416 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 171, p. 171 ; adde le Rapport de Tarrible au Tribunal dans la séance du 16 ventôse an XII dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, o.c., p. 594 : « Si le commettant ratifie expressément ou tacitement ce qui a été fait au-delà du mandat, le vice de la transgression est effacé, et l'exécution du mandat produit les mêmes résultats que s'il avait contenu originellement des pouvoirs relatifs à tout ce qui a été fait ».

(1178) R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, Paris, Siffrein, 1821, n° 75, p. 134, qui ne fait cependant aucune allusion à l'effet rétroactif qui en découlerait.

C'est dans un ordre d'idée voisin que l'arrêt du 15 décembre 1932 complète cette explication en énonçant que la ratification vaut consentement de la part de son auteur : bien que l'auteur de la ratification n'ait pas été partie à l'acte accompli sans pouvoir, il est réputé par l'effet de la ratification y avoir consenti dès l'origine (1179).

Ces deux justifications souffrent cependant des faiblesses affectant la conception volontariste de la représentation (1180). En effet, elles paraissent impliquer qu'au moment où le représentant a agi sans pouvoir, le représenté aurait eu la possibilité, s'il l'avait voulu, de l'habiliter à agir en son nom. Or, cette prémisse ne se vérifie pas toujours, notamment lorsque le représenté se trouve à ce moment dans une situation d'incapacité (1181). Pourtant, il n'a jamais été suggéré que la reconnaissance d'un effet rétroactif à la ratification dépendrait de la possibilité effective qu'aurait eue le représenté de conférer un pouvoir au représentant au moment où celui-ci a agi. En réalité, le représenté ratifie directement l'acte juridique sans passer par la personne du représentant (1182).

Quant à la deuxième explication, elle est également critiquable en ce qu'elle paraît présupposer que l'acte accompli sans pouvoir n'aurait pas été valablement formé dans l'attente de la ratification, en l'absence du consentement exprimé par le représenté (1183). Or, nous avons vu que l'acte accompli sans pouvoir se forme dès la rencontre des volontés du représentant et du tiers cocontractant, seuls ses effets internes principaux étant suspendus dans l'attente de la ratification (1184). Au demeurant, s'il fallait considérer que le contrat ne se forme que par la rencontre de la volonté du ratifiant

(1179) Voy. dans le même sens S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 23, p. 41.

(1180) Voy. *supra*, n° 121, I.

(1181) A. CHAUSSE, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 532 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, o.c., n° 254, p. 187.

(1182) **En droit néerlandais**, P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », o.c., *Vermogensrecht*, n° 2. **Adde, en droit allemand**, K.-H. SCHRAMM, o.c., *Münchener Kommentar*, § 177, n° 24, p. 1766, qui observe que, ni structurellement ni fonctionnellement, la ratification n'est un « mandat de rattrapage » (« keine "nachgeholtte Vollmacht" »), de sorte que les dispositions relatives au mandat ne lui sont pas applicables.

(1183) Comme l'observe J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, o.c., n° 86, p. 87, cette analyse aboutit en outre à nier la nature d'acte unilatéral de la ratification, puisque celle-ci est alors plutôt conçue comme élément constitutif du contrat ratifié.

(1184) Voy. *supra*, n° 125.

et de celle du tiers contractant, le contrat devrait plutôt naître au moment de la ratification, sans effet rétroactif (1185).

De manière plus générale, ces explications témoignent d'une approche conceptuelle de la ratification, dans la mesure où elles prétendent déduire ses effets dans le temps de sa nature (la ratification étant dans cette optique envisagée comme un mandat ou comme un consentement donné *a posteriori*). Elles occultent cependant le fait que conférer à la ratification un effet rétroactif procède d'un choix – en l'occurrence prétorien – qui n'avait rien d'inéluctable (1186).

Dans ces conditions, certains auteurs se résignent à abandonner la recherche d'un fondement rationnel à l'effet rétroactif de la ratification et à n'y voir qu'une règle traditionnelle qui trouverait ainsi en elle-même sa propre justification (1187). Il nous paraît toutefois que plusieurs éléments peuvent être avancés pour fonder ce principe, à condition cependant d'accepter d'envisager plus concrètement les intérêts en présence et, ainsi, d'adopter une approche plus fonctionnelle (1188).

147. Fondement de la rétroactivité – Approche fonctionnelle. On peut d'abord faire reposer la rétroactivité de la ratification sur la considération que l'acte accompli sans pouvoir *préexiste à sa ratification*, de sorte que le représenté qui approuve l'opération y adhère avec effet rétroactif (1189). À notre sens, cet argument est toutefois insuffisant : on pourrait en effet parfaitement concevoir que la ratification rende exigibles les effets principaux de l'acte ratifié uniquement pour l'avenir (1190). Néanmoins, la

(1185) Pour cette observation, P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 235.

(1186) Voy. dans le même sens, à propos du § 184 du BGB, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 56, p. 899.

(1187) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 238. Sur le caractère insatisfaisant des solutions *sui generis*, voy. cependant *supra*, n° 26, I.

(1188) Sur la distinction entre approches conceptuelle et fonctionnelle, voy. *supra*, n° 5 et s.

(1189) Voy. en ce sens R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, *o.c.*, n° 128, pp. 218 et s. ; P.A. FORIERS, « La représentation... », *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 10, p. 139 ; P.A. FORIERS, « Le mandat... », *o.c.*, *Knelpunten dienstencontracten*, n° 9, pp. 42 et s. ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *o.c.*, n° 100, p. 102. Comp., en matière de condition suspensive, *infra*, n° 177.

(1190) Comp. avec l'adhésion à un contrat d'association, qui intervient en règle pour l'avenir sans imposer à l'adhérent le paiement des cotisations dues pour les années précédentes ;

préexistence de cet acte rend plus aisément acceptable l'idée que ses effets remontent, par l'effet de sa ratification, à sa conclusion (1191).

Cette idée est encore justifiée par l'intention des parties (1192) ou – si l'on estime cette explication artificielle (1193) – par la nature de l'acte (1194). Toutefois, ces arguments étant aisément réversibles, la justification la plus convaincante nous paraît résider dans une *approche fonctionnelle* de l'effet rétroactif de la ratification, qui vise à expliquer celui-ci par le but qui lui est assigné en droit positif.

En effet, si l'on se place dans la perspective du tiers qui a connaissance de l'absence de pouvoir du représentant (notamment dans le cas d'un porte-fort), il n'aurait aucun intérêt à traiter avec ce dernier si la ratification était dépourvue d'effet rétroactif ; il serait au contraire plus avantageux pour lui de réserver son engagement jusqu'au moment où il pourra traiter directement avec le représenté, puisque les effets du contrat conclu à ce moment seraient identiques à ceux d'un contrat ratifié sans effet rétroactif et que le tiers aura conservé dans l'intervalle sa liberté de ne pas conclure, ou de conclure avec un tiers (1195). En acceptant de traiter avec un représentant sans pouvoir, le tiers s'assure donc qu'en cas de reprise des engagements souscrits en son nom, *le représenté sera tenu dès le moment choisi par le tiers*, et non à partir d'une date dépendant du bon vouloir du représenté.

comp. également avec la promesse de contrat qui ne donne naissance au contrat promis qu'au moment de la levée de l'option.

(1191) De manière plus générale, l'existence « en germe » de l'acte peut être vue comme la condition de l'émergence d'un « conflit de droits dans le temps » (comp. en ce sens J. DEPRez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. 1, o.c., n° 23, p. 27), que la rétroactivité vient résoudre en ce cas en donnant effet à la ratification au jour de l'acte ratifié plutôt qu'au jour de l'émission de la volonté du représenté. La solution des conflits de droits dans le temps n'étant cependant pas uniforme (*ibid.*, n° 25, p. 29), la simple préexistence d'un acte ou d'un droit en germe ne suffit pas à justifier l'effet rétroactif.

(1192) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, o.c., n° 126, p. 215, et n° 128, p. 218 ; **en droit allemand** : K.-H. GURSKY, o.c., *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 31, p. 319 ; K.-H. SCHRAMM, o.c., *Münchener Kommentar*, § 184, n° 11, p. 1836.

(1193) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 238.

(1194) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, o.c., n° 446, p. 442 (« Lorsqu'on ratifie, on s'approprie l'acte, et il n'est pas concevable qu'on ne se l'approprie pas *ab initio*. Seule une logique juridique purement théorique peut aboutir à la solution opposée ») ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, o.c., n° 126, p. 215.

(1195) Voy. dans le même sens J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 951, p. 1022.

De manière plus générale, même le tiers qui serait demeuré dans l'ignorance de l'absence de pouvoir du représentant trouve un intérêt à l'effet rétroactif de la ratification. En effet, celui-ci lui *garantit que les effets du contrat ratifié correspondent exactement à l'opération initialement envisagée* et sur laquelle il a marqué son accord. Ne donner effet à la ratification que pour l'avenir aboutirait *de facto* à modifier sans son accord les termes du contrat, ce qui serait contraire au principe de l'autonomie de la volonté (1196).

Ce raisonnement peut s'appuyer sur l'article 2.2.9, alinéa 1^{er}, des **Principes d'Unidroit 2010**. Celui-ci prévoit en effet qu'« [u]ne fois ratifié, l'acte produit les mêmes effets que s'il avait été, dès l'origine, accompli en vertu d'un pouvoir ». Or, le commentaire de cette disposition poursuit en considérant qu'« [i]l s'ensuit que le tiers peut refuser la ratification partielle des actes du représentant de la part du représenté parce que cela équivaldrait à une proposition du représenté de modifier le contrat que le tiers a conclu avec le représentant » (1197). Le lien est donc clairement fait entre l'effet rétroactif de la ratification et le respect de l'accord conclu entre le tiers et le représentant.

Ainsi, une ratification dépourvue d'effet rétroactif aboutirait à retarder l'entrée en vigueur du contrat. D'autres modifications pourraient également en résulter ; on pense par exemple à la durée du contrat si celui-ci est appelé à se terminer à date fixe, voire au prix s'il est fixé en fonction du cours du jour ou à l'équilibre des prestations si leur valeur est sujette à des fluctuations dans le temps.

Nous pensons pouvoir en conclure que la reconnaissance d'un effet rétroactif à la ratification se justifie par le souci de *respecter la volonté exprimée par le représentant et le tiers contractant, et dès lors, de préserver les intérêts légitimes de ce tiers* (1198). Si

(1196) Comp. dans un sens similaire l'idée, **en droit allemand**, que le ratifiant ne peut pas unilatéralement exclure l'effet rétroactif de la ratification au motif qu'il ne peut donner aucun autre contenu à l'acte ratifié que celui qui a été convenu (K. SCHMIDT, « Zur Durchsetzung vorvertraglicher Pflichten », *DNotZ*, 1990, pp. 708 et s., spéc. p. 711 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 29, p. 1841 ; la question est cependant controversée, comme le souligne K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 42, p. 326).

(1197) Commentaire, p. 95.

(1198) Ceci n'empêche pas qu'*in concreto*, l'effet rétroactif de la ratification puisse dans certains cas s'avérer préjudiciable au tiers contractant, ce qui montre au passage la fragilité d'un raisonnement fondé exclusivement sur l'intention des parties. On peut encore y voir la confirmation du fait qu'une approche fonctionnelle de la rétroactivité implique un degré d'abstraction et de prévisibilité du raisonnement allant au-delà d'une démarche purement casuistique (sur cette idée, voy. *supra*, n° 5, III).

ce fondement, de par sa généralité, a vocation à ériger la rétroactivité de la ratification en principe, il explique aussi, de par sa relativité, que certaines exceptions lui soient reconnues, notamment en faveur des autres tiers qui ne trouvent pas *a priori* le même intérêt à cette rétroactivité.

148. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le représentant. Par l'effet de la ratification, on considère que les relations entre le représentant et le représenté sont rétroactivement soumises aux règles du mandat. Ainsi, le représentant pourra réclamer l'indemnisation de ses avances, frais et pertes (articles 1999 et 2000 du Code civil) ainsi que les intérêts des avances faites par lui à compter du jour où elles ont été faites (article 2001 du Code civil) (1199). Il pourra également, s'il s'agit d'une opération commerciale, réclamer au représenté une juste rémunération si aucune n'a été convenue (1200).

Cependant, la doctrine ne va pas jusqu'à tirer l'ensemble des conséquences de la rétroactivité de la ratification. Ainsi, celle-ci paraît devoir impliquer que le représentant ne s'est rendu coupable d'aucun excès de pouvoir, ce dernier étant couvert par le mandat censé être donné rétroactivement par le représenté (1201). Toutefois, on considère que la ratification n'implique pas nécessairement renonciation de la part du représenté à agir en réparation du dommage causé par l'excès de pouvoir commis par le représentant (1202). Il s'agit avant tout d'une question de volonté du

(1199) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, o.c.*, n° 789, p. 382 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome VI, *o.c.*, art. 1998, p. 601 ; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie, o.c.*, n° 166, p. 145 ; *Pand.*, tome LXI, v° *Mandat, o.c.*, n° 858, p. 796 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, *o.c.*, n° 1075, p. 562 ; B. TILLEMANN, *Le mandat, o.c.*, n° 423, p. 255 ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 207, p. 245.

(1200) En matière commerciale, les usages dérogent en effet à la gratuité du mandat : voy. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *o.c.*, *Actualité de quelques contrats spéciaux*, n° 7, p. 57.

(1201) Voy. cependant J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, o.c.*, n° 101, pp. 102 et s.

(1202) Comp. avec la confirmation qui n'implique pas nécessairement renonciation à l'action en responsabilité (*supra*, n° 94, II).

représenté (1203), et on sait à cet égard que les renonciations sont de stricte interprétation (1204).

Cette solution nous paraît devoir être approuvée. En effet, ce tempérament à la rétroactivité de la ratification peut se justifier par l'idée que celle-ci ne trouve son fondement que dans le souci de trouver un juste équilibre entre les intérêts du tiers contractant et du représenté (1205). Sans doute, lorsque le représenté bénéficie de l'opération de la même manière que s'il avait donné mandat au représentant, est-il cohérent qu'il assume vis-à-vis de celui-ci les charges d'un tel mandat. Toutefois, lorsque l'opération ratifiée se révèle préjudiciable au représenté, il serait excessif de considérer que l'effet rétroactif, prévu essentiellement dans l'intérêt du tiers contractant, prive le représenté de tout recours contre le représentant.

Contrairement aux apparences, ces questions ne sont pas dépourvues de tout intérêt pratique. On pourrait certes *a priori* penser que le représenté s'abstiendra de ratifier un acte qui lui cause préjudice (1206). Ce serait toutefois perdre de vue que, la ratification n'étant soumise à aucune condition de forme (1207), elle peut être tacite et être dès lors parfois déduite par le juge du comportement du représenté alors que celui-ci prétend n'avoir jamais eu l'intention de ratifier (1208). En ce cas, le représenté, tenu vis-à-vis du tiers, n'aura d'autre recours que de se retourner contre le représentant pour avoir excédé ses pouvoirs. Du reste, même en dehors de l'hypothèse d'une

(1203) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, o.c., n° 446, p. 443 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, o.c., n° 1077, p. 563 ; P. WÉRY, o.c., *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 206, p. 245. Pour d'autres auteurs, la ratification emporterait en principe renonciation à toute action en responsabilité contre le représentant, sauf si le représenté a réservé ses droits : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, o.c., § 415, p. 183 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, o.c., n° 791, p. 382 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, o.c., n° 73, p. 79 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, o.c., n° 371, p. 57 ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, o.c., n° 423, p. 255 ; *Pand.*, tome LXI, v° *Mandat*, o.c., n° 853, p. 796.

(1204) Sur ce principe, voy. *supra* les références citées à la note n° 758.

(1205) Voy. *supra*, n° 147.

(1206) En ce sens, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome XII, o.c., n° 91, p. 118, qui en déduit l'inutilité de reconnaître un effet rétroactif à la ratification.

(1207) Voy. *supra*, n° 117.

(1208) Voy. dans le même sens J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, o.c., n° 31214, p. 1030, qui relève que la ratification « se révèle, parfois, comme un moyen pour le juge de déclarer le mandant engagé, en présence d'un dépassement de pouvoirs, dès lors qu'après coup il n'a pas manifesté sa désapprobation ».

ratification tacite, il arrive que le représenté décide de ratifier l'opération accomplie sans pouvoir afin de ne pas mettre en péril ses bonnes relations avec le tiers contractant, sans pour autant abandonner l'idée de mettre en cause la responsabilité de son représentant.

149. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le tiers contractant. Il est bien établi que les tiers peuvent considérer le représenté comme tenu par l'acte ratifié, et ce, depuis le moment où celui-ci a été accompli (1209). En particulier, le tiers contractant pourra ainsi lui réclamer depuis cette date les intérêts convenus (1210).

L'effet rétroactif de la ratification présente également un intérêt, il est vrai assez marginal, sur le plan de la compétence territoriale. On sait en effet que l'article 624, 2°, du Code judiciaire, désigne parmi les juges compétents celui du lieu où l'obligation est née. Il convient à cet égard de se référer au lieu où le contrat a été noué entre le représentant et le tiers contractant, et non au lieu de la ratification, puisque celle-ci a pour effet de reporter la naissance du contrat au temps – et au lieu – de sa conclusion par le représentant (1211).

Il semble même que l'effet rétroactif de la ratification permette au tiers contractant de reprocher au représenté d'avoir tardé à agir pendant la période intermédiaire précédant la ratification, les délais à respecter fussent-ils expirés au jour de celle-ci.

Un arrêt de la **Cour de cassation de France** du 8 juillet 1964 illustre cette règle de manière frappante. Un immeuble avait été vendu le 1^{er} juillet 1954 par deux personnes qui s'étaient portées fort pour la propriétaire de l'immeuble. Celle-ci n'avait ratifié la vente que le 17 avril 1958 puis, moins de deux ans plus tard, s'était ravisée en introduisant une action en rescision de la vente pour lésion énorme. Se méprenant sur le déroulement des faits, la cour d'appel avait

(1209) Voy. les références citées *supra*, n° 146.

(1210) **En droit allemand**, K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 12a, p. 1836.

(1211) En ce sens, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, *o.c.*, n° 126, p. 216 ; *Pand.*, tome LXXXIII, v° *Ratification*, *o.c.*, n°s 122-124, col. 1550. Il est vrai que, sans même faire appel à l'effet rétroactif de la ratification, cette solution pourrait s'expliquer par l'idée que le contrat se forme dès la rencontre des consentements du représentant et du tiers cocontractant, seuls ses effets étant suspendus dans l'attente de la ratification (voy. *supra*, n° 125). Le lieu de naissance de la convention peut également présenter un intérêt pour la détermination des usages qui s'y appliquent (*Pand.*, tome LXI, v° *Mandat*, *o.c.*, n° 860, p. 796).

illégalement considéré que la propriétaire de l'immeuble était partie à l'acte du 1^{er} juillet 1954 et avait donc déclaré l'action en rescision prescrite. La Cour de cassation se refusa cependant à censurer cette décision et, par une substitution de motifs, décida « que la ratification de l'acte passé par le porte-fort a un caractère rétroactif et remonte au jour de l'acte ratifié, l'obligation du tiers prenant naissance au jour de l'engagement du porte-fort ; qu'ainsi [la propriétaire de l'immeuble], par l'effet de sa ratification, s'est trouvée obligée en qualité de vendeuse dès le 1^{er} juillet 1954, date à laquelle a commencé à courir le délai de l'article 1676 du Code civil » (1212).

La situation paraît, de prime abord, être différente **en Allemagne** où l'on affirme généralement que la prise de cours des délais de prescription échappe à l'effet rétroactif de la ratification (1213). Le Reichsgericht a en effet décidé que le délai de prescription de l'action en garantie de l'acheteur, d'une durée d'un an, ne commençait à courir qu'à dater de la ratification de la vente (1214). Il justifie cette solution par l'idée que faire courir rétroactivement la prescription serait une impossibilité matérielle (1215), qu'elle pourrait donner lieu à des résultats inéquitables en raccourcissant indûment les délais de recours, voire, pour les plus brefs d'entre eux, en supprimant entièrement la possibilité d'agir en justice, et qu'enfin on ne pourrait faire courir rétroactivement la prescription contre l'acheteur dès lors qu'il

(1212) Cass. fr., 8 juillet 1964, *Bull.*, 1964, I, n° 382 ; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 45, p. 64, qui estime que la rétroactivité devrait en ce cas être écartée en vue de protéger la victime de la lésion.

(1213) Voy. T. FINKENAUER, *o.c.*, *AcP*, 2003, p. 290 ; B. FRENCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 5, p. 280 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 38, pp. 322 et s. ; H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 2, p. 192 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 51, n° 20, p. 935 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 1026, p. 59 ; E. SCHILKEN, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 177, n° 9, p. 184 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 177, n° 47, p. 1772 et § 184, n° 12a, p. 1836 ; C. WITZ, *Droit privé allemand, tome I^{er}, o.c.*, n° 317, p. 263.

(1214) RG, 28 février 1907, *RGZ*, vol. 65, pp. 245 et s., spéc. p. 248, confirmé par un *obiter dictum* de RG, 7 janvier 1911, *RGZ*, vol. 75, pp. 114 et s., spéc. p. 116 ; voy. également, à propos du point de départ du délai de l'action paulienne, BGH, 20 septembre 1978, *N.J.W.*, 1979, p. 102, point IV, 3 ; du droit de révocation d'un crédit à la consommation, BGH, 10 mai 1995, *BGHZ*, vol. 129, p. 371, *N.J.W.*, 1995, p. 2290, point II, 2, b), cc), bbb).

(1215) « Eine rechtliche Fiktion hat nicht die Kraft, tatsächliche Unmöglichkeiten zu überwinden und die Zeitrechnung umzustoßen. [...] Und die Verjährungsfrist läuft nach Naturgesetz, wie jeder Zeitabschnitt, von einem bestimmten Zeitpunkt an vorwärts ; sie kann daher wohl in der Einbildung, aber nicht in Wirklichkeit in eine rückwärts liegende Zeit verlegt werden. » (Une fiction juridique n'a pas le pouvoir de venir à bout d'impossibilités réelles ni de renverser le cours du temps. [...] Et le délai de prescription s'écoule, conformément à la loi de la nature, comme toute période de temps, à partir d'un moment déterminé dans le temps vers l'avant ; c'est pourquoi il ne peut être déplacé vers un temps antérieur que dans l'imagination, mais non en réalité.).

était dans l'impossibilité de faire valoir son action en garantie avant la ratification.

La première de ces justifications n'est guère convaincante dès lors qu'elle tombe dans la confusion, déjà dénoncée (1216), entre réalités matérielle et juridique. Refuser de soumettre le point de départ de la prescription à l'effet rétroactif au motif que remonter le cours du temps serait contraire à la « loi de la nature », c'est en réalité exclure de manière générale toute possibilité de recourir à la rétroactivité, ce qui contredit directement le § 184 du BGB (1217). On comprend mieux la crainte du Reichsgericht de réduire à néant la possibilité d'agir en justice en présence de délais déjà brefs ; mais la brièveté de ces délais n'exprime-t-elle pas justement un souci particulièrement exigeant de sécurité juridique, qui serait compromis si le point de départ de la prescription pouvait être indéfiniment retardé jusqu'à ce qu'une ratification intervienne ? En réalité, le seul argument vraiment déterminant est l'impossibilité pour le créancier d'agir tant que la ratification n'est pas intervenue (1218). Cette impossibilité était cependant étroitement liée aux faits de la cause, dans laquelle la ratification émanait du juge de la tutelle, chargé d'approuver la cession d'un immeuble d'un mineur conformément au § 1821 du BGB (1219). Les parties n'ayant aucune prise sur sa décision, elles se trouvaient donc véritablement dans l'impossibilité d'agir dans l'intervalle.

En s'inspirant de ces considérations, on pourrait à notre sens admettre en droit belge que le *tiers consentant* ne puisse se voir opposer la prescription pour la période antérieure à la ratification lorsqu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir, et ce, par analogie avec l'article 2257 du Code civil (1220). En revanche, le *représenté*, auquel il est loisible en tout temps de ratifier, ne pourrait prétendre se retrancher derrière une telle impossibilité et doit dès lors subir intégralement

(1216) Voy. *supra*, n^{os} 48 et 57.

(1217) Voy. dans le même sens T. FINKENAUER, *o.c.*, *AcP*, 2003, p. 291, qui relève que le propre d'une fiction est précisément d'apprécier autrement les faits matériels que dans la réalité.

(1218) Comp. la justification retenue, en matière d'action paulienne, par BGH, 20 septembre 1978, *N.J.W.*, 1979, p. 102, point IV, 3, c) et s. ; la rétroactivité peut également être écartée dans un souci de protection du consommateur : voy. BGH, 10 mai 1995, *BGHZ*, vol. 129, p. 371, *N.J.W.*, 1995, p. 2290, point II, 2, b), cc), bbb).

(1219) On rappellera à cet égard que la notion de ratification est beaucoup plus large en droit allemand qu'en droit belge (voy. *supra*, n^o 116).

(1220) À cet égard, il pourrait être envisagé de distinguer entre les actions susceptibles d'être introduites dès la conclusion du contrat (telle une action en annulation), dont le délai de prescription pourrait commencer à courir dès l'origine, et les actions qui ne peuvent être introduites qu'après la ratification (telle une action en exécution forcée), pour lesquelles la prescription ne commencerait à courir à l'encontre du tiers consentant qu'à partir de ce moment. Comp. dans le même sens, en matière de condition suspensive, *infra*, n^o 186.

l'effet rétroactif de la ratification, appliqué au point de départ de la prescription (1221). Aussi la solution donnée par l'arrêt de la Cour de cassation de France du 8 juillet 1964 dans l'affaire dont elle était saisie nous paraît-elle parfaitement justifiée.

III. – Effets à l'encontre du représentant

150. Principe – Effet rétroactif. Puisque la ratification produit un effet rétroactif à l'égard du représenté, il doit en aller de même à l'égard du représentant. Les intérêts de celui-ci ne nous paraissent pas à cet égard être indûment sacrifiés, puisqu'il ne peut, sans imprudence, ignorer qu'il excède ses pouvoirs en prenant un engagement au nom du représenté. Il doit, dès lors, supporter le risque que celui-ci reprenne ultérieurement l'acte à son compte depuis l'origine.

Bien que la rétroactivité de la ratification ne soit à première vue guère importante vis-à-vis du représentant, elle peut notamment présenter un intérêt pratique lorsque celui-ci a commis une faute qui subsiste nonobstant la ratification, par exemple en commettant un dol ou une *culpa in contrahendo* qui est imputée par le tiers contractant au représenté (1222). Ce dernier, s'il a ratifié l'acte, pourra dès lors se retourner contre le représentant pour lui demander de le garantir, depuis l'origine, contre les dommages-intérêts dont il sera tenu vis-à-vis du tiers contractant.

IV. – Effets à l'encontre du tiers consentant

151. Principe – Effet rétroactif. De la même manière qu'elle déclare l'acte ratifié rétroactivement opposable au représenté, la Cour de cassation considère que le tiers qui a contracté avec le

(1221) Comp. K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 38, p. 323, qui fait observer que cette solution ne s'impose pas nécessairement dès lors que le tiers contractant peut déjà raccourcir le délai de prescription en mettant le représenté en demeure de prendre position conformément au § 177, alinéa 2, du BGB ; cette disposition n'a cependant pas d'équivalent en droit belge.

(1222) Sur ce que le représenté peut être tenu par représentation de la *culpa in contrahendo* commise par le représentant, cons. Cass., 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 354 et les conclusions contraires de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général ; Cass., 16 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 94 ; Cass., 21 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 39 ; Cass., 22 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 496 ; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 42, pp. 270 et s.

représentant dénué de pouvoir est tenu depuis l'origine par cet acte en cas de ratification de celui-ci (1223).

Cette idée se retrouve déjà dans l'arrêt précité du 15 décembre 1932 (1224). La Cour, qui ne devait se prononcer que sur l'effet de la ratification d'une vente dans le chef du représenté, décide que celle-ci a rétroagi jusqu'au jour où cette vente a été conclue et ajoute, à titre surabondant, que « la vente était parfaite à l'égard des deux parties ». Par cet *obiter dictum*, elle indique donc que l'effet rétroactif est également opposable au tiers contractant.

Un arrêt du 5 novembre 1979, qui concerne cette fois directement le tiers contractant, confirme cet enseignement (1225). L'article 2 des lois relatives au contrat d'emploi, coordonnées le 20 juillet 1955, prévoyait que le contrat d'emploi conclu pour une durée déterminée devait être constaté par écrit au plus tard lors de l'entrée en service de l'employé (1226). En l'espèce, un employé avait conclu le 30 septembre 1971 avec un porte-fort de l'employeur un contrat d'emploi qui n'avait été ratifié par l'employeur que le 13 octobre 1971, alors que l'employé était entré en service le 1^{er} octobre 1971. L'employé soutenait que son contrat n'avait pas été régulièrement conclu avant son entrée en service et qu'il devait dès lors être requalifié en contrat à durée indéterminée. Il ajoutait qu'il « avait un droit acquis à ce que le contrat d'emploi formé sans écrit par [l'employeur] bénéficiât du régime des contrats d'emploi à durée indéterminée ; que la ratification ultérieure par [l'employeur] de l'engagement du porte-fort ne pouvait rétroagir que sous la réserve de ne pas porter atteinte aux droits acquis des tiers ». La Cour refusa cependant de considérer l'employé, tiers cocontractant du représentant, comme un véritable tiers, mais décida au contraire que « par la ratification de l'engagement du porte-fort, le tiers [c'est-à-dire le représenté] s'approprie l'acte avec effet rétroactif *entre parties* au jour où il a été passé » (1227).

Il n'existe donc aucun « droit acquis » dont le tiers contractant puisse se prévaloir pour s'opposer à l'effet rétroactif de la

(1223) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 235 ; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie, o.c.*, n° 166, p. 145 ; B. TILLEMAN, *Le mandat, o.c.*, n° 426, p. 256 ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 207, p. 245 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 171, p. 171. **En France**, voy. P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz, o.c.*, n° 372, p. 57.

(1224) Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

(1225) Cass., 5 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75, note TAQUET et WANTIEZ.

(1226) Voy. aujourd'hui l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(1227) Nous soulignons.

ratification à son encontre (1228), et ce, même lorsque l'acte devait être accompli dans un délai de rigueur (1229). Il pourra ainsi, le cas échéant, être tenu des intérêts dus depuis une date antérieure à la ratification (1230). Par ailleurs, si la chose, vendue sans pouvoir, a péri par un cas de force majeure entre les mains de l'acheteur, le vendeur pourra lui faire supporter la perte de la chose en ratifiant la vente (1231). En revanche, nous sommes d'avis que la prescription ne pourrait commencer rétroactivement à courir contre le tiers contractant toutes les fois qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir avant la ratification (1232).

Dans ses relations avec le représentant également, le tiers contractant est tenu par la ratification. En effet, il ne dispose d'une action contre le représentant que si celui-ci lui a donné une connaissance insuffisante de ses pouvoirs (article 1997 du Code civil). En ce cas, le tiers, qui ne dispose d'aucune action contre le représenté, peut se retourner contre le représentant. On enseigne toutefois que, dès que le représenté a ratifié l'acte accompli en son nom, le dommage du tiers disparaît rétroactivement ; celui-ci ne pourrait dès lors plus engager la responsabilité du représentant, à moins que ce dernier ne se soit personnellement engagé aux côtés

(1228) Comme l'observe B. TILLEMANN, *Le mandat, o.c.*, n° 426, p. 256, en règle, le tiers n'aurait de toute façon pas pu soulever l'absence de pouvoir du représentant (voy. *supra*, n° 130). **En droit allemand**, comp. L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 204, IV, n° 3, p. 1243, qui font observer que le tiers contractant (*Vertragsgegner*) n'est pas un tiers au sens du § 184, alinéa 2, du BGB.

(1229) Comp. cependant B. TILLEMANN, *Le mandat, o.c.*, n° 427, pp. 256 et s., qui semble considérer que les tiers contractants pourraient s'opposer à l'effet rétroactif de la ratification lorsque l'acte ratifié devait être accompli dans un délai préfix. Cependant, les exemples cités se rattachent pour la plupart selon nous à la situation de véritables tiers plutôt qu'à celle de tiers contractants (voy. *infra*, n°s 153 et s.). Au demeurant, dans l'arrêt du 5 novembre 1979, l'obligation de conclure le contrat d'emploi avant l'entrée en service de l'employé impliquait selon nous un délai de rigueur, ce qui n'a toutefois pas empêché la Cour d'admettre la rétroactivité de la ratification.

(1230) **En droit allemand**, la solution est certaine pour les intérêts convenus (K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 12a, p. 1836). En revanche, en vue de respecter la fonction d'avertissement de l'ancien § 284 (actuel § 286) du BGB, lorsqu'un terme a été convenu pour que l'obligation soit exigible, le débiteur ne se trouve en retard de paiement que si le contrat est ratifié par le créancier *avant* l'échéance de ce terme (BGH, 25 octobre 2000, VIII ZR 326/99, *N.J.W.*, 2001, p. 365, point II, 2, b), bb)) ; donnée après cette date, la ratification ne sortit ses effets qu'*ex nunc* (H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 2, p. 192 ; voy. aussi K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 38, p. 322).

(1231) **En droit allemand**, K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 32, p. 320, par application du § 446, 1^{re} phrase, du BGB (équivalent de l'article 1302, alinéa 1^{er}, du Code civil).

(1232) Voy. *supra*, n° 149.

du représenté (1233). À notre sens, cependant, le tiers contractant devrait pouvoir encore agir contre le représentant si le dommage causé par la faute de ce dernier n'est pas entièrement effacé par la ratification (1234).

152. Fondement de la rétroactivité. La Cour de cassation ne s'explique pas expressément sur le fondement qu'elle reconnaît à l'effet rétroactif de la ratification à l'encontre du tiers contractant.

Toutefois, on sait qu'elle justifie cet effet rétroactif vis-à-vis du représenté par l'idée que la ratification équivaut à un mandat donné par celui-ci dès l'origine au représentant (1235). Dans cette perspective, il est logique de considérer que le représentant disposait en réalité depuis l'origine des pouvoirs nécessaires pour traiter avec le tiers, de sorte que celui-ci devrait également être lié depuis l'origine par son engagement.

En réalité, nous avons conclu que l'effet rétroactif de la ratification trouvait son fondement dans la fonction qui lui est attribuée et, en particulier, dans le souci de ne pas imposer au tiers contractant un engagement auquel il n'aurait pas consenti (1236). Cette explication justifie d'étendre la rétroactivité à tout tiers qui, volontairement, traite avec un représentant en cette qualité, c'est-à-dire celui que nous avons désigné sous le terme de « tiers consentant » (1237). En effet, une telle personne trouvera également un intérêt à la rétroactivité de la ratification, qui permettra de donner à son acte la portée qu'elle entendait lui conférer depuis l'origine. Ainsi, celui qui adresse un acte unilatéral à un représentant en cette qualité a le même intérêt à voir cet acte sortir

(1233) Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, o.c., n° 73, pp. 79 et s. ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, o.c., n° 428, p. 258 ; en droit néerlandais, P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », o.c., *Vermogensrecht*, n° 4.

(1234) Tel sera notamment le cas lorsque la ratification ne peut déployer ses entiers effets, étant limitée par les droits acquis par d'autres tiers. Ainsi, par exemple, si le représentant de A vend sans pouvoir un bien à B, que A vend ensuite en personne le même bien à C à un prix inférieur, mais que, apprenant l'existence de la première vente, il décide enfin de la ratifier, cette ratification ne pourra porter atteinte aux droits acquis de C et n'effacera dès lors pas le préjudice subi par B au cas où le représentant de A lui aurait donné une connaissance insuffisante de ses pouvoirs. Comp. avec la situation du représenté, dont on admet qu'il puisse réserver ses droits vis-à-vis du représentant au moment de la ratification (voy. *supra*, n° 148).

(1235) Voy. *supra*, n° 146.

(1236) Voy. *supra*, n° 147.

(1237) Voy. *supra*, n° 118.

tous ses effets depuis l'origine en cas de ratification que celui qui conclut un contrat avec ce représentant. Cet effet rétroactif est d'autant plus facile à admettre que ce tiers consentant est déjà lié par l'acte à ratifier, quoique celui-ci ne produise pas encore ses effets principaux à son égard (1238). Tout tiers consentant partie à l'acte ratifié, qu'il soit unilatéral ou multilatéral, jouira ou souffrira donc, selon le cas, de la rétroactivité de la ratification.

Outre la question tranchée par l'arrêt précité du 5 novembre 1979, la rétroactivité de la ratification pourra également présenter un intérêt pratique en vue de déterminer le lieu de naissance du contrat et, dès lors, de la compétence territoriale interne (1239).

V. – Effets à l'encontre des autres tiers

153. Principe – Effet rétroactif sous réserve des droits acquis des tiers. La jurisprudence de la Cour de cassation est fixée en ce sens que la ratification est dotée d'un effet rétroactif sans cependant pouvoir porter atteinte aux droits acquis dans l'intervalle par les tiers qui n'ont pas consenti à traiter avec le représentant en cette qualité (1240).

(1238) Sur cette justification de l'effet rétroactif, voy., **en droit allemand**, K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 177, n° 45, p. 1771 ; sur les effets de l'acte accompli sans pouvoir avant la ratification, voy. *supra*, n° 125.

(1239) B. TILLEMANN, *Le mandat*, *o.c.*, n° 426, p. 256 ; voy. *supra*, n° 149.

(1240) Voy. déjà Bruxelles, 6 mars 1817, *Pas.*, 1817, II, p. 346 ; en doctrine, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, *o.c.*, n° 446, p. 443 ; M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tome VI, *o.c.*, p. 32 ; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 235 ; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, *o.c.*, n° 166, p. 145 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *o.c.*, n° 526, p. 646 ; *Pand.*, tome LXI, v° *Mandat*, *o.c.*, n° 861, p. 797 ; *Pand.*, tome LXXXIII, v° *Ratification*, *o.c.*, n° 116, col. 1549 ; *R.P.D.B.*, tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *o.c.*, n° 451, p. 349 ; L. SIMONT, *o.c.*, *Les intermédiaires commerciaux*, n° 19, p. 24 ; B. TILLEMANN, *Le mandat*, *o.c.*, n° 429, p. 259 ; J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 5, p. 41 ; P. WÉRY, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IX, L. VII, n° 207, p. 246 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 171, p. 171. **En France**, voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, *o.c.*, § 415, p. 184 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, *o.c.*, n° 790, p. 382 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome VI, *o.c.*, art. 1998, p. 601 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome VIII, *o.c.*, n° 217bis, VI, p. 219 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XIII, *o.c.*, n° 286, p. 284 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, *o.c.*, n° 372, p. 57 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, *o.c.*, n° 1075, p. 562 ; *contra* : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *o.c.*, n° 1499, p. 857, pour qui la ratification peut nuire aux droits acquis des tiers, mais sous réserve des exigences de la publicité foncière (voy. à ce propos *infra*, n° 154).

Le principe est exprimé pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 1953 (1241). Dans le cadre d'un bail commercial, une dame Marchand avait, au nom du bailleur, donné congé au locataire sur la base de l'article 33, alinéa 4, de la loi sur les baux commerciaux, disposition transitoire permettant au bailleur de mettre fin au bail dans les trois mois de l'entrée en vigueur de la loi. Elle avait également notifié un refus de renouvellement du bail, lequel doit, conformément à l'article 14, alinéa 1^{er}, de la même loi, être notifié dans les trois mois de la demande de renouvellement. Pour le cas où la dame Marchand aurait agi sans pouvoir, le juge du fond avait estimé que, de par son attitude devant lui, le bailleur avait en tout cas ratifié ces deux actes et que cette ratification produisait ses effets rétroactivement. Par son troisième moyen, le locataire se bornait à critiquer la décision du juge du fond relative à la ratification du refus de renouvellement, en faisant valoir que celle-ci ne pouvait avoir d'effet rétroactif à l'expiration du délai de trois mois. Il ne formulait en revanche aucun grief relatif à la ratification de la résiliation du bail.

La Cour de cassation accueille le pourvoi en décidant, de manière assez remarquable, de se prononcer aussi bien sur la demande de renouvellement que sur le congé. Elle énonce, en termes généraux, que « si la ratification, par le mandant, des actes accomplis par le mandataire en dehors des limites du mandat peut rétroagir, c'est sous la réserve de ne pas préjudicier aux droits acquis par les tiers ». Après avoir constaté que les deux actes litigieux étaient des actes unilatéraux auxquels le locataire n'était donc pas partie, elle relève que la ratification du congé était postérieure à l'expiration du délai de trois mois prévu par l'article 33, alinéa 4, de la loi, et qu'aucune pièce soumise à la Cour ne lui permet de déterminer à quelle date la ratification du refus de renouvellement est intervenue. Elle casse, dès lors, la décision attaquée dans la mesure où elle ne lui permet pas d'exercer son contrôle (1242).

La solution est confirmée par un arrêt du 13 janvier 2003, qui énonce que « la ratification a un effet rétroactif à la condition de ne pas préjudicier aux droits acquis par les tiers ». Cette décision est analysée ci-dessous (1243).

(1241) Cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 436, *R.P.S.*, 1953, p. 224, avec les conclusions de M. le procureur général HAYOT DE TERMICOURT, alors premier avocat général, note P.D. (troisième moyen).

(1242) Sur ce vice de motivation, cons. Cass., 7 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 681, p. 2033, avec les conclusions de M. le procureur général DU JARDIN ; Cass., 19 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 5, note A. MEEÛS.

(1243) Voy. *infra*, n° 157, III.

La plupart du temps, la réserve des droits acquis neutralisera entièrement l'effet rétroactif de la ratification à l'égard des tiers. On affirme dès lors souvent que la ratification ne rétroagit qu'entre les parties. Il s'agit là cependant d'un raccourci qui n'exprime qu'imparfaitement la règle, puisque l'effet rétroactif de la ratification peut parfois affecter la situation juridique des tiers sans pour autant porter atteinte à leurs droits.

Ainsi, par exemple, lorsqu'un contrat de vente d'un immeuble est conclu par un représentant sans pouvoir et que le représenté – qu'il soit acheteur ou vendeur – ratifie ensuite cette vente dans l'ignorance de la destruction de l'immeuble survenue dans l'intervalle par la faute d'un tiers, l'effet rétroactif de la ratification a pour effet d'octroyer directement à l'acheteur, devenu propriétaire depuis l'origine, le bénéfice de la créance de dommages-intérêts dus par le tiers (1244). En effet, cet effet rétroactif ne porte pas atteinte aux droits acquis du tiers, dont la situation n'en est pas aggravée puisqu'en l'absence de cet effet rétroactif, il aurait été tenu de la même dette au profit du vendeur (1245).

154. Maintien des exigences de la publicité foncière.

Qu'elle soit ou non dotée d'un effet rétroactif, la ratification ne déroge pas au droit commun de la publicité foncière (1246). Dès lors, si l'acte ratifié était soumis à transcription ou inscription, les effets réels de l'acte (constitution ou transfert de droits réels) ne pourront en toute hypothèse remonter avant l'accomplissement de cette formalité.

Un célèbre arrêt de la Cour de cassation de France du 4 mars 1891 en fournit l'illustration (1247). Dans cette affaire se posait la question de savoir si une personne, bénéficiant du privilège du vendeur impayé en vertu d'une vente conclue sans pouvoir en 1862, tenue secrète et dont l'existence ainsi que la ratification n'avaient été constatées que

(1244) Voy., **en droit allemand**, K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 32, p. 320.

(1245) Il est vrai que la rétroactivité peut dans ce cas apparaître superflue, puisque le vendeur aurait dû en toute hypothèse rétrocéder l'indemnité à l'acheteur sur la base de l'article 1303 du Code civil. On notera encore que si le vendeur est tombé en faillite avant la ratification, alors la réserve du droit des tiers recouvre tout son sens, car l'effet rétroactif ne pourrait priver la masse de ses droits sur l'indemnité.

(1246) S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 45, p. 63 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 526, p. 786 ; voy. dans le même sens, à propos de la confirmation, *supra*, n° 103, et de la condition suspensive, *infra*, n° 202, I.

(1247) Cass. fr., 4 mars 1891, *D.*, 1891, I, p. 313.

par un jugement transcrit en 1881, avait un rang préférable à des créanciers hypothécaires qui avaient pris inscription sur la foi d'un acte de partage de 1876, transcrit en 1877. La Cour répondit par la négative en considérant qu'« en principe, la ratification a un effet rétroactif au jour où remonte l'acte ratifié ; — Attendu, toutefois, que cet effet rétroactif ne peut être opposé aux tiers qu'autant que l'existence de l'acte ratifié leur a été révélée soit par une inscription, soit par une transcription, suivant la nature de l'acte ».

Si la solution doit être approuvée, sa justification nous paraît devoir être affinée. En effet, ce n'est que par une métonymie (*pars pro toto*) que l'on peut écrire qu'à défaut d'accomplissement des formalités de publicité requises, « l'effet rétroactif » de la ratification serait inopposable aux tiers : en réalité, ce n'est pas tant celui-ci que *l'acte ratifié tout entier* qui leur est inopposable, sa date important dès lors peu. Comme l'observe l'annotateur de cette décision, « il est bien vrai que, par l'effet de la ratification, l'acte originaire se trouve avoir, à sa date, donné naissance à un privilège ; mais il n'est pas moins certain que, par suite du défaut de publicité, ce privilège n'est point opposable aux tiers qui, antérieurement à la ratification » – ou, plus précisément, antérieurement à la publication de l'acte ratifié – « ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois » (1248).

Il en va de même **en droit allemand** où la ratification de l'aliénation d'un immeuble ne peut sortir rétroactivement ses effets que si, en contradiction avec la procédure relative au livre foncier, l'aliénation y a déjà été inscrite avant la ratification (1249). En revanche, lorsqu'un immeuble est cédé sans pouvoir, que cette cession est ensuite inscrite par erreur dans le livre foncier puis que cette inscription est rectifiée et qu'enfin la cession est ratifiée, la cession ne produit ses effets qu'à compter d'une nouvelle inscription dans le livre foncier (1250). En d'autres termes, l'effet rétroactif de la ratification ne peut remédier à l'absence d'inscription dans le livre foncier.

Le régime de la publicité foncière et l'interdiction de porter rétroactivement atteinte aux droits acquis des tiers constituent donc des *règles cumulatives*. Ainsi, lorsque l'inefficacité de l'acte découle déjà des exigences de la publicité foncière, le recours à la notion de droit acquis des tiers comme limite à l'effet rétroactif

(1248) Note (3 et 4) sous l'arrêt.

(1249) K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 10, p. 310.

(1250) RG, 20 décembre 1930, *RGZ*, vol. 131, pp. 97 et s., spéc. p. 101 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 16, p. 1837 ; *contra* : T. FINKENAUER, *o.c.*, *AcP*, 2003, p. 290.

de la ratification apparaît comme surabondant. Il retrouve en revanche tout son sens lorsque l'acte passé sans pouvoir a été transcrit avant la transcription d'un autre acte de disposition.

Supposons par exemple que le propriétaire d'un immeuble fasse appel à un agent immobilier auquel il ne confère pas de mandat de vendre. Peu de temps après, l'agent immobilier entre en négociation avec A et, compte tenu du prix élevé proposé par celui-ci, décide de signer immédiatement un compromis avec lui en se portant fort d'obtenir la ratification du propriétaire. Toutefois, ce dernier, avant qu'il puisse être contacté par son agent, a déjà signé avec B un second compromis pour un prix inférieur. Apprenant l'existence de la première vente, le propriétaire décide alors de la ratifier. En l'occurrence, tant A que B sont donc de bonne foi (1251). On suppose également qu'ils ont tous deux fait transcrire le contrat qu'ils ont signé.

Si B fait transcrire le premier la vente, il l'emportera sur A en vertu des règles de la publicité foncière (1252). Si, en revanche, A fait transcrire en premier, il devrait en principe l'emporter en vertu des mêmes règles. Toutefois, la ratification ne pouvant porter atteinte aux droits acquis des tiers, B ne pourrait être privé de l'immeuble par une ratification intervenue postérieurement à la transcription de la vente qui lui a été consentie. B l'emportera donc également dans ce cas sur A, mais pour un motif étranger à la publicité foncière. En définitive, A n'obtiendra la propriété de l'immeuble que si soit B a négligé de faire transcrire la vente qui lui a été consentie, soit cette transcription est postérieure à la fois à la transcription de la vente de A et à la ratification du propriétaire (1253).

155. Fondement de la réserve du droit des tiers. Nous avons vu que, classiquement, l'effet rétroactif de la ratification était fondé sur l'adage *ratihabito mandato comparatur* (1254). Dans cette approche conceptuelle, qui prétend déduire les effets de la ratification de sa nature (à savoir son assimilation à un

(1251) On rappellera qu'en matière de publicité foncière, la bonne foi s'apprécie exclusivement au moment de l'acquisition du droit, que la Cour de cassation situe au moment de la signature du compromis de vente (Cass., 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 600).

(1252) Voy. P.A. FORIERS, « Option... », *o.c.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n° 37, p. 29 ; P.-P. RENSON, « Introduction à la publicité foncière et à la transcription », *J.T.*, 2004, pp. 829 et s., spéc. p. 833 ; A. VERBEKE et J. BYTTEBIER, « Onroerende en hypothecaire publieit. Organisatie en tegenwerpelijckheid », *R.W.*, 1997-1998, pp. 1099 et s., n° 114, p. 1124.

(1253) Sur la question de savoir si la ratification elle-même doit être transcrite, cons. P.A. FORIERS, « Option... », *o.c.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n° 37, pp. 30 et s.

(1254) Voy. *supra*, n° 146.

mandat donné *a priori*), l'effet rétroactif de la ratification devrait logiquement valoir à l'égard de l'ensemble des tiers, de la même manière que la représentation directe résultant d'un mandat est opposable à tous les sujets de droit. Pourtant, la Cour de cassation considère que la ratification ne peut porter atteinte aux droits acquis des tiers, ce qui suffit déjà à souligner les insuffisances d'une approche conceptuelle de la rétroactivité. Reste alors à s'interroger sur la justification de l'immunité dont jouissent les droits acquis des tiers vis-à-vis de l'effet rétroactif de la ratification.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt précité du 6 février 1953, le ministère public justifiait l'absence d'effet rétroactif de la ratification sur les droits des tiers notamment par un renvoi à l'article 1338 du Code civil (1255). Cette explication est singulière si l'on se souvient que la Cour a expressément décidé, dès 1857, que cette disposition ne concernait que la confirmation, à l'exclusion de la ratification (1256). Elle l'est d'autant plus dès lors que la notion de « tiers » en matière de ratification est bien plus étendue que dans l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, qui ne concerne selon la Cour que les ayants cause à titre particulier (1257).

On pourrait bien sûr, à l'instar de Laurent (1258), voir dans cette disposition l'expression d'un principe général de protection des droits acquis, dont l'article 2 du Code civil constituerait une autre application, mais l'existence d'un tel principe peut être mise en doute, à tout le moins dans le domaine de la ratification, dès lors que la Cour décide par ailleurs que le tiers contractant ne peut quant à lui opposer aucun droit acquis à l'effet rétroactif de la ratification (1259).

(1255) Conclusions de M. le procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, alors premier avocat général, avant Cass., 6 février 1953, *R.P.S.*, 1953, p. 228 ; voy. également G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, o.c., n° 790, p. 382 ; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome VI, o.c., art. 1998, p. 601 ; J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 112, p. 124 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XIII, o.c., n° 286, p. 284 (qui estime que le principe consacré par cette disposition en matière de confirmation doit trouver *a fortiori* à s'appliquer à la ratification) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, o.c., n° 446, p. 443, note n° 3 ; A. KLUYSKENS, *Beginnselen van burgerlijk recht*, deel IV, o.c., n° 526, p. 646 ; *R.P.D.B.*, tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, o.c., n° 451, p. 349 ; L. SIMONT, o.c., *Les intermédiaires commerciaux*, n° 19, p. 25.

(1256) Voy. *supra*, n° 116.

(1257) Voy. *supra*, n° 111, et comp. *infra*, n° 156.

(1258) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXVIII, o.c., n° 75, p. 81.

(1259) Voy. *supra*, n° 151.

Certains auteurs ont également essayé de justifier l'absence d'effet rétroactif de la ratification envers les tiers en reprenant le raisonnement qu'ils avaient développé à propos de la confirmation. Ainsi, le représenté ne pourrait plus porter atteinte par la ratification aux droits qu'il a consentis dans l'intervalle, car il se serait implicitement engagé envers leur bénéficiaire à ne pas les en dépouiller (1260). Cette justification est toutefois impuissante à expliquer la protection des droits d'origine légale, tels que ceux découlant de l'expiration d'un délai de rigueur, puisque, dans ce cas, le représenté n'a souscrit aucun engagement envers les tiers.

Par ailleurs, il ne paraît pas non plus possible de justifier la réserve du droit des tiers par le fondement que nous avons proposé pour expliquer l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, à savoir l'effet relatif des actes juridiques en général et des renonciations en particulier (1261). Bien que certains auteurs aient vu dans la ratification une renonciation par le représenté à l'inopposabilité de l'acte accompli sans pouvoir (1262), cette explication ne peut être admise. En effet, à la différence de la confirmation, la ratification ne peut s'analyser en une simple renonciation qui n'affecterait que le patrimoine du ratifiant (1263) ; au contraire, elle modifie également la situation d'autres personnes, puisque, comme on vient de le rappeler, elle donne rétroactivement effet à l'acte ratifié non seulement vis-à-vis du tiers consentant, mais également – et sous la seule réserve de leurs droits acquis – vis-à-vis des autres tiers.

Des explications imaginées, peu convaincantes, ont également été proposées (1264).

En définitive, la réserve des droits des tiers autres que le tiers consentant nous paraît pouvoir trouver son fondement dans une

(1260) Voy. E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome VIII, o.c., n° 217bis, VI, p. 220 ; voy. aussi R.P.D.B., tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, o.c., n° 452, p. 349 et comp. *supra*, n° 104.

(1261) Voy. *supra*, n° 108.

(1262) Voy. P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, o.c., n° 371, p. 57 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, o.c., n° 245, p. 180, et n° 254, p. 188.

(1263) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 237 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n° 345, p. 162 ; B. TILLEMANN, *Le mandat*, o.c., n° 408, p. 245.

(1264) Voy. Bruxelles, 6 mars 1817, *Pas.*, 1817, II, p. 346 : « qu'il est de principe que la rétroaction ne peut se faire, s'il y a quelque obstacle qui empêche la conjonction des deux extrêmes ».

approche fonctionnelle de la rétroactivité (1265). Nous avons vu, en effet, que l'effet rétroactif de la ratification repose sur la recherche d'un équilibre entre les intérêts du représenté et du tiers contractant, et en particulier sur le souci de ne pas imposer à ce dernier une opération à des conditions auxquelles il n'a pas consenti (1266). Toutefois, ce souci ne justifie pas à notre sens de sacrifier systématiquement les intérêts des autres tiers, qui sont demeurés étrangers à l'acte ratifié et n'ont – à la différence du représenté, du tiers consentant ou du représentant – pas approuvé celui-ci. L'équilibre entre les intérêts en présence peut dès lors expliquer que les véritables tiers puissent préserver les droits qu'ils ont acquis avant la ratification.

156. Notion de tiers. Des doutes peuvent surgir quant à la qualité de tiers du destinataire d'un acte unilatéral réceptice.

Celui-ci se voit en effet soumis à certains égards à un traitement différent des autres tiers. Ainsi, par exemple, alors que le dol ne peut en règle émaner que d'une partie au contrat (article 1116 du Code civil), on admet que la volonté de l'auteur d'un acte unilatéral puisse être viciée par le dol d'un tiers, ou à tout le moins du bénéficiaire de l'acte (1267). D'autre part, celui-ci est admis à se prévaloir des effets internes de cet acte s'il comporte un engagement en sa faveur, par opposition au principe selon lequel les tiers ne peuvent se prévaloir que des effets externes (article 1165 du Code civil) (1268).

Dès lors qu'il n'est pas un tiers « ordinaire », il est permis de se demander si le destinataire d'un acte unilatéral accompli sans pouvoir peut, en cas de ratification, prétendre soustraire à l'effet rétroactif de celle-ci les droits qu'il a acquis dans l'intervalle, à l'instar d'un véritable tiers, ou s'il se trouve au contraire dans une situation identique à celle du tiers qui a consenti à traiter avec le représentant en cette qualité (c'est-à-dire du tiers consentant) et ne peut, dès lors, se prévaloir d'aucun droit acquis (1269).

(1265) Sur cette approche, voy. *supra*, n^{os} 5 et s.

(1266) Voy. *supra*, n^o 147.

(1267) P.A. FORIERS, « Exposé introductif... », o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n^o 21, p. 28 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, o.c., n^o 167.4, p. 312 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n^o 717, p. 1049.

(1268) Voy. P.A. FORIERS, « Le mandat... », o.c., *Knelpunten dienstencontracten*, n^o 10, p. 45.

(1269) Voy. sur ce point *supra*, n^o 151.

Plusieurs décisions des juges du fond se sont engagées dans cette seconde voie. Ils ont ainsi considéré que nonobstant le délai de trois jours ouvrables dans lequel le congé pour motif grave doit être notifié au travailleur selon le vœu de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail, l'employeur pouvait valablement ratifier le congé au-delà du délai de trois jours, à la condition qu'il ait été donné par un représentant, même dénué de pouvoirs, dans ce délai (1270).

Une partie de la doctrine a également recherché des traces de cette approche dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Elle se fonde à cet égard sur un arrêt du 7 mars 1969 (1271). Dans cette affaire, en raison d'une condamnation correctionnelle qu'il avait encourue, un directeur technique avait été licencié sans préavis ni indemnité, le 16 mars 1964, par l'administrateur délégué de l'employeur, qui avait cependant agi sans pouvoir. Le conseil d'administration de l'employeur avait ratifié la rupture le 10 avril 1964 et l'assemblée générale de l'employeur en avait fait de même le 25 avril 1964. Tout en estimant que la ratification ne pouvait porter atteinte aux droits acquis par le directeur technique, le juge du fond avait donné un effet rétroactif à cette double ratification en décidant que le directeur technique n'avait acquis aucun droit avant celle-ci. En effet, il décide, conformément aux lois coordonnées du 20 juillet 1955 relatives au contrat d'emploi, que pour le contrat en cause, « la partie qui rompt le contrat n'est pas obligée de notifier le motif *ab initio* et peut différer la rupture et la notification du motif pendant un délai raisonnable » (1272) et que ce délai avait couru jusqu'au 14 décembre

(1270) C. trav. Mons, 11 janvier 1999, *C.D.S.*, 2000, p. 25, note L. PELTZER ; C. trav. Mons, 28 avril 1997, *R.R.D.*, 1999, p. 181 ; C. trav. Liège, 27 juin 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 121 ; C. trav. Liège, 26 février 1996, *C.D.S.*, 1997, p. 143, obs. F. KURZ ; C. trav. Bruxelles, 31 janvier 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 137 ; C. trav. Liège, 3 mai 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 77 ; voy. également, sur la ratification d'une réclamation fiscale intervenue après l'expiration des délais prévus à cet effet, Mons, 2 février 2001, *F.J.F.*, 2001, p. 251 ; Bruxelles, 30 octobre 1997, *F.J.F.*, 1998, p. 49 ; Liège, 16 octobre 1996, *F.J.F.*, 1997, p. 30 ; Liège, 6 octobre 1996, reflet par R. VAN DEN EECKHAUT, *Cour. fisc.*, 1997, p. 350 ; Bruxelles, 17 novembre 1995, *F.J.F.*, 1996, p. 167. La jurisprudence n'est cependant pas unanime : voy., en droit du travail, C. trav. Antwerpen, 15 juin 1998, *C.D.S.*, 1998, p. 510, note ; dans un sens analogue, concernant la renonciation à une clause de non-concurrence : C. trav. Antwerpen, 3 septembre 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 341 ; en matière fiscale : Liège, 16 décembre 1992, *F.J.F.*, 1993, p. 403 ; Civ. Brussel, 23 juin 2002, *F.J.F.*, 2003, p. 477.

(1271) Cass., 7 mars 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 602.

(1272) En effet, l'article 18 des lois coordonnées de 1955, aux termes duquel « [p]euvent seuls être invoqués pour justifier le congé, les motifs notifiés par lettre recommandée, expédiées dans les trois jours du congé », était inapplicable aux contrats dont la rémunération annuelle convenue dépassait 180.000 francs (art. 35 desdites lois). La jurisprudence majoritaire imposait toutefois à l'auteur de la rupture de notifier les motifs de celle-ci dans un

1964, date à laquelle la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi dirigé contre la décision qui avait pénalement condamné le directeur technique. Le juge du fond avait en effet estimé que cette condamnation n'était devenue certaine qu'à cette date et que ce n'est qu'à partir de ce moment-là que le directeur technique aurait acquis le droit de ne plus se voir opposer sa condamnation comme motif de rupture du contrat.

Dans son pourvoi, le directeur technique faisait valoir qu'ayant été licencié sans préavis ni indemnité le 16 mars 1964 par un administrateur incompétent, avec notamment suppression pour lui du droit d'avoir accès aux ateliers sous menace d'expulsion au besoin par la force, il avait acquis, depuis cette date, un droit dont il ne pouvait être privé par l'effet rétroactif de la ratification.

La Cour de cassation rejette cependant le pourvoi en relevant tout d'abord « que le moyen soutient que le droit du demandeur d'obtenir une indemnité du chef de rupture arbitraire et unilatérale est né, non point à la date à laquelle ladite condamnation correctionnelle ne pouvait plus être invoquée pour justifier la rupture unilatérale du contrat, mais à la date même de la rupture par une personne sans pouvoir ». Elle décide alors que « ce soutènement, qui exclut toute possibilité de ratification de ce qui a été fait par un mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné, méconnaît les dispositions de l'article 1998 du Code civil, qui prévoient pareille ratification ». S'exprimant en termes plus larges, le sommaire de l'arrêt publié à la *Pasicrisie* énonce : « Lorsque le mandataire d'un employeur a mis fin à un contrat d'emploi sans en avoir le pouvoir et que le mandant ratifie cet acte, cette ratification rétroagit à la date du congé ; l'employé n'a pas acquis à cette date un droit à indemnité du chef de rupture irrégulière du contrat d'emploi ».

Pour P.A. Foriers, cette solution s'expliquerait par le fait que le travailleur, étant partie au contrat de travail conclu avec l'employeur, ne serait pas véritablement tiers à l'acte unilatéral de congé destiné à y mettre fin (1273). Il se fonde à cet égard sur la généralité des termes de l'arrêt et de son sommaire. Cette solution ne serait en outre pas contredite par l'arrêt du 6 février 1953 (1274), qui refuse d'opposer à un locataire l'effet rétroactif de la ratification de l'opposition au

temps proche de la résiliation (voy. à ce propos M. PAPIER-JAMOULLE, *R.P.D.B.*, compl. tome III, v^o *Contrat de travail et contrat d'emploi*, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp. 499 et s., n^o 608, p. 675).

(1273) Dans le même sens, CLAYES & ENGELS, *La rupture du contrat de travail. Chronique de jurisprudence 2002-2005*, Bruxelles, Larcier, 2006, n^o 43, p. 63 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n^o 6, p. 269, qui se fondent également sur le caractère réceptice de l'acte ; ces auteurs admettent cependant que cette opinion est contredite par l'arrêt du 6 février 1953 (voy. *infra*, au texte).

(1274) Voy. *supra*, n^o 153

renouvellement d'un bail commercial formulée par un organe incompetent de la société bailleresse. « La solution s'explique en effet par le fait que le bail renouvelé constitue un nouveau bail et que le locataire n'est ni partie au nouveau bail à naître, avant sa naissance, ni partie à l'acte unilatéral à ratifier » (1275).

À la réflexion, cependant, cette explication, aussi élégante soit-elle, ne nous paraît pas conciliable avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

S'agissant tout d'abord de l'arrêt du 7 mars 1969, rien dans ses termes ne permet d'accréditer l'idée selon laquelle la Cour aurait entendu assimiler le tiers, destinataire d'un acte unilatéral accompli sans pouvoir dans le cadre d'un contrat, à une partie à un contrat conclu sans pouvoir. Au contraire, l'arrêt paraît bien s'être concentré sur la question de l'existence d'un droit acquis par ce tiers, ce qui semble impliquer que s'il avait pu démontrer l'existence d'un tel droit, il aurait pu valablement l'opposer à l'effet rétroactif de la ratification (1276). L'enseignement de l'arrêt paraît donc plutôt se situer au niveau de la définition du droit acquis opposable au ratifiant (1277). On relèvera d'ailleurs qu'un arrêt du 13 janvier 2003 (1278) examine, à l'instar de l'arrêt du 7 mars 1969, la question de l'effet rétroactif d'un congé à l'égard du travailleur en termes de droits acquis, plutôt que de mettre en doute la qualité de tiers du travailleur.

Quant à l'arrêt du 6 février 1953, il convient de garder à l'esprit qu'il concernait non seulement la ratification d'une opposition au renouvellement d'un bail, mais également le congé notifié dans le cadre de ce bail (1279). S'il est vrai que le troisième moyen n'abordait que le premier de ces actes, tant la Cour que le ministère public y ont répondu en des termes tout à fait généraux portant tant sur le congé que sur le refus de renouvellement, qu'ils qualifient d'« actes unilatéraux, auxquels partant le [locataire] n'est pas partie ». Or, on n'aperçoit guère

(1275) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *Les obligations contractuelles*, o.c., n° 13, pp. 236 et s., spéc. p. 237 ; voy. également P.A. FORIERS, « Le droit commun... », o.c., *Les intermédiaires commerciaux*, n° 71, p. 80, note n° 1 ; P.A. FORIERS, « Actualités... », o.c., *Actualité du droit des obligations*, n° 13, p. 20 ; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, o.c., *Actualité de quelques contrats spéciaux*, n° 33, pp. 100 et s. ; P.A. FORIERS, « Le mandat... », o.c., *Knelpunten dienstencontracten*, n° 10, pp. 44 et s. ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, o.c., *R.C.J.B.*, 2001, n° 288, p. 544.

(1276) Comp. l'arrêt du 5 novembre 1979 (voy. *supra*, n° 151) qui décide au contraire que le tiers cocontractant ne peut échapper à cet effet rétroactif même lorsqu'il peut se prévaloir de droits acquis.

(1277) En ce sens, antérieurement, P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux... », o.c., *R.D.C.*, 1983, p. 158.

(1278) Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29 ; voy. *infra*, n° 157.

(1279) Voy. *supra*, n° 153.

pourquoi le congé donné dans le cadre d'un bail commercial et celui relatif à un contrat de travail seraient soumis à un régime différent.

Au demeurant, rien ne nous paraît justifier en opportunité l'assimilation dans ce contexte du destinataire d'un acte unilatéral réceptice, fût-il émis dans le cadre d'un contrat, à un tiers consentant (1280). En effet, ce dernier choisit par hypothèse de traiter avec un représentant en cette qualité. Il accepte donc, dès le départ, que son véritable interlocuteur soit le représenté. S'il devait ultérieurement s'avérer que le représentant avait excédé ses pouvoirs, le représenté ne surprendrait en rien le tiers consentant en ratifiant rétroactivement l'acte accompli sans pouvoir, puisque telle était la situation voulue dès le départ par le tiers consentant. En revanche, le destinataire d'un acte unilatéral n'a pas sollicité l'intervention du représentant. Il peut donc à notre sens légitimement douter de la qualité de celui-ci et s'opposer à ce qu'au préjudice de ses droits acquis dans l'intervalle, le représenté – fût-il son cocontractant – revendique rétroactivement le bénéfice de l'acte accompli en son nom sans avoir pris la précaution de conférer au préalable les pouvoirs nécessaires. Il n'en irait autrement que si l'on remettait fondamentalement en cause la prémisse selon laquelle la ratification ne peut porter atteinte aux droits que les tiers tirent de l'expiration d'un délai de rigueur (1281).

De cette analyse, nous retiendrons que la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet pas, à notre sens, de soumettre le destinataire d'un acte unilatéral accompli sans pouvoir à l'effet rétroactif de la ratification, celle-ci dût-elle émaner du cocontractant du destinataire de l'acte. Au contraire, ce dernier pourra, comme tout autre tiers, opposer valablement à la rétroactivité de la ratification les droits qu'il aurait acquis dans l'intervalle.

On ne peut dès lors que prendre acte de l'écart qui sépare cet enseignement de la jurisprudence « dissidente » de certains juges du fond (1282). Cet écart ne paraît cependant pas insurmontable dans la mesure où la Cour permet, dans l'hypothèse où le destinataire de l'acte unilatéral s'est abstenu de contester les pouvoirs du représentant dans un délai raisonnable, d'aboutir à une solution en pratique très proche de cette jurisprudence (1283). En outre, dès lors que le délai de trois jours pour la notification du congé

(1280) Comp. en revanche la situation particulière de ce tiers sous l'angle du principe de l'exécution de bonne foi, *supra*, n° 131.

(1281) Voy. à ce propos *supra*, n° 139, et *infra*, n° 155.

(1282) Voy. *supra*, note n° 1270.

(1283) Voy. *supra*, n° 131.

ne commence à courir qu'à partir du moment où celui qui a le pouvoir de rompre le contrat en acquiert connaissance, la question de l'effet rétroactif de la ratification du congé perd largement de son intérêt (1284). Même si elles reposent sur des justifications différentes, la jurisprudence des juges du fond et celle de la Cour de cassation se rejoignent donc largement en pratique.

157. Notion de droit acquis. Dans le domaine du droit comme ailleurs, un concept n'acquiert souvent toute son importance que lorsqu'une formule frappante parvient à lui donner du relief (1285). La notion de « droit acquis » n'échappe pas à cette règle (1286), puisqu'elle constitue non seulement la limite aux effets admissibles pour les tiers en matière de ratification ou de confirmation (1287), mais qu'elle joue également un rôle central dans les règles du droit transitoire (1288). Encore convient-il à chaque fois de s'interroger sur la portée exacte de cette expression.

I. Il est tout d'abord constant qu'un *droit réel* consenti par le représenté à un tiers constitue un droit acquis lui interdisant de porter atteinte à ce droit en ratifiant un acte de disposition du même bien accompli avant le contrat conclu avec le tiers (1289).

Comme l'observe la **doctrine allemande**, le tiers se trouve ainsi mieux protégé que si l'acte de disposition antérieur avec été accompli sous condition suspensive (1290). En ce cas, en effet, l'effet rétroactif de la condition pourrait porter atteinte au droit acquis par ce tiers (1291). Cette différence n'est cependant pas nécessairement cri-

(1284) Voy. *infra*, n° 161.

(1285) Comment l'ont relevé, à propos du principe de la convention-loi et de la théorie de l'abus de droit, P. MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 198 et s., et à propos de la représentation, P.A. FORIERS, « La représentation... », *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 1, p. 133 ; pour d'autres exemples, cons. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 7, IV, p. 73.

(1286) Voy. ainsi, sur l'engouement suscité par cette expression en droit international privé, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n°s 226 et s., p. 289 et s.

(1287) Voy. *supra*, n°s 99 et s.

(1288) Voy. par exemple Cass., 3 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 1, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ.

(1289) Voy. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, *o.c.*, n° 127, p. 217 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XIII, *o.c.*, n° 286, pp. 284 et s. ; *R.P.D.B.*, tome VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers, o.c.*, n° 454, p. 349 ; comp. *supra*, n° 111, à propos de la confirmation.

(1290) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 1027, p. 405.

(1291) Voy. *infra*, n° 193.

tiquable dès lors que l'effet rétroactif poursuit dans les deux cas un objectif différent (1292).

On rappellera par ailleurs que le droit allemand ne connaît pas de principe général de protection des droits acquis des tiers (1293). Sans doute aboutit-il le plus souvent au même résultat que le droit belge en raison d'une autre règle, selon laquelle le représenté ne peut plus ratifier lorsqu'il a perdu le pouvoir de disposition de la chose, et dont le § 184, alinéa 2, du BGB, constitue une application. Tel n'est cependant pas toujours le cas.

Ainsi, par exemple (1294), si (i) A', représentant sans pouvoir de A, aliène un immeuble à B, que (ii) A aliène ensuite ce même immeuble à C et qu'enfin (iii) A ratifie la première aliénation, les droits belge et allemand donneront tous deux la préférence à C, le premier, parce que la ratification ne peut porter atteinte aux droits acquis de celui-ci, et le second, parce qu'en disposant de la chose au profit de C, A a perdu le pouvoir de ratifier l'aliénation consentie par A'. La même solution vaut si l'étape (ii) est remplacée par l'ouverture d'une faillite à l'encontre de A, C désignant alors la masse des créanciers. Enfin, le même raisonnement peut être suivi si, à l'étape (ii), A est privé involontairement de la propriété de la chose par une expropriation ou une mesure de confiscation, ou encore si la chose est grevée d'un gage d'origine légale (1295).

La solution différera cependant toutes les fois où le droit acquis du tiers a été consenti, non par le représenté, mais par le cocontractant de celui-ci. En ce cas, le droit allemand reconnaîtra un effet rétroactif à la ratification, tandis que le droit belge continuera à protéger les droits acquis du tiers. Ainsi, par exemple, si (i) A aliène un immeuble à B', représentant sans pouvoir de B, que (ii) A aliène ensuite ce même immeuble à C et qu'enfin (iii) B ratifie la première aliénation, alors B triomphera en droit allemand parce que le second acte de disposition n'a pas été accompli par lui, mais par A (1296). En revanche, C l'emportera en droit belge parce que la ratification émanant de B ne peut porter atteinte à ses droits acquis. Ici également, le même raisonne-

(1292) Voy. *infra*, n^{os} 211 et s.

(1293) Voy. *supra*, n^o 143.

(1294) On raisonne ici en faisant abstraction des exigences de la publicité foncière ; voy. à ce propos *supra*, n^o 154.

(1295) K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n^o 52, pp. 329 et s.

(1296) Voy. L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 204, IV, n^o 3, p. 1242 ; B. FRENCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n^o 6, p. 280 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n^{os} 53 et s., p. 330 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n^o 24, p. 1839 (ces deux derniers auteurs observent que la solution est alors la même qu'en matière de condition suspensive ; voy. à ce propos *infra*, n^o 193).

ment peut être suivi si l'étape (ii) est remplacée par l'ouverture d'une faillite à l'encontre de A, C désignant alors la masse des créanciers.

II. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1953 (1297) fournit sur la notion de droit acquis une intéressante indication. Lorsque le représenté est tenu par la loi d'agir dans un *délai de rigueur* – tel que le délai de trois mois prévu pour notifier au locataire un refus de renouvellement d'un bail commercial –, les conséquences que la loi attache à l'expiration de ce délai engendrent des droits acquis dont les tiers ne peuvent être privés par la ratification hors délai de l'acte accompli par le représentant dans ce délai (1298).

La solution diffère partiellement **en droit allemand**. En l'absence d'un principe général de protection des droits acquis des tiers (1299), il convient de vérifier à chaque fois si le but de la loi s'oppose à la ratification de l'acte après l'expiration du délai de rigueur (1300). Ainsi, l'exercice d'un droit de préemption (1301) ou le licenciement pour motif grave d'un travailleur (1302) ne peuvent être ratifiés après l'expiration du délai légal, pas plus que l'acceptation d'une offre ne peut être ratifiée après l'expiration du délai stipulé par l'offrant (1303). De manière générale, le Bundesgerichtshof se refuse à reconnaître le moindre effet

(1297) Voy. *supra*, n° 153.

(1298) J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 7, p. 42 ; *adde Pand.*, tome LXI, v° *Mandat*, *o.c.*, n° 861, p. 797 (à propos des délais de prescription) ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, *o.c.*, n° 427, p. 257 (qui envisage cependant la situation du tiers contractant ; voy. à ce propos *supra*, n° 151). Sur les conséquences de ce principe en matière d'actes de procédure, voy. *infra*, n° 159. *Adde* récemment Cass., 18 septembre 2014, n° C.13.0445.F.

(1299) Voy. *supra*, n° 143.

(1300) Voy. B. FRENSCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 2, p. 279 ; H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 2, p. 192 ; E. SCHILKEN, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 179, n° 9, p. 184 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 177, n° 46, p. 1772 et § 184, n° 13, p. 1836 ; comp. la position d'autres auteurs pour qui la ratification serait toujours exclue : K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 51, n° 21, p. 935.

(1301) BGH, 15 juin 1960, *BGHZ*, vol. 32, p. 375, *N.J.W.*, 1960, p. 1805, point II, 3, *in fine*.

(1302) BAG, 26 mars 1986, *N.J.W.*, 1987, pp. 1038 et s., spéc. p. 1039. Un licenciement ordinaire doit quant à lui être ratifié en principe avant la prise de cours du préavis, sauf si le travailleur a marqué son accord pour que le congé lui soit notifié par un représentant sans pouvoir, auquel cas il renonce également à l'observation rigoureuse du délai de préavis (K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 180, n° 12, p. 1791).

(1303) BGH, 13 juillet 1973, *N.J.W.*, 1973, p. 1789, point 4 et la doctrine majoritaire ; *contra* : K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 21, p. 314, qui objecte de manière convaincante que (i) l'acceptation, même sans pouvoir, de l'offre fait naître un contrat conclu sans pouvoir, dont la ratification est permise par le § 177, et que (ii) la solution contraire aboutirait à rendre impossible la ratification lorsque l'offre a été faite en présence du représentant sans pouvoir, car le § 147 exige en ce cas que l'acceptation soit émise immédiatement ; E. SCHILKEN, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 179, n° 9, p. 184.

rétroactif à la ratification d'une *Gestaltungserklärung* (1304), à savoir un acte juridique unilatéral produisant des effets juridiques sans le concours d'une autre personne et par lequel un rapport de droit est constitué, précisé, modifié, terminé ou abrogé (1305).

En droit belge également, on pourrait être enclin, si l'on accepte d'envisager l'effet rétroactif de la ratification dans une perspective fonctionnelle (1306), à remettre en question, ou du moins à assouplir la règle selon laquelle la ratification ne peut porter atteinte aux droits que les tiers tirent de l'expiration d'un délai de rigueur. En effet, il pourrait être soutenu que les tiers sont suffisamment informés par l'acte conservatoire accompli par le représentant dans ce délai ; la ratification ultérieure de cet acte ne leur causerait dès lors pas une surprise telle qu'elle doive se voir dénier tout effet rétroactif à leur égard. Afin d'éviter que les tiers ne soient maintenus indéfiniment dans l'expectative, on pourrait du reste envisager, sur le modèle du droit comparé (1307), que les tiers puissent mettre le représenté en demeure de prendre attitude. Ainsi atteindrait-on sans doute un meilleur équilibre des intérêts en présence. Au surplus, ces aménagements permettraient de résoudre l'incohérence du droit positif qui prévoit, d'une part, l'impossibilité pour le représenté de ratifier un acte après l'expiration d'un délai de rigueur, mais, d'autre part, le dispense d'une telle ratification lorsque le tiers ne s'est pas prévalu de l'absence de pouvoir du représentant dans un délai raisonnable (1308).

III. Un important enseignement se dégage également de l'arrêt du 7 mars 1969 (1309). Saisie d'un moyen qui faisait valoir qu'un

(1304) Il en va ainsi à propos de la mise en demeure de s'exécuter dans un délai déterminé (BGH, 28 novembre 2002, VII ZR 270/01, point II, 2, a) ; BGH, 15 avril 1998, *N.J.W.*, 1998, p. 3058, point II, 2, b)) ou de la résolution d'un contrat (BGH, 22 octobre 1999, *BGHZ*, vol. 143, p. 41, *N.J.W.*, 2000, p. 506, point II, 1, b)) ; *contra* : K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 21, p. 314, pour qui il conviendrait encore d'apprécier au cas par cas si le but de la loi s'oppose en ce cas à la ratification.

(1305) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 15, n°s 65 et s., pp. 266 et s. On pense, par exemple, à l'exercice d'une option, à un congé, à la décision d'annuler ou de résoudre un contrat, etc. On notera qu'en **droit suisse**, le mot *Gestaltungsrecht* est traduit par « droit formateur » (voy. par exemple Trib. féd., 1^{er} mai 2009, *ATF*, vol. 135, III, p. 441, point 3.3). Comp. en **droit belge** la notion de *partijbeslissing*, telle que définie par S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994, n° 352, p. 484 (« een partijbeslissing zich [...] kenmerkt door het feit dat de beslissing genomen door één van de partijen, berust op een bevoegdheid, verleend door de wet of door de overeenkomst, om eenzijdig de rechten en plichten van de andere partij te bepalen of te wijzigen »).

(1306) Voy. à ce propos *supra*, n° 155.

(1307) Voy. *supra*, n°s 143 et s.

(1308) Sur cette contradiction au moins apparente, voy. *supra*, n° 139.

(1309) Voy. *supra*, n° 156.

travailleur auquel avait été notifié sans pouvoir un congé avait acquis, au jour de ce congé, le droit à une indemnité pour rupture irrégulière, la Cour rejeta le pourvoi en décidant que « ce soutènement, qui exclut toute possibilité de ratification de ce qui a été fait par un mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné, méconnaît les dispositions de l'article 1998 du Code civil, qui prévoient pareille ratification ».

L'intérêt de l'arrêt du 7 mars 1969 est de mettre en évidence que les droits acquis dont les tiers peuvent se prévaloir pour faire échec à l'effet rétroactif de la ratification *ne peuvent découler de l'acte ratifié lui-même*, car pareil raisonnement circulaire aboutirait à rendre impossible de manière générale toute ratification. En d'autres termes, les tiers n'ont aucun droit acquis à se prévaloir de l'absence de pouvoir du représentant, car ce serait contraire au mécanisme même de la ratification (1310).

Cette décision est du reste conforme au principe que nous avons déjà dégagé selon lequel les effets internes principaux de l'acte accompli sans pouvoir sont suspendus dans l'attente de son éventuelle ratification, et ce, aussi bien vis-à-vis du représenté que du tiers avec lequel le représentant a traité (1311). Ainsi, selon un arrêt du 6 novembre 1995, lorsque le congé a été donné par un mandataire de l'employeur qui était sans compétence pour ce faire, le travailleur ne peut prétendre à un droit à une indemnité au motif qu'il aurait été irrégulièrement mis fin à son contrat de travail ; l'employeur n'est en d'autres termes pas lié par ce congé (1312).

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2003 réalise la synthèse de ces différentes idées (1313).

Dans cette affaire, un préavis prenant cours le 1^{er} mars 1997 avait été notifié le 10 février 1997 et n'avait été ratifié que le 10 janvier 1998, soit 11 mois plus tard. Le travailleur faisait valoir à l'encontre de l'arrêt qui avait reconnu l'effet rétroactif de cette ratification que pareille solution aboutissait à le priver de tous les droits résultants d'un congé avec préavis, et notamment du droit de donner un contre-préavis ou de s'absenter pendant la durée du préavis pour retrouver du travail. La Cour de cassation refuse cependant de suivre cette argumentation

(1310) J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 5, p. 42.

(1311) Voy. *supra*, n° 125.

(1312) Cass., 6 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1002.

(1313) Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29.

en décidant en substance que le travailleur ne se trouvait en réalité pas en période de préavis tant que le congé n'avait pas été ratifié par l'employeur :

« Attendu qu'en vertu de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil, le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait par le mandataire au-delà du pouvoir donné à celui-ci qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ;

Que la ratification a un effet rétroactif à la condition de ne pas préjudicier aux droits acquis par les tiers ;

Attendu que le congé moyennant préavis donné à un travailleur au nom de l'employeur par un mandataire qui excède son pouvoir ne lie pas l'employeur ;

Qu'aussi longtemps qu'il n'est pas ratifié par celui-ci, cet acte ne sortit aucun des effets que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail attache au congé ;

Que, dès lors, sa ratification par l'employeur ne saurait porter atteinte à un droit que le travailleur aurait acquis en vertu de cette loi du fait du congé ».

Tout en approuvant la solution retenue au final, P.A. Foriers a critiqué cette décision en faisant valoir que ses termes laissaient perplexes dans la mesure où ils font penser à un cercle vicieux (1314). Il ajoutait que « si le congé donné sans pouvoir ne lie pas l'employeur, il lie en revanche le travailleur qui ne pourrait se prévaloir de l'excès de pouvoir. Il fait donc naître dans le chef de celui-ci une situation nouvelle sous réserve d'un refus de ratification de l'employeur » (1315).

Nous craignons de ne pas pouvoir nous rallier à cette analyse (1316). En effet, à notre sens, le congé donné par un représentant sans pouvoir au travailleur ne lie pas plus celui-ci que l'employeur. Pour autant, en effet, qu'il agisse dans un délai raisonnable, le travailleur peut parfaitement soulever l'absence de pouvoir du représentant (1317). Ce faisant, il contraindra le représenté à prendre attitude : soit celui-ci désavoue l'acte accompli par son représentant, et cet acte restera dès lors définitivement privé d'effets ; soit il ratifie le congé, et celui-ci

(1314) P.A. FORIERS, « Le mandat... », *o.c.*, *Knelpunten dienstencontracten*, n° 10, p. 46.

(1315) P.A. FORIERS, « Actualités... », *o.c.*, *Actualité en droit des obligations*, n° 14, p. 22.

(1316) Voy. également *infra*, n° 161, à propos de la ratification du congé pour motif grave.

(1317) Dans le cas d'un congé sans préavis, il le fera notamment en continuant à se présenter au travail comme si aucun congé ne lui avait été notifié. Voy. en ce sens Cass., 6 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 77, analysé *supra*, n° 127 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, p. 272.

sortira dès lors rétroactivement ses effets vis-à-vis du travailleur. Ce dernier ne pourra dès lors prétendre avoir été privé d'un quelconque droit conféré par le congé puisque celui-ci était demeuré jusqu'à ce moment-là sans effet à son égard (1318). Ce n'est que dans le cas où le travailleur s'abstient de soulever l'absence de pouvoir dans un délai raisonnable qu'il sera déchu du droit de le faire ultérieurement. Même dans cette hypothèse, il ne peut prétendre tirer aucun droit acquis du congé, car l'employeur conserve le droit de ne pas ratifier celui-ci et de lui refuser tout effet. Toutefois, en pratique, on considérera souvent, compte tenu de l'écoulement du temps, que l'employeur a ratifié tacitement le congé ou du moins qu'il est tenu sur la base de la théorie de l'apparence.

158. Possibilité de mettre le représenté en demeure de prendre attitude. Certains auteurs ont également soutenu qu'indépendamment de la protection des droits acquis des tiers, ceux-ci pourraient mettre le représenté en demeure de ratifier dans un délai raisonnable, et qu'à l'expiration de ce délai la ratification ne serait plus possible (1319). Cette solution, inspirée du droit comparé, irait idéalement de pair avec un assouplissement de la règle selon laquelle la ratification ne peut plus intervenir après l'expiration d'un délai de rigueur (1320). Toutefois, on concédera qu'en l'absence de texte en ce sens, elle ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Certes, l'absence de réaction du représenté à une mise en demeure adressée par le tiers de prendre attitude face à un acte accompli par un représentant pourra, en fonction des circonstances, s'interpréter comme une renonciation à cet acte ou à la possibilité de le ratifier. Du reste, la ratification qui surprendrait le tiers en raison de sa tardiveté pourra également, selon le cas, être considérée comme constitutive d'un abus de droit. Il paraît toutefois délicat de reconnaître le moindre automatisme en la matière. On connaît en effet la réticence de la Cour de cassation

(1318) C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 2, p. 265, n° 3, p. 266 et n° 7, pp. 269 et s. – En revanche, la ratification ne pourra priver le travailleur de son droit à la rémunération pour la période pendant laquelle il a continué à travailler, puisque ce droit découle, non du congé, mais du contrat lui-même.

(1319) Voy. J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 9, p. 44 ; **en France**, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome I, *o.c.*, n° 120, p. 210 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, o.c.*, n° 91, p. 92 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, o.c.*, n° 246, p. 181.

(1320) Voy. à ce propos *supra*, n°s 139 et 155, et, en droit comparé, *supra*, n°s 143 et s.

à admettre la déchéance d'un droit du seul fait de son non-exercice en l'absence d'expiration des délais de prescription (1321).

VI. – Cas particulier des actes de procédure

159. Régime. S'ils sont globalement soumis aux principes exposés ci-avant, les actes de procédure présentent toutefois certaines particularités qui justifient un traitement séparé.

Ainsi, un acte de procédure accompli par un représentant sans autorisation expresse ou tacite du représenté peut être désavoué en tout temps, tant par le représenté que par les autres parties litigantes. En d'autres termes et contrairement au droit commun, le tiers, destinataire d'un acte unilatéral de procédure, n'est pas tenu de se prévaloir de l'excès de pouvoir dans un délai raisonnable (1322).

Toutefois, même lorsque l'excès de pouvoir du représentant est établi, le représenté dispose encore du pouvoir de ratifier l'acte de procédure accompli en son nom (1323). Conformément au droit commun, l'effet rétroactif de cette ratification ne pourra cependant porter atteinte aux droits acquis des tiers (1324). Que signifie concrètement cette limite en matière d'actes de procédure ?

Lorsque l'accomplissement d'un acte de procédure est soumis à un *délai de rigueur* – tel qu'un délai de prescription pour l'introduction d'une action en justice ou un délai prévu à peine de déchéance pour l'exercice d'une voie de recours –, l'acte de procédure ne peut plus être ratifié après l'expiration de ce délai (1325).

Ainsi, dans ses conclusions précédant l'arrêt du 6 février 1953, le ministère public voyait une application de la protection des droits acquis des tiers dans l'impossibilité de ratifier rétroactivement un acte d'appel ou un pourvoi en cassation après l'expiration du délai

(1321) Sur le rejet de la théorie de la *rechtsverwerking*, voy. *supra*, n° 141.

(1322) Comme on l'a déjà indiqué, cette possibilité est reconnue au tiers en vue de lui permettre d'échapper aux graves inconvénients que représente pour lui le fait d'être impliqué contre son gré dans une procédure judiciaire. En effet, bien que les règles relatives à l'excès de pouvoir soient en principe établies dans l'intérêt du représenté, le tiers dispose dans ce cas également d'un intérêt légitime à s'assurer de l'existence des pouvoirs du représentant. Voy. à ce propos *supra*, n° 133.

(1323) Art. 848 et 1133, 6°, du Code judiciaire.

(1324) Voy. *supra*, n° 153 (le tiers, destinataire d'un acte de procédure, entre en effet dans la catégorie des tiers non consentants).

(1325) Voy. *supra*, n° 157, II.

de recours (1326). Le Conseil d'État déclare pareillement irrecevable le recours en annulation introduit par un représentant incompétent lorsqu'il n'est ratifié qu'après l'expiration du délai de recours (1327).

On se souviendra en revanche qu'**en droit allemand**, où il n'existe aucun principe général de protection des droits acquis, il convient à chaque fois de rechercher le but de la loi pour déterminer si celle-ci s'oppose à la ratification d'un acte devant être accompli dans un délai de rigueur (1328). C'est ainsi que, s'écartant sensiblement de la solution retenue en droit belge, une Chambre commune aux cinq plus hautes Cours de justice d'Allemagne a confirmé qu'un recours introduit par un représentant sans pouvoir pouvait être ratifié *après* l'expiration du délai de recours, aussi longtemps que n'était pas intervenu un jugement faisant obstacle à l'introduction de ce recours (1329).

Réciproquement, lorsqu'aucun délai de rigueur n'est encore expiré, le tiers ne peut se prévaloir d'aucun droit acquis.

(1326) Conclusions de M. le procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, alors premier avocat général, avant Cass., 6 février 1953, *R.P.S.*, 1953, p. 228. La solution n'est pas neuve. Ainsi, déjà avant l'adoption du Code civil, promulgué le 30 ventôse an XII (21 mars 1804), un arrêt du 24 brumaire an IX de la Cour de cassation de France avait considéré comme irrecevable l'appel interjeté par une personne qui se prétendait fondé de pouvoir, mais qui, dans les faits, n'avait pas reçu de procuration, cet appel ayant été ratifié après l'expiration du délai d'appel, qui était à l'époque de trois mois (décision citée par J.-B. PERRIN, *Traité des nullités en matière civile*, Lons-le-Saunier, Gauthier Neveu, 1816, pp. 333 et s. ; on rappellera qu'à cette époque, le territoire belge était encore soumis à la législation française). — La traduction française amphigourique d'un arrêt du 28 septembre 2012 pourrait donner l'impression contraire. Statuant sur une demande de désaveu du pourvoi introduit par un avocat à la Cour de cassation au nom du demandeur en cassation, l'arrêt énonce en effet que « [l]e demandeur en cassation peut ratifier ou confirmer le pourvoi introduit en temps utile », donnant ainsi l'impression que cette ratification pourrait intervenir après l'expiration des délais de recours pour autant que le pourvoi lui-même ait été introduit avant celle-ci (Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 497, point 6, *A.C.*, 2012, n° 497, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL). Toutefois, tant le texte de l'article 848, alinéa 3, du Code judiciaire (« Les autres parties litigantes peuvent introduire les mêmes demandes à moins que la personne au nom de laquelle l'acte a été accompli ne le ratifie ou ne le confirme en temps utile ») que le texte original de l'arrêt (« De verzoeker in cassatie kan het ingestelde cassatieberoep bekrachtigen of te bekwamer tijd bevestigen ») confirment que c'est bien la ratification, et non seulement le pourvoi, qui doit intervenir en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration des délais de rigueur prévus pour l'introduction du pourvoi. Au surplus, il ne ressort pas de l'arrêt que la décision attaquée ait été signifiée, de sorte que la ratification pouvait en l'espèce intervenir sans limite de temps. *Adde* récemment Cass., 18 septembre 2014, n° C.13.0445.F.

(1327) Voy. C.E., 21 décembre 2006, *VZW Kunos*, n° 166.212 ; C.E., 7 juin 2002, *ASBL Hôpitaux Saint-Joseph, Sainte-Thérèse et IMTR*, n° 107.540 ; C.E., 26 juin 1998, *SCS Madibel et Peeters*, n° 74.700 ; C.E., 26 novembre 1997, *Union professionnelle belge des médecins spécialistes en ophtalmologie et chirurgie oculaire*, n° 69.847.

(1328) Voy. *supra*, n° 157, II.

(1329) Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, 17 avril 1984, *N.J.W.*, 1984, p. 2149 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 14, p. 1836.

Cette dernière solution est confirmée par un arrêt, déjà ancien, de la Cour de cassation rendu en matière de délit de chasse (1330). Le propriétaire d'un terrain s'était constitué partie civile en se portant fort pour celui auquel il avait concédé un bail de chasse. Un mois plus tard, ce dernier ratifia la constitution de partie civile. Toutefois, dans l'intervalle, le parquet avait lancé citation contre le prévenu. Celui-ci, condamné, fit valoir qu'en vertu de la loi sur la chasse, la citation du parquet devait être précédée d'une plainte. Après avoir relevé que la ratification était intervenue avant l'expiration du délai de prescription et donc « en temps utile », la Cour de cassation rejeta le pourvoi en considérant qu'il résultait de la ratification que la constitution de partie civile existait « au jour de la citation ». Sans l'indiquer expressément, elle attribue donc à cette ratification un effet rétroactif au détriment du prévenu à la seule condition que cette ratification intervienne avant l'expiration des délais de prescription.

Plus récemment, un arrêt du 10 mai 1996 s'est penché sur la ratification des engagements pris par le promoteur d'une société en formation (1331). Cette ratification n'étant intervenue qu'en degré d'appel, le juge du fond avait rejeté l'appel formé par la société tendant à la mise hors cause de son promoteur, condamné par le premier juge en lieu et place de la société, au motif que cette dernière n'avait déclaré reprendre l'instance qu'en degré d'appel et n'avait dès lors pas qualité pour interjeter appel. Après avoir rappelé qu'en vertu de la loi, les engagements pris au nom d'une société en formation et repris par celle-ci sont réputés avoir été contractés dès l'origine (1332), la Cour casse le jugement attaqué dès lors qu'il « limite à la seule instance d'appel les effets de la ratification par [la société] des engagements pris en son nom par [le promoteur] ». En d'autres termes, dans cette affaire où aucun délai de rigueur n'était en cause, l'effet rétroactif de la ratification permettait de faire remonter l'acte ratifié au début de la procédure.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 1^{er} mars 1999 s'est montré plus restrictif en considérant que, dès lors que les conditions de recevabilité s'apprécient au jour de l'introduction de la demande en justice et que l'absence d'autorisation donnée par l'assemblée générale d'introduire l'*actio mandati* contre un administrateur entraîne le défaut de qualité à agir, il n'était plus permis à l'organe compétent de ratifier par la suite l'introduction de la demande (1333). Cette solution

(1330) Cass., 26 janvier 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 150.

(1331) Cass., 10 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 168.

(1332) Art. 13bis L.C.S.C. (actuel art. 60 du Code des sociétés).

(1333) Antwerpen, 1^{er} mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181, note ; voy. également Comm. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, pp. 184 et s., et le commentaire de ces décisions par B. VAN

est critiquable, dans la mesure où elle aboutit, même en l'absence de tout délai de rigueur, à conférer un droit acquis aux tiers du seul fait de l'accomplissement d'un acte sans pouvoir – en l'occurrence, l'introduction d'une *actio mandati* sans autorisation préalable de l'assemblée générale –, ce qui aboutit à exclure toute possibilité de ratification. Or, un tel raisonnement ne peut être admis (1334). On observera d'ailleurs que, saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers précité, la Cour de cassation prit bien soin de relever que la décision de l'arrêt attaqué sur l'impossibilité de ratifier n'était pas critiquée par le pourvoi, laissant ainsi entendre qu'elle ne partageait pas nécessairement cette opinion (1335).

On mentionnera cependant un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1998 qui paraît faire preuve d'une sévérité particulière (1336). Il déclare en effet irrecevable le pourvoi formé au nom d'une société représentée par des liquidateurs qui avaient démissionné depuis le prononcé de l'arrêt attaqué et ajoute « [Q]ue la déclaration faite par le nouveau liquidateur dans un mémoire en réplique déposé postérieurement à l'introduction du pourvoi, suivant laquelle "il confirme le pourvoi" ou "reprend la procédure" ne permet pas d'obvier aux effets du vice du pourvoi ». La Cour semble ainsi considérer que le défendeur en cassation avait un droit acquis à s'opposer à la ratification du pourvoi sans même relever que cette ratification serait intervenue après l'expiration du délai de cassation.

En l'absence de tout délai de rigueur, jusqu'à quand la ratification peut-elle intervenir ? En principe jusqu'au jugement, voire

BRUYSTEGEM, « Over de bekrachtiging van een *actio mandati* », pp. 188 et s., note sous Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, pp. 188 et s.

(1334) Voy. *supra*, n° 157, III. Sur ce qu'une *actio mandati* introduite sans autorisation préalable de l'assemblée générale constitue bien un acte accompli sans pouvoir, voy. B. VAN BRUYSTEGEM, *o.c.*, *T.R.V.*, 2000, n° 5, p. 189. Sur ce que, sauf expiration des délais de prescription ou de déchéance, le défendeur n'a aucun droit acquis à opposer à la ratification de cette *actio mandati*, *ibid.*, n° 6, p. 189.

(1335) Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 35, note J. VANANROYE, *o.c.*, n° 5, p. 42. On rappellera à cet égard qu'en matière civile, la Cour de cassation se refuse classiquement à élever d'office un moyen non formulé par le pourvoi (voy. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours (suite) », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 271 et s., n° 358, pp. 375 et s. et l'intéressante critique qu'ils formulent à l'encontre de cette jurisprudence). Bien que l'arrêt n'ait été publié que sous la forme d'un sommaire à la *Pasicrisie*, le ministère public a cependant jugé utile de signaler que « [l]'arrêt a encore relevé que la question de savoir si, après la déclaration de faillite de la société, le curateur pouvait entériner une action irrégulièrement introduite avant la faillite, ne se posait pas » (*Pas.*, 2003, n° 453, note (1)).

(1336) Cass., 11 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 301.

encore dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours ordinaire (1337). Dès lors, ce n'est que lorsque la décision est coulée en force de chose jugée que les autres parties peuvent se prévaloir d'un droit acquis leur permettant de s'opposer à l'effet rétroactif de la ratification.

VII. – Synthèse et application

160. Synthèse des effets de la ratification. Compte tenu de la complexité des principes en cause, il n'est pas inutile de résumer les conclusions auxquelles nous sommes parvenu et d'examiner à titre illustratif comment elles pourraient s'appliquer à la problématique de la ratification du congé pour motif grave.

Premièrement, *la question de la ratification* ne se pose que si les tiers concernés sont admis à se prévaloir de l'excès de pouvoir commis par le représentant (1338). Or, s'agissant en particulier du destinataire d'un acte unilatéral de congé, celui-ci ne peut contester les pouvoirs de l'auteur du congé qu'à la condition d'agir dans un délai raisonnable (1339).

Deuxièmement, la ratification est en principe dotée d'un *effet rétroactif* (1340). Celui-ci ne peut cependant avoir pour conséquence de priver les tiers des droits acquis dans l'intervalle (1341).

Troisièmement, le *destinataire d'un acte unilatéral* doit toujours être considéré comme un tiers, même lorsqu'il est par ailleurs partie au contrat dans le cadre duquel cet acte unilatéral lui est adressé (1342).

Quatrièmement et enfin, le tiers peut se prévaloir d'un *droit acquis* notamment lorsqu'il est devenu titulaire dans l'intervalle d'un droit réel sur un bien du représenté ou encore (selon l'opinion dominante) lorsque la loi attache des conséquences à l'expiration d'un délai de rigueur dans lequel le représenté est tenu d'agir. En revanche, le tiers ne peut tirer aucun droit acquis du seul accomplissement d'un acte sans pouvoir. En effet, lorsque le

(1337) J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.*, 2004, n° 8, p. 43 ; voy. aussi l'arrêt du 10 mai 1996, précité à la note n° 38.

(1338) Voy. *supra*, n°s 126 et s.

(1339) Voy. *supra*, n° 131.

(1340) Voy. *supra*, n° 145.

(1341) Voy. *supra*, n° 153.

(1342) Voy. *supra*, n° 156.

tiers se prévaut valablement de l'absence de pouvoir, cet acte ne sortit en règle aucun effet interne (principal) avant la ratification, que ce soit vis-à-vis du tiers ou du représenté (1343).

161. Application au congé pour motif grave. On rappellera tout d'abord que l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail prévoit un double délai de rigueur de trois jours : d'une part, le *congé* ne peut plus être donné lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé depuis trois jours ouvrables au moins ; d'autre part, le *motif grave* proprement dit doit être notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé.

En pratique, la question qui se pose est celle de l'effet vis-à-vis du travailleur de la ratification d'un congé donné par un représentant sans pouvoir de l'employeur, en supposant que tant le congé que le motif grave ont été notifiés par le représentant dans le respect du double délai de trois jours. À défaut, en effet, l'employeur n'aurait aucun intérêt à ratifier le congé, puisqu'il s'approprierait ainsi en principe l'irrégularité commise. Par ailleurs, afin que la question présente quelque intérêt pratique, il faut également supposer que la ratification intervienne après l'expiration du double délai de trois jours, à défaut de quoi le problème de la limite de l'effet rétroactif ne se poserait pas.

Avant d'examiner l'effet de la ratification d'un tel congé (1344), il convient tout d'abord de distinguer deux hypothèses.

I. Dans une première hypothèse, *le travailleur s'abstient au-delà d'un délai raisonnable de soulever l'absence de pouvoir du représentant* et est, dès lors, déchu du droit de le faire. En ce cas, deux situations doivent encore être distinguées.

(1343) Voy. *supra*, n° 157.

(1344) Cons. à ce propos CLAYES & ENGELS, *La rupture du contrat de travail, o.c.*, n°s 42 et s., pp. 59 et s. ; J. CLESSE et F. KEFER, « Examen de jurisprudence (1995 à 2001). Contrat de travail », *R.C.J.B.*, 2003, pp. 117 et s., n°s 70 et s., pp. 224 et s. ; F. KURZ, *o.c.*, *C.D.S.*, 1997, n°s 2 et s., p. 145 ; C. MAIRY, « Qui a le pouvoir de licencier ? », *Ors.*, 2005/1, pp. 20 et s. ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, pp. 265 et s. ; J. PEETERS, « De bekrachtiging van een door en onbevoegde persoon gegeven ontslag om dringende reden », note sous *Trav. Leuven*, 8 mai 2003, *R.W.*, 2004-2005, pp. 70 et s. ; L. PELTZER, « Congé, motif grave et mandat : approche théorique et pratique », note sous *C. trav. Mons*, 11 janvier 1999, *C.D.S.*, 2000, pp. 27 et s. ; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2005-2006*, vol. II, Mechelen, Kluwer, 2006, n° 5274, pp. 1775 et s. ; I. VAN PUYVELDE, « De voor het ontslag van een personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in een N.V. en een B.V.B.A. », *R.W.*, 1998-1999, pp. 273 et s., n°s 42 et s., pp. 282 et s. ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, n°s 1008 et s., pp. 702 et s. ; C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 1998. Sur la jurisprudence des juges du fond, voy. *supra*, n° 156.

A. Si ni le représenté ni le représentant ne remettent en cause les pouvoirs de ce dernier, alors celui-ci sera réputé avoir agi dans les limites de ses pouvoirs (1345) et la question de la ratification ne se posera pas (hypothèse dite du mandat incontesté) (1346). Le congé pour motif grave sera donc valable quant aux délais.

B. Si, en revanche, le représenté soulève lui-même l'absence de pouvoir du représentant, le congé tombera définitivement, à moins que le travailleur ne parvienne à prouver l'existence des pouvoirs du représentant par toute voie de droit ou ne se prévale avec succès de la théorie de l'apparence (1347). Il n'aurait toutefois en principe aucun intérêt à le faire, sauf à pouvoir contester avec succès la réalité du motif grave. Quoi qu'il en soit, dans ce cas également, la question de la ratification ne se posera pas.

II. Dans une seconde hypothèse, *le travailleur soulève dans un délai raisonnable l'absence de pouvoir du représentant.* En ce cas, le travailleur ne peut en principe réclamer une indemnité de rupture, puisqu'il conteste par hypothèse que le congé lie l'employeur ; il doit au contraire continuer à se présenter au travail comme si aucun congé ne lui avait été notifié (1348). Dans ce cas, c'est au représenté qu'il revient de prendre attitude.

A. Si le représenté désavoue son représentant, le congé tombera et restera définitivement dépourvu d'effets. Le travailleur sera donc réintégré dans l'entreprise comme s'il ne l'avait jamais quittée et ne pourra réclamer aucune indemnité de rupture (1349).

B. En revanche, si le représenté déclare reprendre à son compte l'acte du représentant sans parvenir à démontrer que celui-ci jouissait dès l'origine des pouvoirs nécessaires, il ratifie alors cet acte. Si cette ratification intervient après l'expiration du double délai de trois jours, le travailleur aura-t-il droit à une indemnité ? Il convient à cet égard d'examiner séparément la ratification du congé et celle du motif grave.

1. S'agissant de la ratification du congé proprement dit, on pourrait de prime abord penser qu'elle intervient trop tard et ne peut, dès lors, priver le travailleur du droit à une indemnité. Sans doute faut-il considérer, dans la lignée de l'arrêt du 13 janvier 2003, que, tant que le

(1345) Voy. C. MAIRY, *o.c.*, *Ors.*, 2005/1, p. 23.

(1346) Voy. *supra*, n^{os} 126 et s.

(1347) C. MAIRY, *o.c.*, *Ors.*, 2005/1, p. 22 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n^o 2, p. 265, n^o 3, p. 266 et n^o 10, p. 273 ; C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave, o.c.*, n^o 49, p. 64.

(1348) C. MAIRY, *o.c.*, *Ors.*, 2005/1, p. 23 ; J. PEETERS, *o.c.*, *R.W.*, 2004-2005, n^o 4, p. 72 ; L. PELTZER, *o.c.*, *C.D.S.*, 2000, n^o 3.3, p. 29.

(1349) Voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n^o 3, p. 266.

congé donné sans pouvoir n'a pas été ratifié, il ne sortit encore aucun effet et ne peut dès lors donner naissance à aucun droit dans le chef du travailleur (1350). Toutefois, la loi fait naître un droit acquis dans le chef du travailleur indépendamment des effets du congé donné. En effet, elle impose de donner congé dans les trois jours du moment où la partie qui donne congé a eu connaissance du fait qui l'aurait justifié. Passé ce délai de trois jours, le travailleur acquiert le droit à une indemnité pour rupture irrégulière s'il est néanmoins licencié par la suite pour ce motif. S'agissant d'un droit acquis en vertu de la loi qui ne découle pas exclusivement de l'acte accompli sans pouvoir (1351), la ratification du congé intervenue après l'expiration du délai de trois jours ne devrait pas, en théorie, pouvoir priver le travailleur de ce droit (1352).

La question est cependant obscurcie par la jurisprudence de la Cour de cassation qui décide que, pour que la connaissance du fait invoqué comme motif grave par l'employeur fasse courir le délai prévu par l'article 35, alinéa 3, de la loi relative aux contrats de travail, il est nécessaire que ce fait soit parvenu à la connaissance effective *de celui qui a le pouvoir de rompre le contrat de travail* (1353). En d'autres termes, tant que le représenté ignore l'existence du motif grave, la connaissance de celui-ci par le représentant – qui, par hypothèse, ne dispose pas du pouvoir de rompre le contrat – ne suffit pas à faire courir le délai de trois jours.

En vertu de cette jurisprudence, l'employeur qui prend connaissance, plus de trois jours après que le congé a été donné par son représentant sans pouvoir, des faits ayant justifié le congé, dispose donc d'un *nouveau délai de trois jours pour notifier lui-même un nouveau congé*. S'il adopte cette attitude prudente, la question de

(1350) Voy. *supra*, n° 157, III ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 269 ; L. PELTZER, *o.c.*, *C.D.S.*, 2000, n° 3.1, p. 28.

(1351) En effet, le travailleur ne tire pas son droit exclusivement du congé notifié sans pouvoir, mais du fait qu'un congé lui soit donné après l'expiration du délai de trois jours, lequel prend cours, non à compter du congé, mais à partir d'un point objectif dans le temps (à savoir, l'acquisition de la connaissance du fait justifiant le congé).

(1352) Voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, pp. 269 et s. Ces auteurs estiment cependant, en ordre principal, que la *ratio legis* de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 s'oppose à l'effet rétroactif de la ratification, même en l'absence de tout droit acquis par le travailleur (n° 5, pp. 267 et s. ; voy. dans le même sens, à propos du § 626 du BGB, BAG, 26 mars 1986, *N.J.W.*, 1987, pp. 1038 et s., spéc. p. 1039).

(1353) Cass., 14 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 278 ; Cass., 7 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 506 ; Cass., 24 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 254 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 5, pp. 267 et s.

l'effet rétroactif de la ratification sera évacuée et son congé aura été notifié en temps utile (1354).

Mais que décider si, plutôt que de notifier lui-même un nouveau congé, il se borne à ratifier le congé donné par son représentant sans pouvoir ? Trois thèses se dégagent à cet égard de la doctrine et de la jurisprudence (1355).

Selon l'opinion la plus extrême, *la ratification du congé aurait toujours un effet rétroactif, peu importe la date à laquelle elle intervient* (1356). Cette thèse peut être aisément réfutée dès lors qu'elle néglige entièrement la problématique du respect des droits acquis du travailleur.

Selon une seconde opinion, qui a notre préférence, le congé doit être considéré comme intervenu en temps utile *pour autant que sa ratification intervienne dans les trois jours du moment où l'employeur a pris connaissance des faits justifiant le congé* (1357). En réalité, dans ce cas, l'effet rétroactif de la ratification est sans incidence sur la solution du problème : il importe peu, en effet, que le congé soit réputé avoir été notifié à sa date ou à celle de sa ratification, puisque dans les deux cas il intervient toujours avant l'expiration du délai de trois jours. Ce n'est que dans le cas où l'employeur ratifierait le congé *plus de trois jours* après avoir lui-même pris connaissance des faits justifiant celui-ci que la question de l'effet rétroactif de la ratification reviendrait au premier plan. En effet, dans ce cas, le congé devrait en principe être rétroactivement validé, mais du fait de la protection reconnue aux droits acquis du travailleur, celui-ci ne pourrait être privé du droit de réclamer une indemnité en raison du dépassement du délai de trois jours (1358).

Enfin, selon une troisième et dernière opinion, la ratification devrait nécessairement intervenir *dans les trois jours à dater du moment où le représentant sans pouvoir a pris connaissance des faits justifiant le congé* (1359). Cette opinion se heurte de prime abord à la

(1354) Voy. en ce sens C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 5, p. 268 ; L. PELTZER, *o.c.*, *C.D.S.*, 2000, n° 2, p. 28.

(1355) Voy. l'exposé synthétique de W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2005-2006*, vol. II, *o.c.*, n° 5274, p. 1776 et les références de jurisprudence citées, outre celles déjà citées *supra*, note n° 1270.

(1356) C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, *o.c.*, n° 51, p. 67.

(1357) Voy. J. CLESSE et F. KEFER, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2003, n° 72, p. 227 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 270 ; J. PEETERS, *o.c.*, *R.W.*, 2004-2005, n° 4, p. 72 ; I. VAN PUYVELDE, *o.c.*, *R.W.*, 1998-1999, n° 49, p. 284.

(1358) C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 270.

(1359) F. KURZ, *o.c.*, *C.D.S.*, 1997, n° 2, p. 145 ; voy. aussi L. PELTZER, *o.c.*, *C.D.S.*, 2000, n° 4, p. 30.

jurisprudence précitée de la Cour de cassation qui décide que le délai de trois jours ne commence à courir qu'à dater du moment où la personne ayant le pouvoir de licencier – à l'exclusion donc du représentant agissant sans pouvoir – a pris connaissance des faits justifiant le congé. Elle ne pourrait à notre sens être défendue que si, poussant jusqu'au bout la logique de la rétroactivité, on considérait que le représentant est, du fait de la ratification du congé, rétroactivement investi du pouvoir de rompre le contrat, avec pour conséquence que le délai de trois jours se mettrait rétroactivement à courir contre l'employeur dès que son *représentant*, ayant acquis le pouvoir de licencier du fait de la ratification, a eu connaissance des faits justifiant le congé. En ce cas, l'effet rétroactif de la ratification aurait dû en principe également avoir pour conséquence que le congé notifié par ce représentant respecte le délai de trois jours, mais cet effet rétroactif ne pouvant priver le travailleur du droit acquis du fait de l'expiration de ce délai, la rupture devrait être considérée comme irrégulière.

Il nous paraît cependant douteux que la jurisprudence précitée de la Cour de cassation doive être lue de cette manière. En effet, cette thèse nous paraît procéder d'un raisonnement circulaire : pour apprécier si le tiers est titulaire de droits immunisés contre l'effet rétroactif de la ratification, il convient de se placer immédiatement avant celle-ci ; or, il s'agirait ici au contraire de se fonder sur l'effet rétroactif de la ratification pour faire remonter dans le temps le point de départ du délai de trois jours et justifier ainsi l'existence d'un droit acquis du travailleur, auquel la ratification ne pourrait pas porter atteinte. En d'autres termes, on ne peut à notre sens invoquer l'effet rétroactif de la ratification pour conclure à l'existence d'un droit acquis et ensuite, en raison de l'existence de ce droit, écarter le même effet rétroactif (1360). En outre, cette thèse nous paraît peu opportune dans la mesure où elle aboutit à traiter de manière radicalement différente l'hypothèse où l'employeur donne un nouveau congé dans les trois jours à partir du moment où il prend connaissance des faits justifiant le congé et celle où il se borne à ratifier dans le même délai le congé déjà donné, alors que ces deux hypothèses sont fort proches en pratique. Ceci démontre, une fois encore, les excès auxquelles une approche conceptuelle ou dogmatique de la rétroactivité peut mener (1361).

En résumé, le travailleur ne peut donc prétendre à une indemnité de rupture fondée sur le non-respect quant au congé du délai de trois

(1360) Comp., **en droit allemand**, le principe selon lequel l'effet rétroactif de la ratification ne peut affecter les conditions auxquelles les effets de cette ratification sont subordonnés (RG, 16 décembre 1931, *RGZ*, vol. 134, pp. 283 et s., spéc. p. 286 ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 37, p. 322).

(1361) Voy. *supra*, n° 5 et s.

jours qu'aux conditions suivantes : (i) le travailleur s'est prévalu dans un délai raisonnable de l'absence de pouvoir du représentant qui lui a notifié le congé ; (ii) la personne qui avait le pouvoir de rompre le contrat de travail ratifie le congé ; et (iii) cette ratification intervient plus de trois jours après que cette personne a eu connaissance des faits justifiant le congé.

2. S'agissant, d'autre part, de la *ratification du motif* invoqué à l'appui du congé, en aucun cas le travailleur ne pourrait opposer à cette ratification le droit à une indemnité de rupture. En effet, ce congé était en réalité sans effet dans l'attente d'une ratification, de sorte qu'il n'a pu faire courir le second délai de trois jours dans lequel le motif doit être notifié ni, par conséquent, faire naître de droit à une quelconque indemnité de ce chef (1362). Pour reprendre les termes de l'arrêt du 13 janvier 2003 – qui ne concernait, il est vrai, qu'un congé ordinaire –, « aussi longtemps qu'il n'est pas ratifié par celui-ci, cet acte ne sortit aucun des effets que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail attache au congé » (1363).

La différence de raisonnement entre la ratification du congé proprement dit et celle de son motif grave tient à la différence du point de départ du délai de trois jours dans les deux cas.

S'agissant du congé, le point de départ du délai de trois jours est « absolu », en ce sens qu'il est indépendant de la date à laquelle l'acte sans pouvoir a été accompli. En effet, comme on l'a vu, le délai de trois jours ne commence à courir qu'à partir du moment où la personne ayant le pouvoir de rompre le contrat acquiert connaissance des faits justifiant le congé (1364). La nature de ce point de départ explique que le tiers puisse, à l'expiration du délai de rigueur en question, se prévaloir d'un droit acquis auquel l'effet rétroactif de la ratification ne peut porter atteinte.

En revanche, dans le cas du motif grave justifiant le congé, le point de départ du délai de trois jours est « relatif », en ce sens qu'il ne se met à courir qu'à dater de l'accomplissement du congé donné sans pouvoir. Or, comme on l'a vu, ce congé ne sortit aucun effet tant qu'il n'a pas été ratifié. Il en résulte que le délai de trois jours dans lequel le motif grave doit être notifié ne peut jamais commencer à courir avant la ratification du congé, laquelle interviendra en pratique en même

(1362) Voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 2, p. 265, n° 3, p. 266 et n° 7, pp. 269 et s.

(1363) Voy. *supra*, n° 157, III.

(1364) On observera que, dans le cas de la ratification d'un acte de procédure, le point de départ du délai de rigueur est tout aussi « absolu », le délai de recours étant toujours lié à un événement indépendant de l'acte ratifié, à savoir la signification ou, dans certains cas, le prononcé ou la notification de la décision attaquée.

temps que la ratification du motif grave justifiant celui-ci. Il n'y a, en conséquence, aucun droit qui aurait pu être acquis par le travailleur dans l'intervalle (1365).

162. Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la ratification. De manière générale, on peut observer que l'effet rétroactif de la ratification ne se distingue guère, dans la plupart des cas, d'un simple *effet immédiat* (1366). En effet, ce qui comptera souvent le plus pour les parties à l'acte ratifié – à savoir, le représenté et le tiers contractant – est de savoir qu'elles sont désormais toutes tenues par cet acte ; il leur importera généralement peu que cette obligation soit née au moment de la ratification ou remonte en réalité au moment où l'acte a été accompli. Dans cette mesure, la rétroactivité de la ratification apparaît comme superflue, elle n'est qu'une image qui permet de mieux saisir l'engagement du représenté. De même, il ne paraît pas techniquement indispensable de conférer un effet rétroactif à l'obligation du représenté d'indemniser le représentant de ses avances, frais et pertes ; le même résultat pourrait être atteint en faisant naître la dette d'indemnisation au jour de la ratification, son *quantum* fût-il fixé rétrospectivement en fonction des événements antérieurs.

L'effet rétroactif de la ratification n'est toutefois pas totalement dépourvu de conséquences pratiques. Il en va en particulier ainsi lorsque l'acte ratifié devait être accompli dans un *délai de rigueur*. Certes, lorsque l'expiration de ce délai confère des droits à de véritables tiers, ceux-ci ne pourront (selon l'opinion dominante) voir leur position aggravée par la ratification. En revanche, s'agissant du représenté ou du tiers consentant, la ratification sortira bel et bien ses effets de manière rétroactive. Nous en avons vu l'illustration à propos du point de départ de l'action en rescision pour lésion (1367) ainsi que de la question de savoir si un contrat

(1365) Ce n'est que dans l'hypothèse, assez improbable, où le congé aurait été donné par l'employeur lui-même ou par un représentant agissant dans la limite de ses pouvoirs, mais où, moins de trois jours plus tard, les motifs du congé auraient été notifiés par un second représentant cette fois dépourvu de pouvoir, que le travailleur acquerrait le droit, à l'expiration de ce second délai de trois jours, de considérer le congé comme irrégulier. En ce cas, la ratification des motifs du congé ne pourrait le priver de son indemnité de rupture.

(1366) Voy. déjà l'opinion de HUC citée *supra*, n° 145, ainsi que W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 56, p. 899. Sur la distinction entre effet rétroactif et effet immédiat, voy. *supra*, n°s 54 et s.

(1367) Voy. *supra*, n° 149.

de travail avait bien été conclu avant l'entrée en service du travailleur (1368). Dans ces deux cas, la reconnaissance d'un simple effet immédiat à la ratification serait impuissante à expliquer la solution retenue. Il faut donc admettre dans cette mesure l'existence d'une véritable rétroactivité de la ratification, laquelle trouve sa justification, comme nous l'avons vu, dans la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts du représenté et ceux du tiers consentant, et, plus précisément, dans le souci de ne pas imposer à ce dernier une autre opération que celle à laquelle il a consenti.

En revanche, quant à la nature de la ratification d'un *acte de procédure*, on a déjà indiqué qu'elle se rapprochait beaucoup d'une confirmation, puisqu'à la différence d'un acte ordinaire, l'acte de procédure accompli sans pouvoir produit déjà tous ses effets juridiques tant qu'il n'a pas été désavoué (1369). L'effet rétroactif de la ratification d'un acte de procédure non encore désavoué est dès lors avant tout une image (1370).

Ces observations confirment que l'effet rétroactif de la ratification, loin de constituer une donnée invariante, répond au contraire à une logique fonctionnelle appelée à en moduler la portée d'après le contexte et le but dans lesquels cette technique est utilisée (1371).

(1368) Voy. *supra*, n° 151.

(1369) Voy. *supra*, n° 122.

(1370) Comp. *supra*, n° 97.

(1371) Sur cette idée centrale, voy. *supra*, n°s 5 et s.





CHAPITRE III

CONDITION SUSPENSIVE

§ 1. – *Généralités*

163. Notion. La condition est une modalité de l'obligation qui fait dépendre celle-ci d'un événement futur et incertain (1372). Elle se distingue ainsi du terme, modalité de l'obligation qui fait dépendre celle-ci d'un événement futur mais certain, au moins dans son principe (1373).

À la suite de Demogue, la doctrine précise la définition de la condition en insistant sur son caractère de modalité, qui permet de la distinguer d'une condition de validité du contrat ou, plus précisément, d'un élément essentiel de l'obligation (1374). Sans

(1372) Voy. l'article 1168 du Code civil.

(1373) Voy. Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 612 ; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 826.

(1374) R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, pp. 723 et s., spéc. pp. 725 et s. ; voy. depuis lors J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 157, pp. 189 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 154, p. 227 ; I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 75 et s., n° 4, p. 77 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 161 et s., n°s 14 et s., pp. 165 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Paris, Sirey, 2011, n° 292, pp. 275 et s. ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « Aspects des ventes conditionnelles », *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 193 et s., n° 14, p. 200 ; Y. HANNEQUART, « La Condition », *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1958, n°s 37 et s., pp. 358 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1223, p. 707 ; V. SAGAERT et M. SOMERS, « Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie », *T. Not.*, 2008, p. 78 et s., n° 2, p. 79 ; S. STILNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s., n° 6 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1219, p. 1160 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1212, p. 1737 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Hoofdstuk 3. Modaliteiten van verbintenissen. Afdeling 1. Voorwaarde », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2005, n°s 18 et s., pp. 13 et s. ; voy. déjà, en droit romain, R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, p. 719.



ce dernier, l'obligation ne peut valablement venir à existence. En revanche, la condition est un élément surajouté ; modalisant une obligation valable, elle suppose que ses éléments essentiels soient déjà réunis, et ne peut, dès lors, se confondre avec ceux-ci (1375).

Cette solution est confirmée par la conception moderne de la condition suspensive, qui considère que celle-ci ne suspend que les effets de l'obligation, mais non son existence (1376) ; or, si l'obligation existe en dépit de la condition, il faut nécessairement que ses éléments constitutifs essentiels aient été au préalable réunis, ce qui empêche que la condition puisse consister en l'un de ceux-ci (1377).

Si l'on ne craint pas les formules à consonance philosophique, on pourra donc dire que « l'obligation précède la condition ». Dès lors, la condition n'est jamais indispensable à l'obligation, elle représente une simple faculté offerte aux parties. On dit encore qu'elle demeure adventice, extérieure à l'obligation.

La Cour de cassation a entériné la distinction entre condition-modalité et élément essentiel de l'obligation au travers de plusieurs décisions importantes.

Ainsi, dans deux arrêts de principe de 1933, elle a décidé que la vente assortie d'une clause de réserve de propriété n'est pas conditionnelle, mais à terme, parce que « la condition suspensive ne peut jamais consister dans l'exécution par l'un des cocontractants d'une obligation qui lui incomberait » en vertu du lien contractuel (1378). Cette solution était justifiée par l'idée que « la condition suspend la naissance

(1375) Pour une application, voy. Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 166, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général T. WERQUIN résumées à la note n° 1, p. 648 : dès lors que l'ancien article 89, § 1^{er}, du CWATUP, interdisait de lotir un terrain sans permis de lotir préalable, est nulle la vente de l'un des lots qui seront issus de la division d'un terrain si elle est conclue avant la délivrance d'un permis de lotir, fût-ce sous la condition suspensive de l'obtention de ce permis.

(1376) Voy. *infra*, n° 168. Les deux idées ne sont cependant pas indissociables, comme le montre l'exemple de la France où l'on tend à considérer que la condition suspend la formation de l'obligation, tout en insistant néanmoins sur la différence entre condition de validité et condition-modalité (voy. par ex. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1219, p. 1160).

(1377) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 154, p. 227.

(1378) Cass., 9 février 1933 (deux espèces), *Pas.*, 1933, I, p. 103, avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ. Voy. également, dans le même sens, Cass., 22 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 395 (seconde fin de non-recevoir) ; Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, pp. 204 et s., avec les conclusions de M. le procureur général CORNIL (premier moyen) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 293, pp. 276 et s.

de l'obligation ; qu'il s'ensuit qu'aussi longtemps que la condition est pendante, le contrat n'existe pas et ne peut produire aucun effet » de sorte que « le lien contractuel [fait] défaut » (1379). En d'autres termes, faire dépendre le contrat d'une condition consistant dans le respect par l'une des parties de ses obligations serait impossible, car générateur d'un cercle vicieux : le contrat n'existerait pas tant que la condition ne serait pas remplie ; mais cette condition ne pourrait jamais être remplie, car tant que la condition est pendante, le contrat n'existe pas et ne peut donc pas être exécuté (1380).

Sans doute les prémisses de ce raisonnement ont-elles depuis lors été remises en cause puisqu'on considère désormais, d'une part, que la condition suspensive affecte l'obligation plutôt que le contrat et que, d'autre part, elle en suspend uniquement les effets plutôt que d'en empêcher l'existence (1381). Le principe demeure toutefois inchangé : « le respect ou le non-respect d'une des obligations auxquelles les parties se sont engagées ne peut être considéré comme une condition suspensive » (1382) ou résolutoire (1383). Cette solution se justifie parfaitement par l'idée que, dans un contrat synallagmatique, les obligations d'une partie constituent – au moins partiellement (1384) – la cause des obligations de l'autre partie ; elles ne peuvent, dès lors, être retenues comme condition suspensive, car celle-ci, simple modalité de

(1379) *Ibid.*, *Pas.*, 1933, p. 124.

(1380) Voy. les conclusions précitées du ministère public, p. 107 : « Suivant le juge du fond, la condition suspensive consisterait dans l'exécution par l'acheteur de l'obligation qui lui incombait, en vertu de la vente, de payer intégralement le prix. C'est là une impossibilité. Si, en effet, la vente est sous condition suspensive, l'acheteur n'a pas l'obligation de payer le prix, puisqu'il n'y a pas vente. La condition consisterait dans l'exécution d'une obligation qui ne peut exister. Il y a impossibilité à ce que, dans un contrat synallagmatique, l'obligation pour l'une des parties d'accomplir ses engagements soit la condition suspensive sous laquelle le contrat est passé ; il n'y aurait en effet jamais de contrat, puisque le contrat n'existera pas tant que l'obligation qui incombe à la partie ne sera pas exécutée et que l'obligation ne peut être exécutée tant que le contrat est en suspens ». — On observera que le **droit allemand** a résolu cette problématique du cercle vicieux par le biais d'une séparation stricte entre l'acte générateur d'obligations entre les parties et celui transférant la propriété de la chose (voy. à ce propos *infra*, n° 176) : seul ce dernier est affecté d'une condition, le premier étant au contraire inconditionnel (§ 449 du BGB ; voy. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15^e éd., München, C.H. Beck, 2010, n° 284, p. 100). Par conséquent, le contrat générateur d'obligations existe bel et bien dès avant que le prix ne soit payé par l'acheteur.

(1381) Voy. *infra*, n° 166.

(1382) Cass., 8 septembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 418, *A.C.*, 2005, n° 418, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THLIS ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 6, pp. 80 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 293, p. 276.

(1383) I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 49, pp. 119 et s. ; V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 2, p. 79. Il peut s'agir en revanche, dans ce cas, d'une clause résolutoire expresse : sur la distinction entre les deux mécanismes, voy. *infra*, n° 495.

(1384) Voy. Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181.

l'obligation, suppose que cette dernière préexiste ; or, la cause étant un élément constitutif essentiel de l'obligation, l'obligation ne pourrait valablement exister en son absence (1385).

Pour les mêmes motifs, le professeur Dieux a critiqué la position adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 juin 1981 qui avait fait de l'approbation de l'autorité de tutelle une condition suspensive, en montrant que cette approbation, loin de constituer une modalité facultative de la décision approuvée, constituait en réalité une condition essentielle à sa validité (1386). La Cour semble bien s'être ralliée à cette analyse puisque, dans un arrêt ultérieur, elle a examiné les effets de la tutelle d'approbation sans plus faire aucune référence à la notion de condition suspensive, dont le régime est cependant appliqué par analogie (1387).

On notera encore que l'absence de réunion des éléments constitutifs essentiels d'une obligation, si elle exclut toujours l'existence d'un droit conditionnel, n'empêche cependant pas, dans certaines circonstances, la naissance d'un droit éventuel jouissant d'une certaine reconnaissance par le droit positif (1388).

164. Unité ou dualité de la condition. Le caractère de modalité de la condition étant acquis, le Code civil oppose la condition suspensive, qui suspend l'engagement (1389) – ou, plus exactement, l'exigibilité de celui-ci (1390) – jusqu'à son avènement, à la condition résolutoire, dont la réalisation a pour effet de remettre

(1385) X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 15, p. 156.

(1386) *Ibid.* ; voy. de même, à propos de la nature des autorisations administratives, R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 727 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 247, pp. 311 et s. ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n°s 51 et s., pp. 50 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 292, p. 276 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 16, p. 201 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 401, p. 424 ; comp. cependant I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 23, p. 99.

(1387) Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103. Comp. à cet égard les motifs de l'arrêt avec les termes du sommaire qui se réfèrent encore à la condition suspensive et à l'article 1181 du Code civil, alors que cette disposition n'était pas invoquée à l'appui du pourvoi.

(1388) Voy. à ce propos Cass., 24 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 55, *R.W.*, 2005-2006, p. 706, note A. VAN OEVELEN, « De juridische kwalificatie van een beding van voorkeur », pp. 707 et s. ; Cass., 28 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 914, avec les conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors avocat général, spéc. pp. 919 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 171, pp. 253 et s. ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 157, p. 190.

(1389) Art. 1168 du Code civil.

(1390) Art. 1181, alinéa 2, du Code civil ; voy. *infra*, n° 166.

les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé (1391).

En dépit de cette distinction cardinale, la majorité de la doctrine considère qu'une obligation contractée sous condition résolutoire n'est jamais qu'une obligation pure et simple dont la résolution dépendrait d'une condition suspensive (1392). Le régime de la condition résolutoire serait, dès lors, entièrement calqué sur celui de la condition suspensive et ne mériterait pas, à la limite, de faire l'objet d'une étude distincte.

Sans remettre en cause l'intérêt qu'il peut y avoir à rapprocher autant que possible les régimes de la condition suspensive et de la condition résolutoire (1393), cette opinion nous paraît toutefois devoir être nuancée.

I. Tout d'abord, il importe de souligner que faire de l'obligation sous condition résolutoire une obligation pure et simple dont la résolution est sous condition suspensive ne fait que *déplacer le problème*, car cela ne renseigne nullement sur les effets d'une telle résolution. Si l'on admet que seule une obligation peut être affectée d'une condition (1394), il faut alors considérer que le terme « résolution » est dans ce contexte une manière commode pour désigner les obligations de restitution entre les parties, dont il conviendrait encore d'établir la portée.

II. En réalité, les partisans de l'unité de la condition s'inspirent plus ou moins consciemment de la solution qui prévalait initialement *en droit romain*, lequel ne connaissait, au moins à l'origine,

(1391) Art. 1183 du Code civil.

(1392) Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1052, p. 2158 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 649, pp. 441 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 155, p. 228 (mais comp. n° 162, A, p. 240) ; Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 66, p. 375 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, Paris, Pichon, 1894, n° 244, pp. 325 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, Paris, L.G.D.J., 1931, n° 1025, pp. 332 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1234, p. 1174 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, 4^e éd., Paris, Warée, 1824, n° 525, p. 560 et n° 565, p. 601 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 57, p. 40 ; voy. également les conclusions de Mme le procureur général LIEKENDAEL, alors avocat général, avant Cass., 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, n° 29, point 9, p. 44 ; *adde* encore l'opinion nuancée de H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., nos 138 et s., pp. 115 et s. *Contra* : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 95 (mais sans justifier leur opinion).

(1393) Il en va de la cohérence de l'ordre juridique : comp. à ce propos *supra*, n° 26.

(1394) Voy. *infra*, n° 166.

qu'une seule espèce de condition, et où ce que nous considérons aujourd'hui comme une cession sous condition résolutoire prenait techniquement la forme d'une cession à laquelle était jointe un pacte accessoire de rétrocession, conclu entre les mêmes parties et soumis à une condition (suspensive) (1395). Ainsi, encore de nos jours, à l'acheteur, propriétaire sous condition résolutoire, correspondrait toujours le vendeur, propriétaire sous condition suspensive (1396).

Si, à la rigueur, cette analyse peut encore être admise dans les contrats simples tels que la vente à réméré, elle paraît tout de suite beaucoup plus artificielle dans les opérations complexes comportant une pluralité de parties et/ou d'obligations (1397). Elle se prête mal, en outre, à l'analyse des obligations de faire ou de ne pas faire conclues sous condition résolutoire (1398).

III. Ensuite, le régime des conditions suspensive et résolutoire *diffère au moins partiellement en droit positif*. Ainsi, si l'obligation sous condition suspensive purement potestative dans le chef du débiteur est toujours frappée de nullité (1399), il n'en va pas de même lorsque la condition n'est que résolutoire. En ce cas, en effet, la condition sera valable pour autant que l'opération puisse conserver quelque utilité nonobstant la réalisation de la condition. Tel sera normalement le cas lorsque le contrat aura été exécuté immédiatement, l'effet rétroactif limité de la condition résolutoire n'effaçant pas totalement les traces de cette exécution (1400).

(1395) P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1906, p. 717, note n° 2 ; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht, o.c.*, § 10, n° 11, p. 72 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 57, p. 40 ; en faveur de cette analyse en droit positif, R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, Paris, L.G.D.J., 1935, n° 209, p. 164. Les sources sont cependant difficiles à interpréter, et il n'est pas exclu que les juristes romains aient, au moins dans un second temps, reconnu de manière autonome le mécanisme de la condition résolutoire (en ce sens, R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, pp. 732 et s.).

(1396) Voy. en ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 745, p. 1660 ; **en droit néerlandais**, *infra*, n° 176.

(1397) Comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 162, A, p. 240, qui y voit « une "jonglerie" bien inutile, propre à obscurcir plutôt qu'à éclaircir une situation déjà complexe par elle-même », un « luxe d'acrobatie juridique [...] parfaitement inutile ».

(1398) Comme l'admet d'ailleurs M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 58, p. 41.

(1399) Art. 1174 du Code civil.

(1400) Voy. P.A. FORIERS, « Propos sur la condition... », *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n°s 11 et s., pp. 123 et s., qui cite l'exemple de la vente à réméré ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 997, p. 840. D'autres auteurs estiment plus largement que la

Bien que le droit fiscal sorte du cadre de cette étude, on relèvera également que sous l'angle des droits d'enregistrement, le régime de la condition suspensive et celui de la condition résolutoire se distinguent nettement (1401).

IV. Enfin, on ne perdra pas de vue que la *fonction* remplie par la condition suspensive diffère de celle de la condition résolutoire. Pour reprendre le cadre d'analyse dans lequel se situe cette étude (1402), la condition suspensive s'inscrit en effet dans la logique des « droits inachevés » : une fois réalisée, elle vise à donner son plein effet aux droits contractés sous condition. À l'inverse, la condition résolutoire se situe dans le domaine des « droits effacés », puisque son accomplissement tend à l'anéantissement des actes accomplis dans l'intervalle par les parties.

Ceci n'empêche bien entendu nullement que les effets de la condition suspensive et ceux de la condition résolutoire présentent de fortes similitudes et puissent même, en règle, s'avérer identiques. Il n'en demeure pas moins que, poursuivant des buts fondamentalement différents, il peut se justifier de les étudier séparément, afin de pouvoir à chaque fois s'assurer de la cohérence de leur régime par rapport à celui d'institutions poursuivant des fins similaires.

Par conséquent, nous examinerons essentiellement dans les lignes qui suivent les effets de la réalisation de la condition suspensive (§ 3). Dans la foulée, nous aborderons également l'effet de la défaillance de la condition résolutoire, qui s'inscrit pareillement dans la perspective de la perfection des « droits inachevés » (§ 4). Au préalable, il nous faudra cependant exposer la situation juridique au cours de la période intermédiaire (§ 2).

Sauf indication contraire, les développements que nous consacrerons aux effets de la réalisation de la condition suspensive vaudront également en cas de réalisation d'une condition résolutoire. Cette dernière question sera toutefois réexaminée dans un chapitre séparé où les spécificités de cette institution seront mises en

condition résolutoire purement potestative ne serait jamais nulle : voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1051, p. 2156 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1216, p. 1742.

(1401) Comp. art. 16 et 209, 3°, du Code des droits d'enregistrement ; voy. à ce propos M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 54, p. 38.

(1402) Voy. *supra*, n° 8.

évidence et replacées dans la perspective d'une comparaison avec le régime des autres « droits effacés » (à savoir celui de la nullité et de la résolution pour inexécution) (1403). C'est également dans ce cadre que nous étudierons la défaillance de la condition suspensive.

§ 2. – *Période intermédiaire*

I. – Cadre théorique

165. Thèse classique – Inexistence de l'obligation, voire du contrat. Selon Pothier, « L'effet de la condition est de suspendre l'obligation jusqu'à ce que la condition soit accomplie, ou réputée accomplie. Jusque-là il n'est encore rien dû, mais il y a seulement espérance qu'il sera dû : *Pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri* » (1404).

Le Code civil a consacré cet enseignement en ses articles 1168, qui décide que la condition suspensive fait dépendre l'obligation d'un événement futur et incertain en la « suspendant » jusqu'à ce que l'événement arrive, et 1185, qui dispose que « [l]e terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution » (1405).

C'est dès lors sans surprise que la doctrine classique considère que la condition suspensive a pour effet de suspendre la naissance de l'obligation (1406).

(1403) Voy. *infra*, n^{os} 493 et s.

(1404) R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 218, p. 223.

(1405) On relèvera toutefois que, selon l'article 1181, alinéa 2, l'obligation sous condition suspensive « ne peut être exécutée qu'après l'événement », effet qui la rapproche du terme suspensif, et que l'article 1179, 2^e phrase, prévoit que les « droits » du créancier conditionnel passent à ses héritiers, ce qui paraît aller à l'encontre de la thèse de l'inexistence de l'obligation.

(1406) Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n^o 5 et s., pp. 15 et s. ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, o.c., n^o 1, p. 9 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n^o 244, p. 326 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n^o 1030, p. 337 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, o.c., n^o 5, p. 10 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n^o 472, p. 508. Comp. l'opinion nuancée de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n^o 87, pp. 106 et s.

Dans ses célèbres arrêts de 1933, la Cour de cassation a même été un pas plus loin, passant de la suspension de l'obligation à l'inexistence du contrat tout entier : « la condition suspend la naissance de l'obligation ; qu'il s'ensuit qu'aussi longtemps que la condition est pendante, le contrat n'existe pas et ne peut produire aucun effet » (1407). Cette inexistence du contrat impliquait, selon le ministère public, l'impossibilité de toute exécution, même partielle, du contrat *pendente condicione* (1408) (1409).

166. Thèse moderne – Suspension de l'exécution de l'obligation conditionnelle. Cette analyse de la Cour de cassation a été sévèrement critiquée par De Page. Celui-ci a fait observer que la condition est, par définition, une modalité affectant l'obligation, et non le contrat ; le contrat, à proprement parler, n'est donc jamais conditionnel, et il ne pourrait être qualifié de tel que par abréviation de langage, lorsque toutes les obligations (principales) qui en dérivent sont affectées d'une condition (1410). Dès lors :

« Le contrat *existe parfaitement*. Ce n'est que son *exécution* (obligations qui en naissent) qui est tenue en suspens, différée, incertaine. Le contrat *lui-même* n'est pas affecté dans son *existence*, et ce n'est même pas cette existence qui est *suspendue*, mais son *exécution*. En allant au fond des choses, on ne peut même pas dire que ce sont

(1407) Cass., 9 février 1933 (deux espèces), *Pas.*, 1933, I, p. 103, avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ, spéc. p. 124.

(1408) Conclusions précitées, p. 107.

(1409) Bien que le terme « *conditio* » soit largement répandu dans la doctrine, nous lui préférons la forme « *condicio* », plus conforme à la langue classique. Le premier désigne en effet, soit l'action de fonder, soit une préparation pour faire des conserves (F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français*, Paris, Hachette, 1934, v^o *conditio*, p. 379) ! Voy. d'ailleurs les intitulés du D., 28, 7, « *De condicionibus institutionum* » et D., 35, 1, « *De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur* ».

(1410) Voy., dans le même sens, I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 61, p. 131 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n^o 2, p. 161 ; P.A. FORIERS, « Option... », *o.c.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n^o 21, p. 19 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n^o 1211, p. 1736 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Libres propos sur la défaillance de la condition suspensive », note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 292 et s., n^o 12, p. 300. – De la même manière, la « propriété conditionnelle » n'est qu'une métaphore pour désigner le droit personnel du créancier d'une obligation conditionnelle de donner, elle ne constitue pas un droit réel *sui generis* (voy. J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n^o 86, p. 92, et *infra*, n^o 179). Cela étant, l'idée d'un contrat conclu sous condition est un raccourci commode, et nous continuerons donc à l'utiliser, tout en étant conscient de ses limites sur le plan technique (voy. ainsi *infra*, n^o 525).

les obligations nées du contrat qui “n’existent pas”. Ces obligations existent ; ce n’est que leur exécution qui est suspendue » (1411).

Cette analyse a emporté la conviction de la Cour de cassation et de son ministère public. Par un arrêt de principe du 5 juin 1981, elle a décidé en effet :

« Attendu que, lorsqu’une obligation est contractée en vertu d’une convention, sous condition suspensive, la convention existe tant que la condition est pendante, bien que l’exécution de l’obligation soit suspendue ; que cette convention fait donc naître des droits et des obligations entre parties et que la partie qui ne remplit pas ses obligations peut être redevable de dommages-intérêts » (1412).

(1411) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 153bis, p. 226 ; comp. cependant n° 153, p. 225, et n° 158, p. 236, où le savant auteur paraît encore adhérer à la thèse classique de la suspension de la naissance de l’obligation. – On observera de même qu’en **droit néerlandais**, bien que l’article 3:38, alinéa 1^{er}, du NBW envisage expressément la conclusion d’un acte juridique sous condition (« Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden gericht »), une partie de la doctrine estime que seuls les effets de l’acte juridique, et en particulier les obligations qu’il engendre, sont conditionnels (J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 136 ; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Kluwer, Den Haag, 2003, p. 309 ; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, 4^e éd., Deventer, Kluwer, 2007, n° 410, p. 350) ou, plus précisément encore, que seuls les effets de l’obligation sont conditionnels (W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, 12^e éd., Deventer, Kluwer, 2006, n° 121, p. 100).

(1412) Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1149, *R.W.*, 1981-1982, col. 245, avec les conclusions de M. le procureur général LENAERTS, alors avocat général, *R.C.J.B.*, 1983, p. 199, note J. HERBOTS, « Contrat sous condition suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie “pendente conditionne” », pp. 204 et s., *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. DIEUX, « Des effets de la tutelle d’approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée », pp. 146 et s. Cette décision a ultérieurement été confirmée par Cass., 15 mai 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 106, note P. GÉRARD, « Vers une définition nouvelle de l’obligation sous condition suspensive ? », pp. 108 et s. ; Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103, somm. (les motifs de l’arrêt ne font cependant aucune référence aux règles de la condition suspensive et portent exclusivement sur le régime de la tutelle d’approbation ; voy. à ce propos *supra*, n° 163) ; Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 174 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 55 ; Cass., 8 décembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 631, somm. (le texte intégral de la décision est publié sur www.juridat.be) ; Cass., 21 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 238 ; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417 ; Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 612, point 1 ; *adde* concl. de M. l’avocat général D. THJLS avant Cass., 25 mai 2007, *A.C.*, 2007, n° 275, point 3, et avant Cass., 8 septembre 2005, *A.C.*, 2005, n° 418, point 4. – On notera que, près de 25 ans avant l’arrêt du 5 juin 1981, le ministère public de la Cour avait déjà pris position en faveur de l’enseignement de De Page (voy. les conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors avocat général, avant Cass., 28 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, pp. 914 et s., spéc. p. 919). — L’arrêt du 5 juin 1981 comporte également un enseignement important sur le caractère non rétroactif de la défaillance de la condition suspensive (voy. *infra*, n° 527).

167. Réception de la thèse moderne par la doctrine. Dans l'ensemble, la solution retenue par l'arrêt du 5 juin 1981 a été favorablement accueillie par la doctrine (1413). On souligne en effet que l'une des caractéristiques essentielles de la condition est de constituer pour les parties *un instrument de prévision de l'avenir* (1414). Sans doute l'événement dont elles font dépendre l'obligation est-il nécessairement incertain au moment où elles l'envisagent ; mais, plutôt que de s'incliner devant cette incertitude en remettant à plus tard la conclusion du contrat, elles décident de prendre cette incertitude en considération, en s'accordant par avance sur les effets que produira de plein droit cet événement s'il se réalise. Il y a donc bel et bien un accord des volontés qui justifie que l'on reconnaisse l'existence du contrat.

Dans cette mesure, l'arrêt du 5 juin 1981, généralement présenté comme un revirement de jurisprudence, s'apparente plutôt selon nous à un retour aux sources, si l'on songe à une décision, il est vrai assez méconnue (1415), du 27 mars 1833. Dans cette affaire, le demandeur en cassation objectait à la validité d'une donation consentie sous la condition suspensive de la survie du donataire que celle-ci aurait été incompatible avec l'exigence de dessaisissement actuel et irrévocable du donateur. La Cour rejeta le moyen en faisant clairement le départ entre l'existence du contrat et la suspension de ses effets :

« [...] il est de principe élémentaire en droit que dans tous les contrats il faut distinguer la disposition de l'exécution ;

(1413) Voy. X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 13, p. 154 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 87 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 37, pp. 177 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, *J.T.*, 1999, pp. 821 et s., n° 6 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1215, pp. 1739 et s. ; *adde* les auteurs qui approuvent l'existence du contrat *pendente condicione*, mais estiment que la condition suspend néanmoins la naissance de l'obligation (voy. à ce propos *infra*, n° 168) : P. GÉRARD, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 3, pp. 111 et s. ; J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 5, p. 209 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 173, p. 118 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 13, p. 301 ; voy. également J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, nos 153 et s., pp. 182 et s.

(1414) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 155, p. 186 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 2, p. 76 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 3, p. 162 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 1223, p. 707 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 4, pp. 4 et s. ; voy. aussi les conclusions précitées de M. le procureur général LENAERTS, *R.W.*, 1981-1982, col. 247 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n° 824, p. 324 ; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, *o.c.*, p. 716.

(1415) Voy. cependant le commentaire de cette décision sous l'angle du droit des libéralités fait par J. SACE, « Les libéralités. Dispositions générales », *Rép. not.*, tome III, L. VI, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 238, p. 252.

Considérant, en partant de cette distinction, que *l'effet de la condition suspensive casuelle ne peut porter que sur l'exécution qui n'est qu'ajournée*, et qu'elle n'empêche pas que la disposition n'ait desaisi le donateur en faveur du donataire au moment même de l'acte ; puisqu'il est incontestable que la condition était indépendante de la volonté du donateur, elle ne lui laisse, en aucune manière, la possibilité de révoquer ni même de modifier sa libéralité, que c'est là tout ce que la loi a pu vouloir : *une disposition qui n'en soit pas moins certaine dans son effet, quoiqu'elle dépende pour son exécution d'un événement incertain, mais prévu* » (1416).

168. Persistance des controverses. Si l'existence du contrat dont les obligations sont affectées d'une condition suspensive n'est plus remise en cause aujourd'hui, il n'en va pas de même de ces obligations elles-mêmes, en dépit de la position claire adoptée par la Cour de cassation (1417).

Certains auteurs, s'appuyant essentiellement sur la distinction entre le terme et la condition consacrée par l'article 1185 du Code civil, persistent en effet à soutenir que la naissance de l'obligation conditionnelle – et non seulement son exécution – serait suspendue jusqu'à l'avènement de la condition (1418).

Cette controverse nous paraît se résumer essentiellement à une querelle de mots (1419).

En effet, que l'effet suspensif de la condition porte sur la naissance de l'obligation ou seulement sur l'exécution de celle-ci, le régime de cette obligation ne diffère guère en pratique (1420). Du reste, tous les

(1416) Cass., 27 mars 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 68, avec les conclusions de M. l'avocat général PLAISANT (nous soulignons).

(1417) Outre l'arrêt de principe du 5 juin 1981 qui décidait déjà que « lorsqu'une obligation est contactée en vertu d'une convention, sous condition suspensive, [...] cette convention fait [...] naître des droits et des obligations entre parties », d'autres arrêts confirment expressément « qu'un droit sous condition suspensive existe tant que la condition est pendante, bien que l'exécution de l'obligation soit suspendue » (Cass., 21 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 238 ; Cass., 8 décembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 631, somm., le texte intégral de la décision étant publié sur www.juridat.be ; Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 174).

(1418) Voy. P. GÉRARD, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n°s 4 et s., pp. 114 et s. ; J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 8, pp. 210 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 174, p. 119 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 13, p. 301.

(1419) Comme le souligne M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 175, p. 120, la vraie question est plutôt de savoir quelle est l'étendue exacte des prérogatives du créancier *pendente condicione* ; *adde* les conclusions précitées avant Cass., 5 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 246 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 208, pp. 256 et s.

(1420) Il est vrai que, comme le souligne P. GÉRARD (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n°s 12 et s., pp. 121 et s.), certaines différences minimales subsistent entre le régime de l'obligation à terme

partisans de la suspension de la naissance de l'obligation doivent bien reconnaître que, dès avant la réalisation de la condition, le créancier conditionnel bénéficie déjà d'une certaine forme de droit (1421), susceptible notamment d'être transmis et de bénéficier de garanties, et qu'ils qualifient de « droit en germe » (1422), d'« éventualité » (1423) ou de « droit éventuel » (1424), de « droit présent à l'acquisition du droit futur » (1425), d'« attente juridiquement protégée » (1426) ou encore de « lien de droit » qui n'est « pas [...] le néant juridique » (1427). Les hésitations terminologiques soulignent du reste l'imprécision du concept (1428).

Plutôt que de nier d'un côté l'existence de l'obligation conditionnelle tout en réintroduisant de l'autre l'idée d'un droit *sui generis* dont bénéficierait déjà le créancier conditionnel, il nous paraît plus simple et moins artificiel d'admettre que ce droit n'est autre que l'obligation conditionnelle elle-même (1429). Comme l'expose le professeur Dieux,

et celui de l'obligation sous condition, mais ces différences peuvent, à notre sens, s'expliquer par le fait que l'incertitude plus grande de l'événement-condition implique une suspension plus forte des effets de l'obligation, sans qu'il soit pour autant nécessaire d'aller jusqu'à considérer celle-ci comme atteinte dans son existence même (*contra ibid.*, n° 17, p. 127).

(1421) Pour la même observation, E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 43, p. 43. **En droit allemand**, ce constat se trouve à la base de l'*Anwartschaftslehre* (voy. à ce propos *infra*, n° 175). Voy. également, **en droit français**, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 321, p. 252 (droit conditionnel ou éventuel non encore exigible) ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1052, p. 2157 (il existe un germe de créance) ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 653, p. 446 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., nos 280 et s., p. 267 (l'obligation du débiteur n'existe pas encore, mais le créancier est déjà titulaire d'un droit conditionnel – combinaison curieuse, car un droit personnel ne se conçoit normalement pas sans obligation corrélatrice) ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1230, pp. 1170 et s. (le droit conditionnel existe, quoique uniquement en germe).

(1422) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 158, p. 237 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.*, 2009, n° 13, p. 302.

(1423) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 11, pp. 19 et s.

(1424) Voy. J. HERBOTS, o.c., *R.C.J.B.*, 1983, n° 9, pp. 211 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 87, p. 107 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1032, p. 339 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n° 473, p. 509.

(1425) Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 212, p. 416.

(1426) « *een juridisch beschermde verwachting* » (M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 174, p. 119).

(1427) Voy. P. GÉRARD, o.c., *R.C.J.B.*, 1990, n° 12, p. 122, et n° 17, p. 127 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.*, 2009, n° 14, p. 302.

(1428) La même ambivalence existait déjà en droit romain où, d'une part, l'obligation sous condition n'existait pas encore, mais où, d'autre part, l'espoir qu'elle soit due (*spes debitum iri*) naissait déjà de la stipulation conditionnelle (voy. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., pp. 724 et s.).

(1429) Dans le même sens, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1217, p. 1744 ; comp., dans un sens similaire, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het*

« [l']obligation contractée sous condition n'est évidemment pas l'obligation à l'état pur, mais elle n'est pas dépourvue de toute consistance : elle existe comme obligation conditionnelle » (1430).

II. – Aspects pratiques

169. Suspension de l'exécution de l'obligation. La principale caractéristique de l'obligation avant l'avènement de la condition est son inexigibilité (1431).

I. Dès lors, *sur le plan personnel*, l'action en exécution forcée introduite par le créancier conditionnel et jugée pendant la période d'attente doit être déclarée non fondée, et tout paiement effectué par le débiteur est indu (1432), à moins qu'il ne puisse s'interpréter comme une renonciation par le débiteur à la condition lorsqu'elle a été stipulée à son profit (1433). Pour la même raison, l'obligation conditionnelle n'entre pas dans les conditions d'une compensation légale (1434) et une offre conditionnelle ne consti-

contractenrecht, o.c., n° 208, pp. 256 et s., qui estime que les prérogatives du créancier *pendente condicione* s'expliquent par l'existence du contrat et de la « norme contractuelle », laquelle rend inutile la reconnaissance d'un droit éventuel distinct.

(1430) X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 11, p. 153.

(1431) Sur les conséquences de ce principe, cons., outre les références citées ci-après, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 159, p. 238 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 77, pp. 83 et s. ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 46 et s., pp. 182 et s. ; Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n°s 214 et s., pp. 417 et s. ; J. HERBOTS, o.c., *R.C.J.B.*, 1983, n° 8, pp. 210 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n°s 91 et s., pp. 111 et s. ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, o.c., n° 6, pp. 10 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1217, pp. 1744 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n°s 161 et s., pp. 110 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.*, 2009, n° 14, p. 302. **En France**, voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, pp. 110 et s. ; L. JOSSE-RAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n° 741, pp. 360 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, Paris, Sirey, 1962, n° 753, p. 763 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n°s 406 et s., pp. 426 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1030, pp. 337 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1230, pp. 1170 et s.

(1432) Cass., 18 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 336 ; Cass., 7 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, n° 99. Pour le même motif, des offres réelles faites par le débiteur seraient prématurées (art. 1258, 5°, du Code civil).

(1433) F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1230, p. 1172, note n° 2. On rappellera à cet égard que les renonciations sont de stricte interprétation (voy. *supra*, note n° 758). Par ailleurs, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n°s 268 et s., pp. 321 et s., a montré que, plutôt qu'une renonciation au sens strict du terme, laquelle ne peut porter que sur un droit subjectif, il s'agit en réalité d'une transformation de l'obligation conditionnelle en obligation pure et simple.

(1434) M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 161, p. 111.

tue pas encore une offre définitive dont l'acceptation entraîne la formation du contrat (1435). Le créancier conditionnel ne peut pas non plus exercer son droit par la voie de l'action oblique (1436). Enfin, étant incapable d'agir, la prescription extinctive ne court pas contre lui (1437).

II. Sur le plan réel, l'obligation affectée d'une condition suspensive n'entraîne ni transfert de propriété (1438), ni transfert des risques (1439) sur la tête du créancier. La chose peut encore être saisie dans le patrimoine du débiteur conditionnel et celui-ci peut introduire toutes actions possessoires ou pétitoires à cet égard. On affirme généralement que le débiteur conditionnel reste investi du pouvoir d'administrer et de disposer de la chose ; en réalité, il possède encore ce pouvoir vis-à-vis des tiers, mais étant tenu d'une obligation de conservation de la chose vis-à-vis du créancier, il pourra être tenu envers celui-ci à des dommages-intérêts s'il a aliéné la chose sans réserver les droits du créancier conditionnel et que la condition vient à se réaliser (1440). Il en va de même lorsque, sans aliéner la chose, il aura porté atteinte aux prérogatives qu'il s'était engagé à transférer au créancier en cas de réalisation de la condition, en grevant par exemple la chose d'un droit réel de garantie ou en posant à son égard des actes d'administration anormaux.

170. Existence de l'obligation. Dans la conception moderne, la position du créancier conditionnel ne relève pas du néant juridique (1441).

(1435) Cass., 18 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 313.

(1436) La majorité des auteurs lui dénie également le droit d'introduire l'action paulienne. Voy. cependant M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 161, pp. 110 et s.

(1437) Art. 2257 du Code civil. En réalité, le créancier conditionnel aurait le pouvoir d'interrompre la prescription à titre de mesure conservatoire (voy. *infra*, n° 170), mais le législateur n'a pas voulu lui imposer l'introduction d'une action en justice à cet effet alors que la réalisation de la condition est encore incertaine à ce stade (voy. Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 322, p. 448 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 196, p. 130).

(1438) Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417.

(1439) Art. 1182 du Code civil.

(1440) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 202, pp. 245 et s.

(1441) Les conséquences de l'existence du contrat et de l'obligation conditionnelle ont été parfaitement synthétisées par le ministère public dans ses conclusions précitées avant Cass., 5 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 246 et s. ; voy. également, outre les références citées

Il est tout d'abord constant qu'un contrat a été conclu, de sorte que ses *conditions de validité* devront s'apprécier au moment de sa conclusion, et non lors de la réalisation de la condition (1442).

Ensuite, le créancier est déjà *titulaire d'un droit*, qu'il peut céder entre vifs ou à cause de mort (1443), qui peut être saisi par ses propres créanciers (1444) ou faire l'objet d'une novation ou d'une remise de dette (1445). Ce droit ne sera en principe pas affecté par une loi nouvelle et le créancier conditionnel peut d'ores et déjà se faire consentir des sûretés en garantie de ce droit (1446).

D'autre part, chacune des parties est *tenue par la loi du contrat*, et ne peut donc unilatéralement modifier ou résilier celui-ci (1447).

ci-après, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n^{os} 176 et s. et n^{os} 201 et s. ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^{os} 73 et s., pp. 79 et s. ; X. DIEUX, o.c., A.P.T., 1984, n^{os} 11 et s., pp. 153 et s. ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n^{os} 54 et s., pp. 183 et s. ; P. GÉRARD, o.c., R.C.J.B., 1990, n^o 3, pp. 112 et s. ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 29, pp. 103 et s. ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n^{os} 30 et s., pp. 209 et s. ; Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n^{os} 218 et s., p. 418 ; J. HERBOTS, o.c., R.C.J.B., 1983, n^o 9, pp. 210 et s. ; L. JOSSEERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n^o 740, p. 359 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^{os} 406 et s., pp. 427 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 1230, pp. 1170 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n^o 1217, pp. 1744 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n^{os} 165 et s., pp. 113 et s.

(1442) **En droit allemand**, M. BRINKMANN, « §§ 145-164 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 183 et s., § 158, n^o 23, p. 214 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 50, n^o 33, p. 921 ; H.P. WESTERMANN, « §§ 158-163 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, pp. 1567 et s., § 158, n^o 39, p. 1585. Ainsi, par exemple, l'incapacité d'une des parties survenue après la conclusion du contrat, mais avant la réalisation de la condition, sera sans incidence sur la validité de la convention (même si elle pourra, le cas échéant, entraîner la caducité du contrat).

(1443) Art. 1179, 2^e phrase, du Code civil, sous réserve d'une créance *intuitu personae* dans le chef du créancier, tel le legs conditionnel qui ne peut être transmis à cause de mort (art. 1040 du Code civil). Inversement, le débiteur est déjà tenu d'une dette qui peut être transmise dans les cas où la cession de dette est admise par le droit positif. Ainsi, dans le cas d'une cession légale de dette consécutive à la suppression d'une service public et au transfert de son personnel à une autre personne morale de droit public, la Cour de cassation a décidé qu'« [e]n règle, lorsque les obligations d'une personne sont transférées à une autre, ce transfert inclut les obligations sous condition suspensive et, partant, permet que la condition soit remplie après le transfert et que, dans ce cas, l'exécution soit demandée au cessionnaire » (Cass., 21 avril 2008, *Pas.*, 2008, n^o 238).

(1444) Art. 1446 et 1539 du Code judiciaire.

(1445) Voy., en droit romain, R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., p. 725.

(1446) Arg. art. 80, alinéa 2, de la loi hypothécaire.

(1447) Art. 1134, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil ; voy. déjà Cass., 27 mars 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 68, avec les conclusions de M. l'avocat général PLAISANT (*supra*, n^o 167) ; **adde, en droit allemand**, BGH, 21 septembre 1994, *BGHZ*, vol. 127, p. 129, point II, 1, c) ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 50, n^o 46, p. 925 ; H.P. WESTERMANN, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 158, n^o 39, p. 1585.

Plus largement, l'existence de l'obligation conditionnelle impose au débiteur une série de devoirs, quant à eux inconditionnels, qui peuvent se ramener au *principe de l'exécution de bonne foi* de cette obligation (1448). Ainsi, le débiteur ne peut ni empêcher la réalisation de la condition (1449), ni empêcher l'exécution de l'obligation conditionnelle au cas où la condition se réaliserait (1450). Étant tenu d'une obligation de conservation de la chose cédée sous condition (1451), il doit répondre de la perte de celle-ci résultant de sa faute (1452). Ainsi, s'il dispose de la chose sans réserver les droits du créancier conditionnel et que la condition se réalise, il pourra être tenu de dommages-intérêts vis-à-vis du créancier conditionnel si celui-ci ne parvient pas à revendiquer la chose avec succès entre les mains du tiers acquéreur (1453).

Par ailleurs, le débiteur doit admettre que le créancier conditionnel accomplisse d'ores et déjà des *actes conservatoires* de son droit (1454).

Par acte conservatoire, il faut entendre non seulement les actes par lesquels le créancier conditionnel empêche le droit de s'éteindre, mais aussi « tous les actes qui fortifient le droit, en assurant la preuve, la mise en mouvement, qui le rendent opposable aux tiers » (1455). Au

(1448) Art. 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil.

(1449) Art. 1178 du Code civil. Voy. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n^{os} 16 et s., pp. 303 et s.

(1450) **En droit allemand**, K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 50, n^o 45, p. 925 ; voy. également l'article 5.3.4 des **Principes d'Unidroit 2010** et le commentaire, p. 183.

(1451) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n^o 101, p. 122.

(1452) Art. 1182 *in fine* du Code civil ; voy., **en droit allemand**, le § 160 du BGB ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n^o 842, p. 331.

(1453) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n^o 202, pp. 245 et s. À cet égard, on a parfois soutenu que *pendente condicione*, le créancier sous condition suspensive serait toutefois sans défense, en ce sens qu'il ne pourrait pas encore s'opposer à la vente effectuée au préjudice de ses droits conditionnels (voy. en ce sens J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n^o 79, p. 84). Cette opinion nous paraît devoir être nuancée. En effet, si l'on admet que le principe de l'exécution de bonne foi des conventions engendre pour le débiteur le devoir inconditionnel de ne pas empêcher l'exécution de l'obligation conditionnelle au cas où la condition se réaliserait, alors il ne nous paraît pas exclu qu'en cas de mauvaise foi du tiers acquéreur, le créancier conditionnel puisse, sans attendre la réalisation de la condition, agir à l'encontre de celui-ci et du débiteur sur la base de la théorie de la tierce complicité. Comp., à propos des dommages-intérêts pouvant être alloués au créancier conditionnel nonobstant la défaillance de la condition, *infra*, n^o 530.

(1454) Art. 1180 du Code civil.

(1455) R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 231 et s., spéc. p. 283.

titre de ces mesures (1456), le créancier conditionnel peut notamment faire procéder aux réparations urgentes, faire assurer la chose qu'il a acquise sous condition, rendre public son droit en procédant à la transcription de l'acte qu'il a conclu ou à l'inscription du privilège ou de l'hypothèque dont il bénéficie, procéder au renouvellement d'une hypothèque, demander un supplément d'hypothèque, poser un acte interruptif de la prescription acquisitive, produire sa créance dans une procédure de concours sur le patrimoine de son débiteur (1457), assigner celui-ci en reconnaissance de son droit (1458) ou en vérification d'écriture ou de signature, demander l'apposition des scellés (1459) ou l'établissement d'un inventaire (1460), intervenir dans un partage (1461), faire constater l'absence de son débiteur (1462), provoquer la nomination d'un tuteur (1463) ou encore demander la séparation des patrimoines en cas de décès du débiteur conditionnel (1464).

Enfin, on ne perdra pas de vue qu'à côté de l'obligation conditionnelle, le contrat peut également donner naissance à des

(1456) Pour une énumération de ces mesures conservatoires, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 202, p. 247 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 160, pp. 238 et s. ; P. GÉRARD, o.c., *R.C.J.B.*, 1990, n° 12, pp. 122 et s. ; Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n°s 221 et s., pp. 418 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 89, pp. 108 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n°s 166 et s., pp. 114 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.*, 2009, n° 20, p. 306. **En France**, voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, pp. 114 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 653, p. 446 ; R. DEMOGUE, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 249 et s. ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n° 259, pp. 345 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, o.c., n° 754, p. 764 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 406, p. 427 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n°s 1032 et s., pp. 339 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1230, pp. 1171 et s.

(1457) Distribution par contribution, ordre, faillite, etc. En pratique, les sommes qui lui reviennent devront être consignées à la Caisse des dépôts et consignation jusqu'à l'avènement ou à la défaillance de la condition.

(1458) Comp. art. 3:296, alinéa 2, NBW : « *Hij die onder een voorwaarde of een tijdsbepaling tot iets is gehouden, kan onder die voorwaarde of tijdsbepaling worden veroordeeld* ».

(1459) Sur ce que ce droit appartient aux créanciers, voy. l'article 1148 du Code judiciaire.

(1460) Aux termes de l'article 1177 du Code judiciaire qui renvoie à l'article 1167 de ce Code, le droit de demander l'établissement d'un inventaire appartient aux créanciers dont le titre, tous droits saufs au fond, est reconnu par le juge de paix.

(1461) Sur ce que ce droit appartient aux créanciers, voy. les articles 882 du Code civil et 1561 du Code judiciaire.

(1462) Demande ouverte à toute personne intéressée (art. 112, §1^{er}, et 118, §1^{er}, du Code civil).

(1463) Art. 389, alinéa 2, du Code civil renvoyant à l'article 1236*bis* du Code judiciaire qui prévoit que le procureur du Roi agit à la demande de toute personne intéressée.

(1464) Sur ce que ce droit appartient aux créanciers, voy. l'article 878 du Code civil.

obligations inconditionnelles, découlant de la volonté des parties ou du principe de l'exécution de bonne foi, telles qu'une obligation d'information, de confidentialité ou de non-concurrence (1465). On peut également songer aux clauses compromissaires, d'élection de for ou de droit applicable, lesquelles peuvent sortir leurs effets dès avant la réalisation de la condition (1466).

171. Jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de cassation offre de nombreux exemples des effets de l'obligation, ou plus généralement du contrat, *pendente condicione*.

Ainsi, dans son arrêt du 5 juin 1981, elle décide que la « convention fait donc naître des droits et obligations entre parties et que la partie qui ne remplit pas ses obligations peut être redevable de dommages-intérêts » (1467). En l'espèce, une commune avait attribué un marché public à un soumissionnaire sous la condition de l'approbation de cette attribution par l'autorité de tutelle (1468). Avant même de connaître la décision de celle-ci, la commune avait ensuite réattribué le marché à un autre candidat. L'autorité de tutelle avait enfin improuvé la première attribution du marché. Le candidat évincé avait alors introduit une action en dommages-intérêts contre la commune. La décision du juge du fond, selon laquelle l'action devait être rejetée dès lors que toutes les stipulations du contrat étaient suspendues et que la convention était devenue définitivement inexistante du fait de la décision ultérieure d'improbation prise par l'autorité de tutelle, fut cassée par la Cour de cassation (1469).

On peut citer, dans le même ordre d'idées, un arrêt du 15 mai 1986, qui ajoute que la méconnaissance des obligations nées d'un contrat sous condition suspensive peut donner lieu à la résolution du contrat (1470). En l'occurrence, l'acquéreur d'un fonds de commerce

(1465) Cons. à ce propos J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 198, pp. 240 et s., et n° 201, pp. 243 et s. ; X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 12, pp. 153 et s. ; P. GÉRARD, o.c., *R.C.J.B.*, 1990, n° 3, pp. 112 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 173, pp. 118 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.*, 2009, n° 19, pp. 305 et s.

(1466) P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 17, p. 202 ; P.A. FORIERS, « Option... », o.c., *Le patrimoine immobilier familial*, n° 21, p. 19.

(1467) Voy. *supra*, n° 166 ; dans le même sens Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103, somm.

(1468) Sur ce qu'il ne s'agit pas d'une véritable condition, voy. *supra*, n° 163.

(1469) Sur la persistance du droit aux dommages-intérêts malgré la défaillance de la condition, voy. *infra*, n° 530.

(1470) Cass., 15 mai 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 106, note P. GÉRARD.

s'était abstenu d'accomplir les démarches nécessaires à l'obtention du prêt auquel était subordonnée la cession du fonds (1471).

Dans un arrêt du 5 avril 1993, la Cour de cassation décide que, pour le calcul du montant de la rémunération annuelle du travailleur à l'essai conformément à l'article 67 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, il y a lieu de tenir compte de tous les avantages acquis en vertu du contrat de travail existant à l'époque où la période d'essai est prévue dans le contrat, ce qui inclut tout avantage « dont la condition suspensive qui l'affecte est déterminée à l'époque où la période d'essai est prévue dans le contrat » (1472).

Enfin, un arrêt du 8 décembre 2003 décide qu'on ne peut invoquer l'inexistence du droit *pendente condicione* pour justifier le rejet d'un appel en déclaration de jugement commun dirigé contre le créancier conditionnel (1473).

III. – Questions connexes

172. Comparaison avec la condition résolutoire. Il ne paraît pas inutile de compléter cette section sur les effets de l'obligation sous condition suspensive au cours de la période intermédiaire par une comparaison avec les effets de l'obligation contractée sous une condition résolutoire pendant la même période de temps.

La question ayant suscité moins d'intérêt que le statut de l'obligation sous condition suspensive (1474), on enseigne généralement que, *pendente condicione*, tout se passe comme si l'obligation sous condition résolutoire était pure et simple (1475). Ce ne serait dès

(1471) Selon P. GÉRARD, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 1, pp. 109 et s., la Cour aurait pu aboutir à un résultat identique en décidant que l'obligation de paiement du prix était devenue pure et simple dès lors que le débiteur avait empêché par sa faute la réalisation de la condition à laquelle elle était soumise (article 1178 du Code civil) et que c'est l'inexécution de la dette de prix qui justifiait la résolution de la convention.

(1472) Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 174.

(1473) Cass., 8 décembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 631, somm. (texte intégral disponible sur www.juridat.be).

(1474) Voy. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n°s 210 et s., pp. 138 et s.

(1475) Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1052, p. 2158 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 148, p. 177 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 158, p. 236 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 53, p. 125 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 104, p. 201 ; Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n°s 219 et s., p. 419 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 104, p. 124 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1223, p. 1753 ; **en France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 120 ;

lors qu'en cas de réalisation de la condition que la spécificité de cette obligation se manifesterait (1476). La situation serait donc similaire à celle de l'obligation nulle qui, sous réserve de la menace de l'annulation, sortit provisoirement les mêmes effets qu'une obligation valable (1477).

Cet enseignement nous paraît devoir être nuancé dès lors que, de la même manière que la condition suspensive (1478), la condition résolutoire constitue pour les parties un instrument de prévision de l'avenir. Sans doute l'avènement de l'événement-condition entraîne-t-il la résolution de l'obligation ; il n'en demeure pas moins que cet événement, incertain pour les parties lors de la conclusion du contrat, a été envisagé par elles depuis l'origine. Celles-ci se sont en effet accordées sur les conséquences que cet événement entraînera de plein droit ; cet accord de volontés existe déjà *pendente condicione* et lie les parties.

Par conséquent, il nous paraît justifié d'appliquer, par analogie, les principes que nous avons dégagés à propos de l'obligation sous condition suspensive (1479), le créancier et le débiteur sous condition résolutoire se trouvant à cet égard dans une situation similaire à celle, respectivement, du débiteur et du créancier sous condition suspensive (1480).

Sans vouloir répéter tout ce que nous avons dit sur le régime de l'obligation sous condition suspensive, on relèvera seulement que, vis-à-vis des tiers, l'acquéreur sous condition résolutoire est

A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 653, p. 446 ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, o.c., n° 1, p. 10 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 289, p. 274 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1234, p. 1174.

(1476) On avance à cet égard l'article 1183, alinéa 2, du Code civil, qui dispose que la condition résolutoire « ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ».

(1477) Voy. *supra*, n° 89. Pour un rapprochement de ces deux situations **en droit allemand**, voy. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 492, p. 196, qui y voit deux formes de *schwebende Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts* (efficacité provisoire de l'acte juridique).

(1478) Voy. *supra*, n° 167.

(1479) Voy. *supra*, n°s 169 et s.

(1480) Voy. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 418, pp. 438 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 214, p. 140. Cette similarité des situations et cette application analogique du régime de la condition suspensive n'impliquent toutefois pas à notre sens que l'obligation sous condition résolutoire soit, techniquement, une obligation pure et simple dont la résolution serait affectée d'une condition suspensive : voy. *supra*, n° 164.

considéré tant que la condition est pendante comme seul propriétaire de la chose (1481). Il doit cependant tenir compte de la possibilité que son droit s'éteigne par l'avènement de la condition. Vis-à-vis du vendeur, il reste donc tenu d'une obligation de conservation de la chose. Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions interdit en outre au créancier sous condition résolutoire d'empêcher par sa faute la réalisation de la condition (1482). On reconnaît enfin au débiteur sous condition résolutoire le pouvoir d'accomplir les actes conservatoires du droit dont il bénéficierait en cas de réalisation de la condition (1483).

Bien qu'il soit généralement considéré comme une disposition d'exception et, partant, d'interprétation restrictive (1484), l'article 1751 du Code civil, qui prévoit que « [l]'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur, jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable », est intéressant en ce qu'il confirme que le créancier sous condition résolutoire – en l'occurrence, l'acheteur à réméré – a un droit plus précaire qu'un créancier pur et simple et doit, dans cette mesure, fait preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son droit en tenant compte du risque de la résolution de celui-ci.

173. Durée maximale de la période intermédiaire. Les articles 1168 et suivants du Code civil ne comportent aucune disposition limitant expressément la durée de la période intermédiaire au cours de laquelle la condition – suspensive ou résolutoire – peut demeurer pendante. Au contraire, lorsque la condition consiste en un événement positif et qu'aucun délai n'a été prévu pour sa réalisation, « la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas » (article 1176 *in fine*). Inversement, lorsque

(1481) Voy. art. 1665 du Code civil : « L'acquéreur à pacte de rachat exerce tous les droits de son vendeur ; il peut prescrire tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue. »

(1482) Application analogique de l'article 1178 du Code civil ; voy. sur ce point J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 182, pp. 222 et s.

(1483) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 202, p. 247 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 109, p. 126 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 214, p. 140 ; **en France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 120 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1234, p. 1174.

(1484) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, vol. I, o.c., n° 393, A, p. 465.

la condition est exprimée sous une forme négative (la non-survenance d'un événement) sans limite de temps, « elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas » (article 1177 *in fine*).

On peut cependant douter que la période intermédiaire puisse ainsi se voir reconnaître une durée potentiellement illimitée, et ce, pour un double motif. Le premier vaut pour l'ensemble des obligations conditionnelles ; le second concerne plus spécifiquement les obligations portant sur le transfert de la propriété d'une chose.

I. D'abord, de manière générale, il s'est développée en France une controverse doctrinale opposant les « rigoristes », partisans d'une lecture littérale de l'article 1176 du Code civil, aux « anti-rigoristes », enclins à lire cette disposition dans la continuité de l'article 1175, aux termes duquel « [t]oute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût » (1485). Or, soulignent ces derniers, la convention, interprétée de bonne foi, n'a pas pu vouloir maintenir les parties indéfiniment dans l'expectative. Au contraire, il faudrait considérer qu'à défaut de limite temporelle expresse, la condition est censée défaillie lorsqu'elle ne s'est pas accomplie dans un « délai raisonnable » (1486). Sans adhérer formellement à cette opinion, notre Cour de cassation semble ne pas y être demeurée indifférente dans un arrêt du 25 mai 2007 (1487).

Dans cette affaire, un acte de vente d'une parcelle de terrain avait été conclu sous la condition suspensive de l'obtention d'un permis de bâtir, d'une autorisation de créer une entreprise de taillerie et de l'obtention d'un emprunt, sans qu'aucun délai ne soit imposé pour la réalisation de ces conditions. Plus de cinq ans s'étaient ensuite écoulés sans qu'elles ne se réalisent. Néanmoins, lorsque les vendeurs avaient voulu revendre le bien à un tiers, l'acheteur s'était soudain manifesté et avait prétendu renoncer aux conditions non (encore) accomplies.

(1485) Sur cette controverse, voy. not. les conclusions de M. l'avocat général D. THijs avant Cass., 25 mai 2007, *A.C.*, 2007, n° 275, point 7, pp. 1126 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 8, pp. 296 et s.

(1486) En ce sens, Gent, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45, point 13, note R. SLABBINCK.

(1487) Cass., 25 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 275, *A.C.*, 2007, n° 275, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THijs, *R.C.J.B.*, 2009, p. 285, note M. VAN QUICKENBORNE. Voy. également à ce propos S. STIJNS, *o.c.*, *Verbintenissenrecht*, n° 19, pp. 34 et s.

Le juge du fond avait écarté cette prétention aux motifs que la renonciation à la condition n'était plus possible dès lors que la condition était défaillie. Il estimait, à cet égard, d'une part, qu'en l'absence de délai fixé par les parties, les conditions « doivent être accomplies dans un délai raisonnable » et, d'autre part, que la condition défaille « lorsqu'il y a lieu d'admettre, en raison de l'écoulement du temps, que les conditions suspensives ne s'accompliront raisonnablement plus ». On notera que les deux idées, quoique proches, ne se recoupent pas entièrement.

Le pourvoi de l'acheteur, qui défendait une lecture « rigoriste » de l'article 1176 du Code civil, fut rejeté par la Cour de cassation dans les termes suivants : « lorsqu'une obligation est contractée sous la condition suspensive qu'un événement arrivera et qu'il n'y a point de détermination de délai dans lequel cet événement doit arriver, cet événement peut en principe arriver de manière illimitée dans le temps et la condition ne peut être censée défaillie que lorsqu'il est *raisonnablement établi que l'événement visé n'arrivera pas*. Le juge du fond peut considérer qu'en raison de l'écoulement du temps, il est *raisonnablement certain* que l'événement visé n'arrivera pas » (1488). Même si la Cour ne se réfère pas directement à la notion de « délai raisonnable » et préfère se rattacher plutôt au second ordre de motifs avancés par le juge du fond, il n'en demeure pas moins que l'utilisation à deux reprises du terme « raisonnablement » semble plaider en faveur d'une interprétation souple des conditions de manière à éviter de prolonger indûment la période intermédiaire.

II. À côté de ce motif général commun à toutes les obligations conditionnelles, il en est un second propre aux obligations conditionnelles portant sur un transfert de propriété. À cet égard, l'article 1660 du Code civil dispose ce qui suit : « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme » (1489). Certes, cette disposition est d'ordinaire traitée comme étant spécifique au contrat de vente à réméré. Toutefois, dès lors que celui-ci est généralement considéré comme le paradigme de la vente sous condition résolutoire (1490), ne peut-on généraliser la portée de cette disposition ?

(1488) Point 3 (nous soulignons).

(1489) Cette sanction constitue une forme de réduction légale ; voy. à ce propos *infra*, n° 314.

(1490) Voy. à ce propos *infra*, n° 494.

Les travaux préparatoires de l'article 1660 offrent à cet égard un éclairage intéressant. Ainsi, le délai de cinq ans a été justifié par la circonstance que « [l]e bien public ne comporte (1491) pas que l'on prolonge trop une incertitude qui ne peut que nuire à la culture et au commerce » (1492). Ainsi, « [i]l s'agissait d'abord de concilier l'intérêt particulier du vendeur avec l'intérêt public qui s'oppose à ce que les propriétés demeurent pendant long-temps incertaines et flottantes » (1493).

Éviter que la propriété ne demeure trop longtemps immobilisée par l'incertitude entourant la personne du titulaire, qui pourrait nuire aux nécessités du commerce et de l'agriculture, perçues comme relevant de l'intérêt général : tel est donc le motif qui non seulement sous-tend l'article 1660 du Code civil, mais qui est en réalité de portée tout à fait générale, ainsi qu'en témoignent d'autres dispositions du Code.

Cette préoccupation du législateur est au fond la même que celle exprimée à propos de l'admission de la rescision pour lésion : impensable en matière mobilière, « à moins qu'on ne voulût jeter un trouble universel dans toutes les relations commerciales, et qu'on ne voulût arrêter le cours des opérations journalières de la vie », elle pouvait au contraire être envisagée à l'égard des immeubles, car « [l]eur prix est plus constant, et leur circulation est certainement moins rapide ». « Objectera-t-on que, si l'action rescisoire, limitée à la vente d'immeubles, n'est point préjudiciable au commerce proprement dit, elle peut l'être à l'agriculture par l'espèce d'inaction dans laquelle se tient un nouveau propriétaire qui n'ose rien entreprendre quand il peut craindre d'être évincé ? Nous répondrons qu'il était possible d'avoir ces craintes lorsque l'action rescisoire durait dix ans ; mais le projet de loi ne lui donne plus que deux années de durée, à compter du jour de la vente. Ce terme est assez long pour que l'action rescisoire puisse être utile à ce qui est en droit de l'exercer, et il est assez court pour que l'agriculture n'ait point à souffrir d'un délai qui, loin d'empêcher

(1491) Au sens de rendre possible, permettre (*Trésor de la langue française informatisé*, v^o *Comporter*, <http://atilf.atilf.fr/>).

(1492) Exposé des motifs de Portalis dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, o.c., p. 125 ; voy. égal. p. 127 où il fait état de « considérations majeures d'utilité publique », ainsi que P.A. FORIERS, o.c., *Le patrimoine immobilier familial*, n^o 17, p. 16.

(1493) Discours de GRENIER devant le Corps législatif dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, o.c., p. 201.

les entreprises du nouveau propriétaire, ne lui laisse que le temps convenable pour les préparer » (1494).

Le même souci explique encore l'article 815, alinéa 2, du Code civil, en vertu duquel la convention d'indivision ne peut avoir une durée supérieure à cinq ans. En effet, « [o]n ne peut pas s'obliger à demeurer toujours dans l'indivision. Une société éternelle n'est pas compatible avec la mobilité de nos intérêts. Le Code limite très sagement à cinq ans la convention de suspendre le partage. Après ce délai elle est sans force ; elle a besoin d'être renouvelée » (1495).

Compte tenu de la généralité du motif qui se trouve à la base de l'article 1660, il est permis de se demander si son application ne devrait pas, par analogie, être étendue à toutes les obligations de transfert de propriété sous condition résolutoire (1496), voire même sous condition suspensive. Au regard de l'objectif visé, les différences techniques entre ces diverses situations n'apparaissent en effet pas pertinentes. Au demeurant, à ceux qui hésiteraient à reconnaître un tel pouvoir à l'interprète de cette disposition, on répondra que le même résultat pourrait être atteint par une application du principe constitutionnel d'égalité, qui commanderait en l'espèce de combler la lacune consistant dans l'absence d'une disposition équivalente à l'article 1660 dans la partie générale du Code relative aux conditions en étendant à l'ensemble de celles-ci le principe qu'elle édicte (1497).

Un résultat similaire peut cependant être atteint par le biais d'une approche moins radicale.

(1494) Exposé des motifs de Portalis, *ibid.*, pp. 141 et s.

(1495) Discours de Siméon devant le Corps législatif, dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XII, 1836, Paris, Videcoq, p. 238.

(1496) Ainsi, certains auteurs considèrent que le *pactum displicentiae*, c'est-à-dire le pacte de déplaisir par lequel une partie se réserve la faculté de résoudre la vente, ne peut être étendu au-delà de cinq années (voy. en ce sens C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome V, 5^e éd., 1907, Paris, Marchal et Billard, § 352, p. 56 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 52, p. 123, note n° 210 ; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, tome I^{er}, Paris, Pedone, 1889, n° 61, p. 69). Cependant, pour d'autres auteurs, le délai de cinq ans ne s'explique pas tant par le danger que la rétroactivité de la condition ferait courir à la stabilité de la propriété, que par le caractère potestatif de la vente à réméré : c'est parce qu'il dépend de la seule volonté de l'acheteur à réméré de faire tomber la vente qu'il conviendrait d'enserrer cette faculté dans un strict délai (A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *o.c.*, n° 159, p. 82). Dans cette optique, le délai de cinq ans ne pourrait être généralisé aux conditions non potestatives.

(1497) Sur cette utilisation subversive du principe d'égalité dans le domaine du droit privé, voy. *supra*, n°s 61 et s.

Qui ne voit, en effet, que l'obligation conditionnelle de transférer la propriété, dès lors qu'elle impose à la partie qui reste en possession de celle-ci un devoir de conservation de la chose lui interdisant d'en disposer *pendente condicione* (1498), constitue en réalité une véritable *clause d'inaliénabilité* ? (1499) Or, en droit positif, de telles clauses sont strictement réglementées. Elles ne sont en effet admissibles qu'à la condition de poursuivre un but légitime et d'être limitées dans le temps (1500). On retrouve ainsi la notion de « délai raisonnable », certes plus souple qu'un délai rigide de cinq ans (1501).

III. En conclusion, que ce soit par une interprétation souple de l'article 1176 du Code civil ou par le recours au principe prohibant les clauses d'inaliénabilité sans limite de temps, dont l'article 1660 peut être vu comme une application, il nous paraît douteux que la période intermédiaire d'une obligation conditionnelle puisse se prolonger indéfiniment, particulièrement lorsqu'elle tend au transfert de la propriété d'un bien. Une condition qui ne respecterait pas cette limitation nous paraît dès lors s'exposer à être réduite dans les limites admissibles (1502).

(1498) Voy. *supra*, n^{os} 170 (condition suspensive) et 172 (condition résolutoire).

(1499) Comp. dans le même sens M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n^o 3, p. 294, qui relève que la condition entraîne l'inaliénabilité de la chose pendant la période intermédiaire.

(1500) Voy. à ce propos A. DELIÈGE, « Inaliénabilité », *Rép. not.*, tome II, L. VII, Bruxelles, Larcier, 1979, n^{os} 14 et s., pp. 22 et s. ; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldverordeningen*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2010, n^o 754, p. 730 ; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, sous la direction de R. Dillemans et W. van Gerven, tome X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop. Deel 1 Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, n^{os} 1105 et s., pp. 432 et s. ; solution consacrée à l'article 510, alinéa 2, du Code des sociétés.

(1501) Qui a, comme tout délai, quelque chose d'arbitraire : voy. ainsi, à propos de l'article 815, l'observation de Cambacérès au cours de la discussion au Conseil d'État, dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XII, *o.c.*, p. 61. On relèvera d'ailleurs qu'en matière de rescision pour lésion énorme, c'est un délai de deux ans, et non cinq, qui a été retenu par le législateur, tandis qu'il est de dix ans, conformément au droit commun, en matière de rescision du partage.

(1502) Sur cette sanction, voy. *infra*, n^o 314.

§ 3. – *Effets de la réalisation de la condition suspensive*

I. – Aperçu général

174. Droits belge et français. Aux termes de l'article 1179 du Code civil, « [l]a condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Il paraît difficile d'affirmer la rétroactivité de la condition réalisée en des termes plus forts (1503). Malgré cela, l'effet rétroactif de la condition fait l'objet d'une controverse classique en droit civil qui se prolonge encore aujourd'hui (1504).

La difficulté se situe, en réalité, à la marge de la question.

Tous les auteurs s'accordent en effet sur la principale conséquence de la rétroactivité, à savoir que lorsqu'une chose a été cédée sous une condition suspensive et que celle-ci vient à se réaliser, les aliénations faites *pendente condicione* par le débiteur conditionnel de la chose au profit de tiers doivent en principe tomber et que, réciproquement, les actes de disposition accomplis anticipativement par le créancier conditionnel de la chose sont validés.

Mais au-delà de cet îlot de certitude, la controverse fait rage. On s'accorde, en effet, difficilement sur le point de savoir si la rétroactivité doit jouer dans d'autres domaines et, si oui, lesquels. Plus fondamentalement, certains auteurs mettent en doute la nécessité de recourir à la rétroactivité pour justifier l'inefficacité des actes de disposition accomplis par le débiteur conditionnel, et proposent dès lors de faire l'économie de ce mécanisme, que ce soit *de lege ferenda* – comme l'étude du droit comparé y incite –, ou même *de lege lata*.

(1503) Sur la controverse, aujourd'hui dépassée, qui portait sur le point de savoir si la condition potestative était également dotée d'un effet rétroactif, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 324, pp. 382 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 184, p. 123. Sur la possibilité pour les parties de déroger de commun accord à l'effet rétroactif de la condition, voy. *infra*, n°s 561 et s.

(1504) Voy. ainsi la thèse de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, dont la seconde partie est entièrement consacrée aux mérites et aux défauts de la rétroactivité de la condition.

Afin d'élucider ces questions, nous commencerons par examiner les différentes approches possibles de l'article 1179 du Code civil (II). Nous aborderons ainsi successivement la thèse qui donne à la rétroactivité son extension maximale (1505), celle qui lui dénie au contraire toute utilité en droit positif (1506) et enfin celle, aujourd'hui dominante, qui lui reconnaît une certaine place justifiée par l'idée de protection du créancier conditionnel (1507). Nous examinerons ensuite en détail les conséquences de la réalisation de la condition, tant entre parties (III) qu'à l'égard des tiers (IV).

175. Droit allemand. I. Le droit allemand se situe à première vue aux antipodes du système retenu par le Code Napoléon. Le § 158 du BGB dispose en effet que l'acte juridique conclu sous une condition suspensive ne produit ses effets qu'avec la réalisation de la condition (*mit dem Eintritt der Bedingung*). Il en va de même en cas de réalisation de la condition résolutoire, le Code précisant que le retour à la situation antérieure ne se produit qu'à cet instant (*mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein*).

Le § 159 confirme *a contrario* ces solutions en permettant, par exception, aux parties de reporter les effets de l'acte à une date antérieure (1508). Pareille stipulation se déduit du contenu de l'acte et peut donc être expresse aussi bien que tacite (1509). Le législateur ajoute, de façon assez tautologique, qu'en cas de réalisation de la condition, les parties sont alors tenues de se fournir réciproquement ce dont elles auraient été tenues si les conséquences de l'acte s'étaient produites à la date antérieure convenue.

(1505) Voy. *infra*, n° 177.

(1506) Voy. *infra*, n° 179.

(1507) Voy. *infra*, n° 181.

(1508) Voy., de même, les articles 5.3.2 et 5.3.5, alinéa 2, des **Principes d'Unidroit 2010**.

(1509) R. BORK, « §§ 158-163 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2003, § 159, n° 3, p. 735. Ainsi, à titre d'illustration, la **loi allemande** prévoit que, lorsque l'employeur donne congé au travailleur tout en lui offrant de poursuivre la relation de travail à des conditions différentes (*Änderungskündigung*), le travailleur a le droit de n'accepter cette offre que sous la réserve que la modification de ses conditions de travail ne soit pas jugée injustifiée par les cours et tribunaux (*Kündigungsschutzgesetz* [KschG], § 2). Si cela devait s'avérer être le cas, le congé est alors inefficace (KschG, § 8). Le Bundesarbeitsgericht considère à cet égard que l'acceptation du travailleur est affectée d'une condition résolutoire rétroactive au sens du § 159 du BGB. Ainsi, lorsque le congé est jugé injustifié, l'employeur est tenu de traiter le travailleur comme si celui-ci avait continué à travailler aux conditions initiales depuis l'origine (BAG, 27 septembre 1984, *N.J.W.*, 1985, p. 1797, point B, II, 3, c), cc)).

De ces deux dispositions, la jurisprudence et une doctrine presque unanime déduisent que la condition produit ses effets *ex nunc* (1510). Quant à la rétroactivité du § 159, elle est pour le moins limitée puisqu'elle est de nature purement personnelle et non réelle (1511). Par conséquent, même lorsque les parties décident qu'en cas de réalisation de la condition, le contrat rétroagira à la date de sa conclusion, pareille stipulation est dépourvue d'effet envers les tiers (1512).

II. On aurait toutefois tort de croire que le droit allemand consacre des solutions pratiques éloignées de celles prévalant en droits belge et français. Au contraire, sur la question centrale de la validité des actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel au préjudice des droits de son créancier, les deux familles juridiques aboutissent à un résultat équivalent.

On relèvera tout d'abord que le § 160 du BGB prévoit qu'en cas de réalisation de la condition, le débiteur conditionnel est tenu à des dommages-intérêts s'il a, par sa faute, anéanti ou simplement restreint *pendente condicione* le droit du créancier conditionnel.

Plus fondamentalement, le § 161, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase, dispose : « Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde » (1513). Sans qu'il soit recouru à la rétroactivité, les actes de disposition accomplis *pendente condicione* au préjudice des droits du créancier conditionnel sont donc frappés d'inefficacité. Il en va de même lorsque

(1510) BGH, 25 mars 1998, *BGHZ*, vol. 138, p. 195, point II, 2, b), aa) (condition suspensive) ; BGH, 26 septembre 1996, *BGHZ*, vol. 133, p. 331, point II (condition résolutoire) ; R. BORK, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 158, n° 3, p. 728 ; M. BRINKMANN, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 158, n° 21, p. 213 ; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 198, I, n° 1, p. 1203 ; H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 159, p. 167 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 50, n° 35, p. 922 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, n° 839, p. 330.

(1511) R. BORK, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 159, n° 1, p. 734 ; M. BRINKMANN, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 159, n° 2, p. 214 ; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 198, I, n° 4, p. 1204 ; H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 159, p. 167 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 50, n° 39, p. 923 ; H.P. WESTERMANN, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 159, n° 2, p. 1597.

(1512) M. BRINKMANN, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 159, n° 2, p. 214.

(1513) Traduction libre : si quelqu'un a disposé d'une chose sous une condition suspensive, tout acte de disposition ultérieur portant sur cette chose pendant que la condition est pendante est inefficace en cas de réalisation de la condition dans la mesure où il anéantirait ou restreindrait l'effet dépendant de la condition.

la disposition de la chose découle d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du patrimoine du débiteur (1514). L'efficacité des saisies pratiquées par les créanciers du débiteur conditionnel sur la chose cédée sous condition est donc elle-même conditionnelle, puisqu'elles ne peuvent produire leurs effets que si la condition affectant le contrat conclu ne se réalise pas (1515). Par ailleurs, on assimile aux actes de disposition du débiteur le droit de gage d'origine légale, tel que le privilège du bailleur sur les meubles meublants prévu par le § 562. Ainsi, les droits du créancier conditionnel devraient également prévaloir dans ce cas (1516).

On observera que l'inefficacité prévue par le § 161 n'est dirigée que contre les actes qui portent atteinte aux droits du créancier conditionnel. Elle demeure donc sans application aux actes qui lui sont favorables (1517) ou sont simplement neutres (1518). En outre, elle ne vaut que sous réserve de la protection reconnue à l'acquéreur de bonne foi (1519). En ce cas, le créancier conditionnel ne pourra se retourner que contre son débiteur et lui réclamer des dommages-intérêts sur le fondement du § 160 (1520). Par exception, il disposera également d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause à l'encontre du sous-acquéreur même de bonne foi, lorsque cette seconde acquisition a été faite à titre gratuit (1521).

III. Ces dispositions légales sont interprétées par la majorité de la doctrine dans le cadre de l'*Anwartschaftslehre* (1522). En substance,

(1514) § 161, alinéa 1^{er}, 2^e phrase.

(1515) Voy. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 843, p. 332.

(1516) Voy. R. BORK, o.c., *Staudingers Kommentar*, § 161, n° 10, p. 743 ; M. BRINKMANN, o.c., *BGB Kommentar*, § 161, n° 5, p. 216 ; H. HEINRICH, o.c., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 161, n° 1, p. 168 ; *contra* : H.P. WESTERMANN, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 13, p. 1605, pour qui le bailleur devrait pouvoir opposer sa bonne foi conformément au § 161, alinéa 3.

(1517) Telle que la suppression d'une charge réelle grevant la chose cédée (M. BRINKMANN, o.c., *BGB Kommentar*, § 161, n° 1, p. 215).

(1518) Tel que le fait d'assortir la créance cédée sous condition d'une garantie (H.P. WESTERMANN, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 12, p. 1605).

(1519) § 161, alinéa 3, du BGB. Cette solution est justifiée par un raisonnement *a fortiori* : qui peut acquérir *a non domino* doit également pouvoir acquérir *a domino pendente condicione* (D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 843, p. 332). Pour une illustration, voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 50, n° 56, p. 927.

(1520) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 56, n° 35, p. 927 ; H.P. WESTERMANN, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 19, p. 1607.

(1521) § 816, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, du BGB ; L. ENNECERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, o.c., § 198, I, n° 2, p. 1204 ; H.P. WESTERMANN, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 19, p. 1607.

(1522) Pour une bonne présentation de cette théorie, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., nos 450 et s.

cette théorie considère le créancier conditionnel comme titulaire, dès la conclusion du contrat, d'un droit *sui generis* qui constitue le pendant de l'interdiction adressée par le § 161 au débiteur conditionnel de disposer de la chose et se transforme en droit pur et simple en cas de réalisation de la condition. Certains auteurs ont cependant estimé que cette théorie n'avait qu'une fonction purement pédagogique et qu'elle était en soi dépourvue de conséquences propres (1523).

Il est également intéressant de souligner que certains auteurs, il est vrai assez isolés, ont tenté de réconcilier les principes posés par les §§ 158 et s. avec la rétroactivité de la condition (*Pendenztheorie*) (1524). Ils estiment à cet égard que la condamnation de la rétroactivité qui paraît ressortir des §§ 158 et 159 ne peut être dissociée du § 161 qui, en cas de réalisation de la condition, rend rétroactivement inefficaces les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel (1525). Dès lors, le principal intérêt de l'exclusion de l'effet rétroactif de la condition est réduit à néant par le § 161 (1526). La confrontation du BGB et du Code Napoléon sur ce point révèle en tout cas qu'un résultat jugé par tous souhaitable – à savoir l'impossibilité pour le débiteur conditionnel de disposer de la chose cédée sous condition au préjudice du créancier conditionnel – peut être indifféremment atteint par le biais de la rétroactivité ou d'une disposition légale spécifique.

(1523) M. BRINKMANN, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 161, n° 12, p. 216 ; H.P. WESTERMANN, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 158, n° 39, p. 1585.

(1524) M. ARMGARDT, « Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht », *AcP*, 2006, pp. 654 et s. ; E. EICHENHOFER, « Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum », *AcP*, 1985, pp. 162 et s.

(1525) M. ARMGARDT, *o.c.*, *AcP*, 2006, p. 665 ; E. EICHENHOFER, *o.c.*, *AcP*, 1985, p. 193 ; voy. cependant R. BORK, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 161, n° 12, p. 744, pour qui l'inefficacité prévue par le § 161 produit ses effets *ex nunc*.

(1526) Voy. également en ce sens K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 50, n° 35, p. 922 ; H.P. WESTERMANN, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 2, p. 1601. À cet égard, certains auteurs français voient même dans le § 161 du BGB la preuve que le droit allemand ne serait pas parvenu « à s'affranchir totalement du mécanisme rétroactif » (voy. par ex. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 380, p. 403 ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *o.c.*, n° 200, p. 185). Pareille conclusion nous paraît cependant excessive. Il est indéniable, en effet, que tant la rétroactivité de la condition que le § 161 du BGB poursuivent les mêmes objectifs ; il n'en résulte cependant pas pour autant que toute solution apportée à ce problème doive s'analyser au mieux comme un *Ersatz* de rétroactivité. Au contraire, l'intérêt de la démarche comparatiste est précisément de montrer comment plusieurs systèmes juridiques peuvent apporter une réponse différente, et parfois meilleure d'un point de vue technique, à des préoccupations identiques (voy. K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., trad. T. WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 15).

176. Droit néerlandais. I. Le système néerlandais de la condition rappelle à plus d'un titre celui du droit allemand. Ainsi, tout effet rétroactif est d'emblée refusé à la condition (articles 3:38, alinéa 2 (1527) et 6:22 (1528) du NBW). La loi présente sur ce point un caractère impératif, du moins sur le plan réel (1529). Les parties ne pourraient ainsi s'accorder pour donner à la condition un effet rétroactif opposable aux tiers. Elles peuvent tout au plus, dans les rapports entre elles, conférer à la condition un effet rétroactif (1530), en réglant par exemple le sort des fruits perçus *pendente condicione* (1531).

Néanmoins, par une technique certes différente de celle retenue par le § 161 BGB, mais avec un résultat pratique identique, l'article 3:84, alinéa 4, renforce l'efficacité du droit conditionnel sur le plan réel. Il prévoit en effet que « [w]ordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen ». Seul un droit conditionnel peut donc être acquis en cas de livraison effectuée en exécution d'une obligation conditionnelle.

Cette disposition en apparence simple a donné lieu à des constructions doctrinales pour le moins sophistiquées.

II. Une première question qui a préoccupé les auteurs est celle de savoir quelle est l'obligation précise affectée de la condition (1532).

On sait à cet égard que le droit néerlandais repose sur un système de transfert de la propriété à la fois dualiste et causal (1533) : dualiste, parce que, comme en droit allemand (*Trennungsprinzip*), mais à la différence du système moniste franco-belge où le contrat

(1527) « De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht ».

(1528) « Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der gebeurtenis aanvangen ; een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis vervallen ».

(1529) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, *Goederenrecht*, vol. I, *Algemeen goederenrecht*, 14^e éd. par F.H.J. MIJNSSEN et P. DE HAAN, Deventer, Kluwer, 2001, n^o 223, p. 188 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, *Verbintenissenrecht*, vol. I*, *De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, 13^e éd. par A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, Deventer, Kluwer, 2008, n^o 183, p. 138.

(1530) Comp § 159 du BGB ; voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n^o 223, p. 188.

(1531) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n^o 223, p. 188 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. I*, *o.c.*, n^o 183, p. 139.

(1532) Sur cette question, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n^{os} 395 et s., spéc. n^o 416.

(1533) Cons. à ce propos J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n^{os} 340 et s. ; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009, n^{os} 23 et s., p. 19.

opère par lui-même le transfert de propriété (articles 711, 938, 1138 et 1583 du Code civil), l'acte créateur d'obligations (*obligatoire overeenkomst*), qui constitue le titre de la cession, doit être suivi d'un acte de cession (*overdracht*) qui opère véritablement le transfert de propriété et requiert en principe une tradition (*levering*) de la chose (1534) ; causal, parce que, comme en droit franco-belge, mais à la différence du droit allemand où le sort de ce premier acte demeure en règle sans incidence sur le second (*Abstraktionsprinzip*), le droit néerlandais considère en règle que la cession suppose, pour pouvoir sortir ses effets, un titre, c'est-à-dire un acte créateur d'obligations valable (article 3:84, alinéa 1^{er}). En cas de vente sous condition suspensive, la condition affectera-t-elle dès lors le contrat de vente proprement dit ou la convention distincte de cession ? (1535)

Une position minoritaire consiste à soutenir que les deux actes juridiques sont affectés de la condition (1536). D'autres auteurs, qui adoptent une position plus proche du texte de l'article 3:84, alinéa 4, considèrent que la cession et la tradition effectuées en exécution d'une obligation conditionnelle sont elles-mêmes inconditionnelles, mais que le droit sur la chose qu'elle transmettent est néanmoins soumis à la condition (1537). Enfin, certains auteurs ont critiqué cette analyse en faisant valoir que la cession, qui suppose l'existence d'un titre, ne pourrait valablement intervenir en vertu d'une obligation sous condition suspensive, car celle-ci est dépourvue d'effet avant la réalisation de la condition (1538). Selon eux, la condition affecterait dès lors non pas le titre, mais la cession et la livraison proprement dites (1539).

(1534) On notera que, si certains auteurs contestent l'existence d'une véritable convention de cession, le caractère dualiste du système demeure néanmoins assuré par la distinction entre le titre de la cession et la tradition.

(1535) Pour la réponse à cette question **en droit allemand**, voy. *supra*, n° 163.

(1536) Voy. H.J. SNLIDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, o.c.*, n° 413, p. 353.

(1537) Voy. J. HILMA et M. OLTHOF, *o.c.*, *W.P.N.R.*, 1982, n° 4, p. 260 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht, o.c.*, n° 121, p. 100 ; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, o.c.*, pp. 322 et s.

(1538) Réciproquement, en cas de condition résolutoire, la résolution du titre ne suffirait pas à expliquer la restitution de la chose ayant fait l'objet d'une tradition inconditionnelle, puisque l'obligation s'est déjà éteinte par son exécution. Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n° 218, p. 180.

(1539) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n° 218, pp. 179 et s. ; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken, o.c.*, p. 139 ; pour une critique de cette opinion, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n°s 410 et s.

Au-delà de ces discussions qui présentent un caractère en réalité fort académique (1540), il existe cependant un large consensus quant au régime de la condition.

III. Les solutions se dégagent le plus clairement à propos de la *condition résolutoire*, pour laquelle l'article 3:84, alinéa 4, paraît bien avoir été rédigé. En cas de vente sous condition résolutoire, l'acquéreur n'acquiert sur la chose qu'un droit soumis à la même condition (1541). Cette précision a été rendue nécessaire par la suppression de l'effet rétroactif de la condition (1542). En effet, lorsque la condition se réalise, l'obligation cesse d'exister. Toutefois, compte tenu de l'absence d'effet rétroactif de la condition, la réalisation de celle-ci ne porte pas atteinte à la validité du titre en vertu duquel la chose a été remise à l'acquéreur (1543). Pour expliquer que cette dernière fasse retour de plein droit dans le patrimoine du vendeur sans qu'une convention de rétrocession ne soit requise, il est donc nécessaire de considérer que le droit transmis à l'acquéreur était lui-même affecté d'une condition résolutoire, comme l'article 3:84, alinéa 4, le prévoit. C'est en ce sens que l'on affirme que la condition résolutoire est dotée d'un effet réel (1544).

Cet effet réel est en outre opposable aux tiers. Ainsi, si l'acquéreur a cédé *pendente condicione* la chose à un sous-acquéreur, celui-ci n'a à son tour pu acquérir sur elle qu'un droit conditionnel, qui tombera

(1540) Voy. dans le même sens A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, o.c., p. 314.

(1541) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, pp. 182 et s. ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 121, p. 100.

(1542) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, p. 183.

(1543) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 223, p. 187 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. I*, o.c., n° 184, p. 139 ; J. HIJMA et M. OLFHOF, o.c., W.P.N.R., 1982, n° 4, p. 259 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 122, p. 101.

(1544) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, p. 183 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. I*, o.c., n° 184, p. 139 ; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, o.c., p. 166 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 122, p. 101 ; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, o.c., n° 412, p. 351 ; T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 552. — Il ne s'agit cependant que d'une présomption de volonté : les parties sont dès lors autorisées à supprimer l'effet réel de la condition (C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. I*, o.c., n° 184, p. 140 ; J. HIJMA et M. OLFHOF, o.c., W.P.N.R., 1982, n° 4, p. 260 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 124, p. 104).

au profit du vendeur initial en cas de réalisation de la condition (1545). L'effet réel de la condition est, de même, opposable à la masse des créanciers en cas de faillite de l'acquéreur survenue *pendente condicione* (1546) ou en cas de saisie sur la chose (1547).

Les droits des tiers de bonne foi sont cependant garantis (1548). Ainsi, en cas de cession d'un meuble, ils pourront se prévaloir de la protection prévue par l'article 3:86 pour obtenir sur la chose un droit inconditionnel (1549). S'agissant d'un immeuble, la condition ne leur sera opposable que si elle a été transcrite dans le registre foncier (1550). Enfin, en cas de cession d'une créance, les tiers de bonne foi seront protégés lorsque l'acte de cession initial qui leur a été produit ne fait pas mention de la condition (1551).

IV. Ces principes s'appliquent, *mutatis mutandis*, en matière de *condition suspensive*. On admet ainsi de manière générale qu'après avoir vendu une chose sous condition suspensive, le vendeur ne possède plus sur celle-ci qu'un droit sous condition résolutoire (1552). Quant à l'acquéreur, il ne se voit reconnaître par certains auteurs qu'une « espérance de propriété » (*eigendomsverwachting*) (1553), voire plutôt, selon la doctrine majoritaire, un véritable *droit réel*

(1545) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, p. 183 ; J. HJMA et M. OLTHOF, o.c., *W.P.N.R.*, 1982, n° 8, p. 275 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 122, p. 102.

(1546) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, p. 184 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 122, p. 102.

(1547) W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 122, p. 103.

(1548) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. I*, o.c., n° 184, p. 139 ; J. HJMA et M. OLTHOF, o.c., *W.P.N.R.*, 1982, n° 8, p. 275 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 123, p. 104.

(1549) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, pp. 183 et s. ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 123, p. 104.

(1550) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, p. 184 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 123, p. 104.

(1551) Application de l'article 3:36 du NBW : voy. W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 123, p. 104 ; adde C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 220, p. 184.

(1552) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 223, p. 189 ; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, o.c., p. 142 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, o.c., n° 125, p. 105 ; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, o.c., n° 411, p. 350.

(1553) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, o.c., n° 222, p. 185.

sous condition suspensive (1554). Quoi qu'il en soit, l'effet réel de la condition suspensive est ainsi garanti (1555). C'est ainsi que les droits concurrents concédés par le vendeur sur la chose à des tiers doivent tomber en cas de réalisation de la condition (1556) et que la faillite du vendeur ne pourra porter atteinte aux droits acquis sous condition par l'acquéreur (1557). Ici également, les tiers de bonne foi seront néanmoins protégés (1558).

V. Comme en droit allemand, une disposition légale expresse confère donc un effet réel à la condition. Il est intéressant de constater que, tout comme la doctrine allemande, loin de s'arrêter au § 161 du BGB, a échafaudé sur cette base l'*Anwartschaftslehre*, de la même manière, la doctrine néerlandaise ne s'est pas contentée de prendre acte de la solution prévue par l'article 3:84, alinéa 4, du NBW, mais en a déduit l'existence d'une nouvelle forme de droit opposable aux tiers. Ainsi, bien que la question de savoir s'il s'agit d'un *beperkt recht* au sens de l'article 3:8 du NBW soit débattue, l'effet réel de la condition se traduit en tout cas par la reconnaissance d'une nouvelle forme de droit réel, à savoir un droit réel sous condition suspensive (1559). En définitive, celui-ci n'a d'autre objet que de conférer à la condition un effet envers les tiers identique à celui que l'effet rétroactif lui assurerait autrefois (1560). Ceci conduit d'ailleurs une partie de la doctrine à

(1554) J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken, o.c.*, pp. 147 et s. ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht, o.c.*, n° 125, p. 105 ; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, o.c.*, n° 411, p. 350 ; T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht, o.c.*, p. 557.

(1555) Cette solution est généralement justifiée par référence à l'article 3:84, alinéa 4. Voy. cependant J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken, o.c.*, p. 137, pour qui cette disposition suppose une condition résolutoire, mais estime néanmoins, p. 141, qu'en cas de livraison faite sous condition suspensive, cette livraison répond à toutes les conditions posées par l'article 3:84, alinéa 1^{er}, de sorte qu'une faillite survenant ultérieurement ne fait pas obstacle à l'acquisition de la propriété par l'acquéreur lorsque la condition se réalise.

(1556) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n° 223, p. 188 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht, o.c.*, n° 126, p. 105.

(1557) J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken, o.c.*, p. 141 ; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, o.c.*, n° 415, p. 354 ; T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht, o.c.*, p. 557.

(1558) W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht, o.c.*, n° 127, p. 106 ; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, o.c.*, n° 415, p. 355.

(1559) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n° 223, p. 187 ; J. HILMA et M. OLTHOF, *o.c.*, *W.P.N.R.*, 1982, n° 4, p. 260 ; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken, o.c.*, pp. 150 et s. ; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, o.c.*, pp. 348 et s.

(1560) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome III, vol. I, *o.c.*, n° 223, p. 188.

regretter la suppression de l'effet rétroactif de la condition, envisagé comme un mécanisme « plus simple, plus clair et plus élégant » (1561).

II. – Fondement et limites

177. Thèse de la rétroactivité de la condition comme réalité juridique. Fidèle aux techniques d'interprétation qui font la part belle au respect de la volonté du législateur, Laurent se fonde sur l'article 1179 du Code civil pour ériger la rétroactivité de la condition en principe auquel seule une disposition légale expresse pourrait apporter une dérogation (1562). Ainsi, « la rétroactivité n'est pas une fiction, c'est une loi du contrat que le Code consacre comme un principe ; le droit, pour mieux dire, le devoir de l'interprète est de l'appliquer dans toutes ses conséquences » (1563). Il s'agit là d'un raisonnement de type conceptuel sous sa forme la plus pure (1564). Sur la base de cette prémisse, il en déduit notamment, avec une grande rigueur logique, que le débiteur conditionnel ne peut conserver les fruits qu'il a perçus *pendente condicione* (1565), et que les baux conclus par lui pendant cette période doivent tomber en cas de réalisation de la condition (1566).

Dans un ordre d'idées similaires, certains auteurs prétendent fonder la rétroactivité de la condition sur l'idée que le droit conditionnel existe, au moins en germe, dès avant la réalisation de la condition (1567). Par conséquent, l'arrivée de la condition aboutirait à confirmer ces droits plutôt qu'à les faire naître, et cette

(1561) « eenvoudiger, duidelijker en fraaier » (A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, o.c., pp. 299 et s., spéc. p. 304).

(1562) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 79, p. 93. Ajoutons que, pour le savant auteur, la volonté du législateur se double de l'autorité de la volonté des parties, qui sont censées avoir voulu la rétroactivité de la condition et toutes ses conséquences (n° 78, pp. 91 et s. ; dans le même sens, L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n° 742, p. 361).

(1563) *Ibid.*, n° 84, p. 101. Adde H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 93, p. 85 (« Peu importe [...] qu'une règle soit une fiction ou dérive de la nature des choses, du moment que la loi l'a édictée ») et n° 133, p. 111.

(1564) Sur l'approche conceptuelle de la rétroactivité, voy. *supra*, nos 5 et s.

(1565) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 84, pp. 99 et s.

(1566) *Ibid.*, n° 82, pp. 95 et s.

(1567) Voy. par exemple A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 656, p. 447 (qui nient cependant l'utilité du concept de rétroactivité : voy. *infra*, n° 179) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 287, p. 272 ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 53, p. 55.

confirmation se produirait nécessairement avec effet rétroactif (1568).

178. Suite – Critique. Tout d’abord, prétendre que, du seul fait de la préexistence d’un acte dont les effets sont provisoirement paralysés, ceux-ci doivent se produire dès l’origine lorsque la cause de suspension vient ultérieurement à être levée nous paraît relever de la pétition de principe (1569).

Pour le reste, aussi rigoureux soit le raisonnement de LAURENT, il ne doit cependant pas tromper. Nous avons en effet déjà eu l’occasion de mettre en garde contre les dangers de la rétroactivité, conçue comme un principe dogmatique détaché des objectifs concrets qu’elle vise à atteindre (1570). La rétroactivité est avant tout un outil, dont le législateur n’hésite pas à se départir lorsqu’elle conduit à des résultats jugés indésirables. L’attitude de l’interprète ne pourrait, dès lors, être différente (1571).

À titre d’illustration de l’attitude pragmatique du législateur, on peut invoquer l’article 1182 du Code civil, qui déroge à la rétroactivité de la condition immédiatement après que le principe en a été énoncé à l’article 1179, et dont il résulte que les risques doivent rester sur la tête du débiteur conditionnel pour la période au cours de laquelle la condition était pendante (1572). Si la rétroactivité avait été appliquée strictement, les risques seraient au contraire passés sur la tête du créancier conditionnel dès la conclusion du contrat, conformément à l’article 1138 du Code civil.

De même, on peut citer l’article 2257 du Code civil aux termes duquel « [l]a prescription ne court point [...] À l’égard d’une créance qui dépend d’une condition jusqu’à ce que la condition arrive ». Bien que cette disposition ne déroge pas expressément à l’article 1179, ce

(1568) Voy. R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 231 et s., spéc. p. 241, qui ne partage cependant pas cette analyse ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, *o.c.*, n° 742, p. 361, pour qui « l’événement mis *in conditionne* est simplement déclaratif des obligations ».

(1569) Voy. dans le même sens R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 243. Comp., à propos de l’effet rétroactif de la ratification, *supra*, n° 147.

(1570) Voy. *supra*, n° 52.

(1571) On ajoutera que faire reposer la rétroactivité sur l’intention présumée des parties est assurément divinatoire (voy. A. CHAUSSE, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 541 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 659, pp. 449 et s. ; J. DEPRez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 59, p. 61 ; R. HOUIN, *o.c.*, *Travaux de l’Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, p. 249).

(1572) Voy. à ce propos *infra*, n°s 188 et s.

point est néanmoins certain, car il n'y aurait aucun sens à suspendre la prescription *pendente condicione* au moment où le créancier ne peut encore poser aucun acte d'exécution, pour ensuite décider, lorsque le créancier peut enfin agir par suite de la réalisation de la condition, que la suspension de la prescription est réputée ne pas avoir eu lieu et que le droit est, le cas échéant, prescrit (1573).

On citera encore l'exemple d'Eygout qui, s'inscrivant dans la logique de Laurent, envisage même que le débiteur conditionnel soit tenu, en cas de réalisation de la condition, d'une indemnité représentative de la valeur de l'usage de la chose dont il a bénéficié *pendente condicione*. Probablement effrayé par les conséquences excessives résultant des prémisses assignées à son raisonnement, il décide cependant de ne pas approfondir la question au seul motif que « personne, [...] même parmi les auteurs qui appliquent le plus strictement l'effet rétroactif de la condition, n'a osé aller jusque là » (1574).

Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles fournit une illustration des conséquences absurdes auxquelles une application aveugle du principe de rétroactivité peut mener (1575). Dans le cadre de la vente publique d'un bien faisant l'objet d'un bail à ferme, le preneur avait convenu avec un candidat-acquéreur qu'il mettrait fin au bail sous la condition suspensive de l'attribution définitive du bien à ce candidat. Ultérieurement, le preneur céda son droit de préemption à ce candidat-acquéreur, qui l'exerça le jour même. Sur recours d'un autre candidat évincé, la cour d'appel estima que, du fait de cet exercice du droit de préemption, la condition suspensive s'était réalisée ; que le bail à ferme avait donc rétroactivement pris fin (1576) ; qu'or, puisque le bail à ferme avait déjà pris fin, le preneur était déchu de son droit de préemption et ne pouvait donc l'avoir cédé au candidat-acquéreur ! Raisonnement pour le moins surprenant puisqu'il repose entièrement sur un paradoxe temporel (1577)...

(1573) Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n^{os} 302 et s., pp. 215 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n^o 1219, p. 1749.

(1574) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n^o 193, p. 148. Belle victoire de l'argument d'autorité...

(1575) Brussel (réf.), 15 juillet 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 608.

(1576) Plus précisément, la convention mettant fin au bail stipulait qu'elle sortirait ses effets « op de datum van de dag waarop de verkoop definitief zal worden zijn ». La cour interprète cette clause comme aménageant l'effet rétroactif (voy. à ce propos *infra*, n^o 561) en le faisant remonter, non au jour de la conclusion du contrat, mais au jour de la réalisation de la condition. Toutefois, le résultat pratique demeure identique, puisque, selon la cour, l'effet est censé apparemment se produire à la première heure de ce jour, en tout cas avant la cession du droit de préemption.

(1577) À titre surabondant, la cour relève, de manière nettement plus convaincante, que le preneur avait détourné le droit de préemption de son but dès lors qu'il n'avait pas l'intention de poursuivre l'exploitation, mais au contraire d'y mettre un terme.

179. Thèse négatrice de la rétroactivité de la condition.

D'autres auteurs adoptent un point de départ diamétralement opposé en estimant que l'effet rétroactif de la condition serait dépourvu de toute utilité en droit positif et n'aurait qu'une fonction purement descriptive des solutions existantes (1578). La rétroactivité de la condition ne serait donc qu'une illusion (1579).

Ces auteurs font valoir qu'en adoptant l'article 1179 du Code civil, le législateur n'a fait que consacrer l'enseignement de Pothier (1580), qui se référait à la loi romaine. Or, Pothier aurait non seulement mal interprété le droit romain (1581), mais, en outre, les deux seules conséquences qu'il attache à la rétroactivité pourraient s'expliquer sans recours à celle-ci.

Ainsi, comme conséquences de la rétroactivité de la condition accomplie, Pothier expose que « [d]e là vient que, si le créancier meurt avant l'existence de la condition, quoiqu'il n'eût point encore un droit de créance formé, mais une simple espérance ; néanmoins, si la condition existe depuis sa mort, il sera censé avoir transmis à son héritier le droit de créance résultant de l'engagement contracté envers lui ; parce qu'au moyen de l'effet rétroactif de la condition, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat et, par conséquent, avoir été transmis à son héritier » (1582) et que « [c]'est encore une suite de l'effet rétroactif des conditions, que si l'engagement conditionnel

(1578) Voy. A. CHAUSSE, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, pp. 538 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 658, pp. 448 et s. ; R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *o.c.*, n°s 82 et s., p. 51 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n°s 226 et s., pp. 146 et s. Adde J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 236, pp. 288 et s., qui fait observer que la rétroactivité est inutile pour expliquer les effets personnels de la condition, et plus spécialement les restitutions consécutives à la réalisation de la condition résolutoire (voy. dans le même sens *supra*, n° 56) ; cet auteur préconise cependant le recours à la rétroactivité pour expliquer les effets réels de la condition (n° 476, p. 562). Voy. encore R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 249 et s., qui peut cependant être vu comme le précurseur de la thèse que nous qualifions de médiane (*infra*, n° 181).

(1579) Sur cette conception de la rétroactivité, voy. *supra*, n° 47.

(1580) R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 220, p. 224 : « Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté ; et le droit qui résulte de l'engagement est censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat ».

(1581) Voy. A. CHAUSSE, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, pp. 539 et s. ; R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *o.c.*, n°s 83 et s., pp. 52 et s. La question est en réalité controversée, et il semble que le droit romain n'ait pas adopté sur la question de la rétroactivité de la condition une règle uniforme (voy. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, *o.c.*, pp. 726 et s.). Quoi qu'il en soit, l'argument historique n'apparaît guère déterminant pour l'interprétation de l'article 1179 du Code civil (R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 167 ; voy. également *supra*, n° 25).

(1582) R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 220, p. 224.

a été contracté par un acte qui donne hypothèque, l'hypothèque sera censée acquise au jour du contrat, quoique la condition n'ait existé que long-temps après » (1583).

Or, la première de ces conséquences peut aisément s'expliquer par l'idée qu'en droit positif, contrairement à ce qu'estimait Pothier, le créancier conditionnel n'est pas titulaire d'une simple espérance, mais d'un véritable droit, fût-il encore conditionnel, qui peut, comme tout droit, être transmis à ses héritiers (1584). Quant au rang de l'hypothèque, il tient aux règles propres aux hypothèques plus qu'au mécanisme de la condition ; on en veut pour preuve que l'hypothèque pour sûreté d'une dette future prend rang dès sa conclusion – ou, plus exactement, dès son inscription – même lorsque cette dette naît sans effet rétroactif (1585). Dans les deux cas, le recours à la rétroactivité de la condition accomplie est donc inutile.

De manière plus générale, on souligne que l'existence du droit conditionnel dès la conclusion du contrat permet d'expliquer l'application de toutes les règles de droit utilisant le moment de la naissance du droit comme facteur de rattachement temporel. Ainsi, par exemple, l'inapplication de principe de la loi nouvelle promulguée entre la conclusion du contrat et la réalisation de la condition, que DE PAGE justifie par la rétroactivité de la condition (1586), s'explique plutôt par l'idée que la loi nouvelle ne s'applique en règle que pour l'avenir et ne porte, dès lors, pas atteinte au droit conditionnel déjà né (1587).

Les adversaires de la rétroactivité de la condition soulignent encore l'importance des exceptions admises au principe de la rétroactivité, notamment en matière de risques, de fruits et d'actes

(1583) *Ibid.*, n° 221, p. 224. Dans le même sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n° 742, p. 361 ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 203, p. 189.

(1584) *Voy. supra*, n° 170.

(1585) *Voy.* R. DEKKERS, *La fiction juridique*, o.c., n° 84, p. 52 ; X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 8, p. 151 ; sur ce principe du droit des hypothèques, qui demeure néanmoins controversé, *voy.* A.-M. STRANART, « L'hypothèque pour "toutes sommes" », *Rev. banque*, 1991, pp. 145 et s., republié dans *Dr. banc. fin.*, 2006, pp. 296 et s., spéc. p. 298 ; M. WAUTERS, « De hypotheek voor "alle sommen". Een kritische analyse », *Jur. Falc.*, 1996-1997, pp. 691 et s., II, B, 2, et les références citées à la note n° 78. *Voy.* de même, en matière de gage, l'article 15, alinéa 5, des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières et le commentaire dans l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 41.

(1586) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 166, p. 246 ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 203, p. 188 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 758, p. 767 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 378, p. 402.

(1587) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 203, p. 248 ; X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 8, p. 151 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 180, p. 121.

d'administration (1588). Sa seule utilité semblerait limitée au sort des actes de disposition accomplis *pendente condicione*, mais même celui-ci résulterait déjà de la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, consacrée par l'article 109 de la loi hypothécaire.

Ainsi, la personne qui a aliéné une chose sous condition suspensive ne serait plus propriétaire de celle-ci que sous condition. Au cas où elle aliénerait une seconde fois la chose *pendente condicione*, même de manière pure et simple, elle serait incapable de conférer aux tiers des droits plus étendus que les siens, de sorte que le second acquéreur n'obtiendrait qu'un droit conditionnel, qui tomberait tout naturellement en cas de réalisation de la condition sans que le recours à la rétroactivité ne soit nécessaire pour expliquer cette solution.

180. Suite – Critique. Cette vision, qui peut de prime abord paraître séduisante, n'empêche pas, à l'analyse, notre conviction. Si l'on peut admettre que la rétroactivité soit inutile pour expliquer certains des effets qui lui sont traditionnellement reconnus, en revanche, son remplacement par le recours à la règle *nemo plus juris* nous paraît se heurter à deux objections dirimantes.

I. D'abord, ce raisonnement aboutit à donner à la condition un *effet réel* qui lui confère une opposabilité supérieure à d'autres mécanismes du droit des obligations alors que, si on fait abstraction de la rétroactivité, rien ne permet à notre sens de justifier cette solution en droit positif.

En effet, lorsqu'une personne demeure propriétaire d'un bien, que ce soit par exemple en vertu d'un terme suspensif – tel qu'une clause de réserve de propriété –, d'une promesse de vente ou d'une clause d'inaliénabilité, et qu'elle aliène ensuite le bien au mépris de l'accord passé avec son cocontractant, celui-ci ne peut, en règle, agir en revendication contre l'acquéreur du bien, mais doit se contenter d'une action personnelle contre l'aliénateur ; ce n'est qu'en cas de mauvaise foi de l'acquéreur qu'il pourrait, sur la base de la théorie de la tierce complicité, faire déclarer la vente intervenue nulle ou inopposable (1589). En d'autres termes, un tel accord demeure cantonné

(1588) Voy. *infra*, n^{os} 187 et s. et n^o 198.

(1589) Sur le principe, voy. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 152, pp. 176 et s. ; à propos de la clause de réserve de propriété, voy. G. VERSCHULDEN, « Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden », *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 821 et s., n^{os} 13 et s., p. 824 ; à propos de la promesse de vente, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in*

sur le plan personnel, mais ne grève nullement la chose, sur laquelle le vendeur continue à bénéficier d'un droit de propriété plein et entier. La règle *nemo plus juris* ne peut dès lors l'empêcher de disposer de son bien au mépris de l'accord passé car, en aliénant une seconde fois la chose, il ne cède pas plus de droit (réel) qu'il n'en a.

En revanche, lorsqu'une première aliénation est faite sous condition suspensive et que le vendeur dispose une seconde fois de son bien, le premier acquéreur primera le second et disposera contre lui d'une action en revendication (sous réserve, en matière mobilière, de l'article 2279 du Code civil). L'examen du droit comparé (1590) montre que ce résultat ne peut être atteint par le seul biais de la règle *nemo plus juris* (1591), mais que celle-ci doit être combinée, soit, comme **en droit néerlandais**, avec l'idée que l'aliénateur sous condition n'est plus plein et entier propriétaire, mais ne possède désormais sur la chose qu'une propriété conditionnelle qui constitue une nouvelle forme de droit réel (1592), soit, comme **en droit allemand**, avec

het contractenrecht, o.c., n° 324, p. 384 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, vol. I, o.c., n° 284, pp. 377 et s. ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 461, p. 312 ; R. HOUIN, o.c., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, p. 249 ; à propos de la clause d'inaliénabilité, M. GRÉGOIRE, « Les sûretés réelles et les privilèges – III^e partie: 1981-2002. I. Les hypothèques et les privilèges spéciaux sur immeubles », *Dr. banc. fin.*, 2002, pp. 97 et s., n° 30, p. 104 ; B. TILLEMAN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, o.c., n° 1128, pp. 444 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge ; sûretés issues de la pratique ; droit international privé)*, Paris, Feduci, 1983, pp. 345 et s., n° 7, p. 373. — Pour une tendance à conférer un effet réel à la clause de réserve de propriété, voy. cependant E. DIRIX, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, pp. 481 et s., n° 5, p. 483 ; à la promesse de vente, voy. R. DEMOGUE, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 253 et s. et R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, o.c., n° 44, p. 50 ; à la clause d'inaliénabilité, voy. A. DELIÈGE, « Inaliénabilité », *Rép. not.*, tome II, L. VII, Bruxelles, Larcier, 1979, n° 32, pp. 28 et s.

(1590) Voy. à cet égard les développements de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n°s 427 et s., pp. 496 et s.

(1591) Comme l'observe X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 8, p. 150, « [e]n l'absence d'un tel effet rétroactif, il serait impossible de justifier le droit de revendication de l'acheteur contre le tiers, car la vente faite *pendente conditione*, comme dit ci-dessus, ne serait pas *ab initio* la vente de la chose d'autrui ». Voy. également J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 89, p. 96, H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 437, p. 299 et R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, o.c., n° 194, p. 152, qui soulignent que le vendeur conserve *pendente conditione* le pouvoir de disposer purement et simplement de la chose ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 387, p. 410.

(1592) Voy. *supra*, n° 176 ; adde A. CHAUSSE, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 543, qui reconnaît que le recours à la règle *nemo plus juris* « suppose admise la validité des transferts *ad tempus* », c'est-à-dire d'un droit de propriété limité dans le temps dans le chef du débiteur conditionnel ; de manière plus claire encore, R. DEMOGUE, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 251 : « de son droit perpétuel de propriété qui s'étend depuis aujourd'hui jusque dans l'infini des temps, [le débiteur conditionnel] scinde une partie : celle qui s'étend après l'arrivée

une disposition légale expresse conférant une opposabilité accrue à l'accord conditionnel (1593). Pareil raisonnement, s'il n'est pas totalement impossible à transposer en droit belge (1594), nous paraît toutefois présenter le risque, en introduisant le concept neuf, et encore mal défini en Belgique, de propriété conditionnelle, de susciter plus de difficultés que n'en cause la solution traditionnelle fondée sur la rétroactivité (1595).

II. Ensuite, cette thèse néglige le fait que, même pour les partisans d'une interprétation stricte de la rétroactivité de la condition, celle-ci emporte *d'autres conséquences* que la seule règle *nemo plus juris est impuissante à justifier*.

Ainsi, il est presque unanimement admis que, si la réalisation de la condition suspensive ne porte pas atteinte aux baux consentis *pendente condicione* par l'aliénateur sous condition, c'est à la condition qu'ils aient été conclus sans fraude. En revanche, lorsqu'ils sont d'une durée anormale ou ont été consentis *in extremis*, ces baux doivent tomber du fait de la réalisation de la condition (1596). Cette conséquence ne

de la condition, et il la donne dès maintenant à l'acquéreur ». Voy. également R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Paris, Siffrein, 1821, n° 243, p. 136 : la tradition de la chose par le propriétaire transfère le droit de propriété « tel qu'il l'avoit : c'est pourquoi, si le droit de propriété qu'il avoit étoit un droit de propriété résoluble au bout d'un certain temps, ou lors d'une certaine condition, la tradition ne fait passer à celui à qui elle est faite qu'une propriété résoluble au bout dudit temps, ou lors de ladite condition ».

(1593) Voy. *supra*, n° 175.

(1594) On pourrait en effet songer à fonder une théorie de la propriété conditionnelle sur l'article 74 de la loi hypothécaire : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Comp. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 389, p. 454.

(1595) Dans le même sens, P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 64, p. 223. Pour une critique de la théorie de la propriété conditionnelle, voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 83, pp. 89 et s. Il est d'ailleurs symptomatique que certains auteurs allemands et néerlandais plaident en faveur d'un retour à la rétroactivité de la condition, qu'ils estiment constituer une construction doctrinale plus élégante (voy. *supra*, n°s 175 et 176). Comp. avec les réticences à admettre en droit positif belge l'apparence comme source autonome d'obligation (P.A. FORIERS, obs. sous Cass., 20 janvier 2000, pp. 485 et s., n° 15, p. 489) ou l'*Anwartschaftslehre* comme fondement des effets de l'obligation conditionnelle (J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 476, pp. 559 et s.). On notera encore que, pour ce dernier auteur, le refus de se fonder sur cette doctrine pour justifier le maintien des actes de disposition accomplis *pendente condicione* par l'acquéreur sous condition constitue l'argument décisif justifiant le recours à la rétroactivité pour expliquer les effets réels de la condition. Cet argument ne nous paraît toutefois pas déterminant dans la mesure où la prémisse sur laquelle il repose, à savoir que le sous-acquéreur doit échapper à la loi du concours en cas de faillite de l'acquéreur sous condition dont il tient ses droits, nous semble constituer une assise assez fragile (voy. *infra*, n°s 217 et s.).

(1596) Voy. *infra*, n° 198.

peut s'expliquer par la règle *nemo plus juris*, car rien n'empêche de concéder un bail sur la chose d'autrui (1597). Dès lors, l'inopposabilité de ces baux anormaux ne peut se fonder que sur un appel à la rétroactivité : le créancier conditionnel est ainsi réputé avoir acquis la chose avant même que le bail anormal ne soit conclu et ne peut dès lors se voir opposer celui-ci. Cette solution apparaît au demeurant opportune, car un bail de longue durée entrave autant les droits de l'acquéreur conditionnel qu'un acte de disposition de la chose (1598).

181. Thèse médiane – Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la condition. Entre ces deux extrêmes s'est développée une thèse qui voit dans la rétroactivité de la condition un procédé technique choisi par le législateur pour conférer une sanction, un effet utile au droit conditionnel (1599). Plutôt que de s'enfermer dans une approche conceptuelle de la rétroactivité de la condition, perçue comme une conséquence automatique et inéluctable, cette thèse s'inscrit donc dans une approche fonctionnelle, soucieuse de tenir compte des objectifs concrets pour lesquels la rétroactivité a été introduite (1600). Elle est aujourd'hui majoritaire, sous réserve de certaines nuances (1601).

(1597) Cass., 24 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 435 ; Cass., 14 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1185.

(1598) R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171.

(1599) Voy., en ce sens, R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 249 et s. (qui, à ce stade, estime cependant pouvoir faire l'économie du concept de rétroactivité) ; Id., *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 168, et, à sa suite, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 322, p. 253 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 165, pp. 243 et s. ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 89 et s., pp. 97 et s. ; X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 7 et s., pp. 150 et s. ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 56, p. 126 (condition résolutoire) ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 63, p. 186 (condition suspensive) et n° 116, p. 203 (condition résolutoire) ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n° 429 et s., pp. 294 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 287, p. 273 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 175 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 39, p. 213 ; Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 265, pp. 434 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *o.c.*, n° 1037, pp. 343 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1219, p. 1748 ; adde M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 228, p. 148 (qui est cependant hostile à l'idée de rétroactivité).

(1600) Sur la différence entre approches conceptuelle et fonctionnelle, voy. *supra*, n° 5 et s.

(1601) Ainsi, certains auteurs insistent sur l'idée que la rétroactivité serait conforme à la volonté probable des parties (voy. par ex. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 165, p. 243 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n° 431, p. 295). On pourrait sans douter songer à objecter à cette présomption son caractère

En effet, la rétroactivité de la condition vise à renforcer l'efficacité des droits du créancier conditionnel d'une chose lorsque le débiteur en a disposé *pendente condicione*. Sans la rétroactivité, le créancier ne bénéficierait, en cas de réalisation de la condition, que d'une action personnelle contre son cocontractant ; il ne pourrait en revanche revendiquer la chose entre les mains d'un tiers acquéreur. La rétroactivité vise donc à effacer les actes de disposition accomplis dans l'intervalle par le débiteur conditionnel et, ainsi, à assurer la perfection du droit conditionnel. De la sorte, la rétroactivité constitue bien une sanction, mais d'un genre particulier, puisqu'elle n'intervient pas dès le moment où l'acte de disposition est accompli, mais n'est appliquée que lors de la réalisation ultérieure de la condition. Il s'agit donc d'une *sanction différée*, raison pour laquelle il a paru nécessaire de la faire rétroagir jusqu'à la date de la méconnaissance des droits du créancier conditionnel (1602).

Plus largement, la rétroactivité de la condition vise à garantir qu'à partir de la réalisation de celle-ci, le créancier conditionnel puisse jouir et disposer librement de la chose qu'il a acquise sous condition sans qu'il puisse être entravé par les actes posés *pendente condicione* par le débiteur. C'est dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, que la rétroactivité de la condition doit être reconnue (1603). Il faut, en d'autres termes, procéder à une *réduction téléologique* de l'article 1179 du Code civil (1604) : la réalisation de la condition suspensive ne doit se voir reconnaître un effet rétroactif que dans la mesure où celui-ci permet d'atteindre le but pour lequel cette rétroactivité a été édictée. Cette réduction des effets de la rétroactivité de la condition à son but aboutira, comme nous le verrons, à cantonner ceux-ci dans le domaine des

divinatoire (comp. *supra*, n° 178). En réalité, on peut y voir une nouvelle confirmation du fait que les approches objective et subjective se complètent bien plus qu'elles ne s'opposent dans l'analyse des mécanismes contractuels (comp. *supra*, n° 106). Les auteurs divergent également quant à certaines conséquences d'une rétroactivité reposant sur le fondement proposé ; ces controverses sont examinées *infra*, n°s 182 et s.

(1602) Voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 63, p. 67.

(1603) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 180, p. 122 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 468, p. 652. Cette conclusion est encore renforcée par le souci de donner de l'article 1179 du Code civil une interprétation conforme au principe constitutionnel d'égalité : voy. à cet égard *infra*, n°s 215 et s.

(1604) Sur cette technique d'interprétation, voy. *supra*, n° 42, II.

rapports avec les tiers et au contraire à écarter ceux-ci dans les rapports entre parties (1605).

Cette conception fonctionnelle de l'effet rétroactif de la condition permet notamment d'expliquer la neutralisation, non seulement des actes de disposition, mais également des actes d'administration anormaux accomplis par le débiteur *pendente condicione*. En revanche, le créancier conditionnel devra supporter les actes d'administration normaux, car on considère qu'ils n'entravent pas véritablement son action pour l'avenir. Il en va de même concernant la perception *pendente condicione* des fruits par le débiteur conditionnel : « nous rejetterons les prétentions de l'acquéreur, car *ce qu'il veut, c'est*, par la double situation qu'il s'est réservée, *faire utilement face à l'arrivée ou à la non-arrivée de la condition pour l'avenir, mais pour l'avenir seulement*. Si j'acquiers une maison dans telle ville au cas où je serai amené à aller y habiter, je n'en ai besoin que le jour où j'y fixerai ma résidence et non avant. Il est inutile de me restituer les loyers ou revenus qu'elle a donnés pendant le temps intermédiaire » (1606).

On appréciera la saveur de cette analyse qui n'est paradoxale qu'en apparence : bien qu'elle produise ses effets *pour le passé*, la rétroactivité vise uniquement à préserver les droits du créancier conditionnel *pour l'avenir*, ce qui se justifie parfaitement si l'on se souvient que la condition constitue pour les parties un instrument de prévision de l'avenir (1607).

Nonobstant l'attachement proclamé d'une série d'auteurs à ce fondement de la rétroactivité qui commande d'en faire une application mesurée, nous constaterons cependant que lorsqu'il s'agit d'aborder les aspects concrets du régime de la condition, la tentation est grande d'oublier cette ligne directrice et de faire, au contraire, une application presque automatique de l'effet rétroactif (1608).

Cette tendance est parfois suivie à contrecœur. Ainsi, dans sa thèse de doctorat consacrée à l'étude de la condition, J. De Coninck aboutit à la conclusion que la rétroactivité est inutile pour justifier les effets

(1605) Dans le même sens, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 233, pp. 284 et s.

(1606) R. DEMOGUE, o.c., *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171 (nous soulignons).

(1607) Voy. *supra*, n° 167.

(1608) Voy. not. *infra*, n° 182 (à propos de la validation des mesures d'exécution entamées par le créancier conditionnel *pendente condicione*) et n° 204 (à propos de la validation des actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le créancier conditionnel).

personnels de la condition résolutoire et qu'elle doit dès lors être écartée à leur égard (1609). Ayant en revanche retenu la rétroactivité – qu'elle qualifie de « moindre mal » – comme fondement théorique des effets réels de la condition, elle estime en conclusion de sa thèse que l'on peut regretter certaines conséquences secondaires de la rétroactivité, mais que « [s]trikt genomen impliceert het aanvaarden van de zaken- c.q. goedenrechtelijk werkende retroactiviteit het aanvaarden van alle gevolgen van deze retroactiviteit ». Elle ajoute toutefois que « [d]it belet evenwel niet dat vele van deze gevolgen niet van dwingend recht zijn, zodat de partijen er expliciet of impliciet van kunnen afwijken » (1610).

Pareille attitude, apparemment paradoxale, s'explique à notre sens par l'attraction qu'exerce le concept de rétroactivité : il est en effet souvent plus séduisant de déduire d'une notion abstraite des solutions valables en toutes circonstances, plutôt que de devoir apprécier chaque situation concrète au regard d'un critère sans doute plus délicat à manier, tel que le but de l'institution, mais à notre sens plus respectueux des divers intérêts en présence (1611).

Nonobstant les embûches qu'une telle approche comporte, nous nous efforcerons, dans une optique fonctionnelle, de ne jamais perdre de vue, dans les développements qui suivent, l'objectif limité de la rétroactivité de la condition. Dans la section suivante, nous examinerons ainsi les effets de la réalisation de la condition suspensive entre parties, et ce, en ce qui concerne l'exigibilité de l'obligation (A), la prise de cours des délais impératifs (B), le sort des fruits (C) et enfin des plus-values et moins-values subies par la chose (D).

III. – Effets entre parties

A. – Exigibilité de l'obligation

182. Position du problème. On a vu que la condition suspensive avait pour effet de suspendre l'exigibilité de l'obligation

(1609) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n^{os} 225 et s. On notera que cet auteur rattache le sort des fruits et l'application de la théorie des risques aux effets réels de la condition (*ibid.*, n^{os} 439 et s.), ce qui apparaît discutable.

(1610) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n^o 476, note n^o 1491, p. 563.

(1611) Sur les dangers de la rétroactivité « dogmatique », voy. *supra*, n^o 52, ainsi que l'énoncé de la thèse, *supra*, n^o 6.

jusqu'à sa réalisation ; aucun acte d'exécution ne peut donc être posé *pendente condicione*, et tout paiement effectué pendant cette période est en principe indu (1612).

Il est par ailleurs très généralement admis que, lors de la réalisation de la condition, la dette est rétroactivement considérée comme ayant toujours été pure et simple, ce qui aurait notamment pour effet de valider les mesures d'exécution entamées *pendente condicione* et d'interdire la répétition des sommes payées pendant cette période (1613). L'obligation deviendrait donc exigible non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé.

Cette opinion se retrouve même sous la plume d'auteurs tels que De Page qui sont pourtant partisans d'une interprétation restrictive de la rétroactivité de la condition, laquelle aurait pour unique but d'assurer au créancier conditionnel la libre jouissance et disposition de la chose acquise sous condition à partir de la réalisation de celle-ci (1614).

Or, il est permis de se demander si l'exigibilité rétroactive de l'obligation ne va pas au-delà du but attribué à la rétroactivité, puisque cet effet rétroactif permettrait en définitive au créancier d'agir avant même que son droit ne soit devenu certain (1615). Ce doute se renforce à la lecture d'un important arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 1983 (1616).

183. Arrêt du 15 septembre 1983. La société Cegespa avait conclu un contrat d'architecture avec les demandeurs en cassation. En vertu de ce contrat, la société Cegespa avait été condamnée à payer aux demandeurs un solde d'honoraires de 500.000 BEF par un jugement

(1612) Voy. *supra*, n° 169.

(1613) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 166, p. 247 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 91, p. 100 ; X. DIEUX, o.c., A.P.T., 1984, n° 8, p. 151 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 285, p. 271 ; Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 270, p. 435 ; L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n° 742, p. 361 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 758, p. 766 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1040, p. 349 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1231, p. 1172 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1219, p. 1748 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 181, pp. 121 et s.

(1614) Voy. *supra*, n° 181.

(1615) Comp. le malaise exprimé par Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 271, p. 435.

(1616) Cass., 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, n° 29, avec les conclusions de Mme le procureur général LIEKENDAEL, alors avocat général.

de 1971, exécutoire par provision. Après l'exécution de ce jugement, la société Cegespa était tombée en faillite en 1973. Par un arrêt de 1975, la cour d'appel avait cependant réformé le jugement de 1971. Un pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté en 1976. Les demandeurs introduisirent alors une seconde action contre la société Cegespa et obtinrent la condamnation de celle-ci au paiement de 1.000.000 BEF à titre de réparation du dommage causé par la rupture fautive du contrat survenue en 1970. Les demandeurs souhaitèrent dès lors compenser leur dette de restitution de 500.000 BEF, résultant de la réformation du jugement de 1971, avec leur créance de 1.000.000 BEF. L'arrêt attaqué refusa d'admettre cette compensation en décidant, d'une part, que la dette de 500.000 BEF n'était pas exigible avant la faillite, ne l'étant devenue qu'en 1976 par le rejet du pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de 1975 (1617) et, d'autre part, que les dettes ne pouvaient être compensées après la faillite, en l'absence de lien de connexité entre elles.

Les demandeurs se pourvurent en cassation en faisant valoir que, compte tenu de la réformation du jugement de 1971, le paiement de 500.000 BEF par la société Cegespa était indu, que sa répétition était exigible dès l'origine et qu'elle était, par conséquent, compensable dès avant la faillite avec la créance de 1.000.000 BEF. La Cour rejeta le pourvoi pour les motifs suivants :

« Attendu qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt que *la dette des demandeurs était affectée d'une condition suspensive*, leur obligation de remboursement étant subordonnée à la condition que le jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 13 mai 1971, en exécution provisoire duquel le paiement avait été effectué, soit réformé par la cour d'appel ; que, ladite obligation ne pouvant, dès lors, être exécutée qu'après cette réformation, *la dette n'était pas exigible antérieurement* » (1618).

La Cour s'approprie ainsi largement l'analyse du ministère public, qui estimait que tout paiement effectué en vertu d'un jugement exécutoire par provision était affecté de la condition résolutoire de la réformation de ce jugement et que, réciproquement, la dette de restitution de la partie qui avait fait exécuter le jugement était subordonnée à la

(1617) En réalité, comme l'observe le ministère public au point 13 de ses conclusions, la réformation du jugement de 1971 avait sorti ses effets dès le prononcé de l'arrêt de la cour d'appel de 1975, en l'absence d'effet suspensif du pourvoi en cassation (art. 1118 du Code judiciaire) ; cette question est cependant sans incidence sur le raisonnement puisque tant l'arrêt de la cour d'appel que celui de la Cour de cassation sont postérieurs à la faillite de la société Cegespa.

(1618) Nous soulignons.

condition suspensive du même événement (1619). Sans doute, admettait le ministère public, l'obligation de paiement est-elle rétroactivement anéantie par la réalisation de la condition ; cet effet rétroactif ne concernerait toutefois que l'*existence* de la dette d'indu, et non son *exigibilité*. La dette de remboursement existe donc, en vertu de l'effet rétroactif de toute condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, depuis le moment du paiement ; en revanche, l'exigibilité de cette obligation ne remonte pas au-delà de la réalisation de la condition, car celle-ci a pour effet, en vertu de l'article 1181, alinéa 2, du Code civil, d'empêcher l'exécution de l'obligation jusqu'à cet événement. C'est donc uniquement à cette date que la dette d'indu serait devenue exigible (1620).

Dans le même ordre d'idées, on peut citer un arrêt du 19 juin 2008 qui décide que la plus-value de cessation obtenue à l'occasion de la cession d'un fonds de commerce « est imposable au moment où la créance du cédant devient certaine et exigible. Si le paiement du prix de la cession est assorti d'une condition suspensive, la plus-value obtenue est imposable au moment où la condition suspensive est remplie » (1621), et non au jour de la conclusion de l'acte de cession. Bien que la question de l'effet rétroactif de la condition ne soit évoquée expressément ni par le pourvoi ni par cette décision, celle-ci confirme qu'en ce qui concerne l'exigibilité d'une dette, la condition ne produit pas nécessairement ses effets *ex tunc*.

184. Suite – Analyse. L'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 1983 et les conclusions de son ministère public ne manquent pas d'intérêt.

Il ressort en effet de cette décision que l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive ne concerne pas l'exigibilité de la dette conditionnelle. Celle-ci ne pouvait être exécutée *pendente condicione* et, même après la réalisation de la condition, on continuera à considérer que « la dette n'était pas exigible

(1619) Conclusions précitées, point 9.

(1620) Conclusions précitées, points 10 et 11. On observera d'emblée que l'argument de texte que le ministère public puise dans l'article 1181, alinéa 2, du Code civil, n'est pas décisif ; en effet, commentant cette disposition, BIGOT-PREAMENEU estimait au contraire qu'« à l'égard de la condition que les parties ont entendu faire répondre d'un événement futur et incertain, elle ne produit d'effet qu'après l'événement ; mais l'effet qu'elle produit alors remonte au temps de l'engagement » (Exposé des motifs dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, o.c., p. 242 ; voy. dans le même sens Cass. fr., 19 février 1976, *Bull. civ.*, 1976, III, n° 76), ce qui montre bien que le texte peut se lire dans un sens diamétralement opposé.

(1621) Cass., 19 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 384.

antérieurement ». En d'autres termes, la réalisation de la condition n'implique pas que le débiteur ait été en défaut de paiement depuis la conclusion du contrat (1622). Pour ceux qui conçoivent largement la rétroactivité de la condition, il s'agit donc d'une exception à ce principe (1623).

Cette solution nous paraît devoir être approuvée. En effet, le fondement de la rétroactivité que nous avons retenu réside dans le souci de donner une sanction au droit conditionnel, en faisant en sorte qu'à partir de la réalisation de la condition, le créancier conditionnel puisse jouir et disposer librement de son droit sans être entravé par les actes accomplis *pendente condicione* par son débiteur (1624) ; ce fondement ne justifie pas à notre sens d'aller plus loin, et notamment de considérer que, dès la réalisation de la condition, le débiteur aurait en réalité été tenu de s'exécuter depuis la conclusion du contrat. Au contraire, pendant la période d'attente, il est constant que le débiteur peut s'opposer aux mesures d'exécution prises par le créancier conditionnel ; on n'aperçoit pas pourquoi ces mesures, prématurées, devraient être rétroactivement validées lorsque la condition se réalise, ce qui aboutirait à pénaliser le débiteur qui s'était pourtant légitimement abstenu d'exécuter ses obligations tant que l'incertitude demeurerait.

Cette analyse, qui s'écarte il est vrai de deux arrêts déjà anciens (1625), est en revanche en harmonie avec le régime des fruits produits *pendente condicione*, dont nous verrons qu'ils ne doivent

(1622) P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 39, p. 213.

(1623) Voy. dans le même sens M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 231, p. 150, note n° 1, qui n'en tire toutefois pas à notre sens les conséquences nécessaires au n° 181, pp. 121 et s.

(1624) Voy. *supra*, n° 181.

(1625) Ces arrêts décidaient qu'en vertu de l'effet rétroactif de la condition, le transfert de propriété remonte, en cas de réalisation de celle-ci, à la date du contrat : voy. Cass., 23 juillet 1858, *Pas.*, 1858, I, p. 241, avec les conclusions de M. l'avocat général CLOQUETTE (qui en déduisait que, dans le cas d'une clause « au dernier survivant tous les biens » insérée dans un contrat de mariage, la propriété du survivant et sa saisine sur ces biens remontent au jour du contrat de mariage, de sorte que les règles relatives à la saisine des héritiers et à la délivrance des legs ne sont pas applicables ; cette solution peut, à notre sens, se justifier sans recours à la rétroactivité en constatant qu'une institution contractuelle d'héritier n'est ni un legs ni un mode légal de dévolution des successions, et que les règles relatives à la saisine ne doivent, dès lors, pas être respectées, ce que relève d'ailleurs l'arrêt à titre surabondant) et Cass., 9 juillet 1931, *Pas.*, 1931, I, p. 218 (qui en déduisait que le droit d'enregistrement devait être perçu « sur la base de la valeur des biens et au tarif du droit en vigueur à la date de l'acte et non au moment de la réalisation de la condition », solution aujourd'hui écartée par l'article 16, alinéa 2, du Code des droits d'enregistrement). Ces arrêts s'inscrivent, à notre

pas être remis au créancier conditionnel (1626). Or, si l'obligation de délivrance devenait rétroactivement exigible au jour de la vente, les fruits de la chose auraient en principe été acquis à l'acheteur depuis ce jour (1627).

La solution retenue pourrait surprendre dans la mesure où, appliquée aux obligations de donner, elle aboutit à la conséquence que la propriété n'est transférée entre parties qu'au moment de la réalisation de la condition alors qu'envers les tiers, le transfert de propriété se produit rétroactivement au jour de la conclusion du contrat (1628). À la réflexion, pareille dissociation n'a cependant rien d'exceptionnel. Ainsi, par exemple, en cas de vente d'une chose mobilière avec réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix, la propriété reste théoriquement sur la tête du vendeur jusqu'à l'apurement du prix, mais il n'en demeure pas moins que vis-à-vis d'un sous-acquéreur de bonne foi, l'acheteur est en quelque sorte déjà propriétaire de la chose en vertu de l'article 2279 du Code civil (1629).

Si l'arrêt du 15 septembre 1983 nous paraît donc devoir être approuvé, il est toutefois permis de se demander si le recours à l'insitution de la condition suspensive se justifiait pour analyser le mécanisme de l'exécution provisoire d'un jugement. En effet, on sait que la condition est normalement extérieure à l'obligation, en ce sens que cette obligation doit pouvoir exister valablement indépendamment de la condition (1630). Or, l'obligation de remboursement des sommes perçues en vertu d'un jugement exécutoire par provision ne nous paraît pas concevable indépendamment de la réformation de ce jugement, de la même manière que l'acte administratif soumis à la tutelle d'approbation ne peut exister sans cette approbation (1631). Il est dès lors permis de se demander si, plutôt que dans le mécanisme de la condition suspensive ou résolutoire, l'obligation de remboursement ne trouve pas en réalité son fondement dans l'article 1398, alinéa 2, du

sens, dans l'approche conceptuelle qui tend à donner de la rétroactivité de la condition une interprétation extensive en faisant de celle-ci une réalité (voy. *supra*, n° 177).

(1626) Voy. *infra*, n° 187.

(1627) Art. 1614, alinéa 2, du Code civil.

(1628) Voy. *infra*, n° 193.

(1629) Voy. G. VERSCHELDEN, *o.c.*, *A.J.T.*, 1998-1999, n° 29, p. 824. Il ne s'agit toutefois que d'une image dont on aurait tort de déduire que, dans les rapports avec les tiers, la propriété mobilière est indissociable de la possession (voy. à cet égard *infra*, n° 203).

(1630) Voy. *supra*, n° 163.

(1631) Comp., dans un sens similaire, F. GEORGES, « Cantonnements et consignations », *J.T.*, 2004, pp. 125 et s., n° 29, p. 133, qui doute que le cantonnement amiable puisse être qualifié de paiement conditionnel, dès lors notamment que la condition affectant le paiement consisterait en l'existence de la dette à payer, c'est-à-dire un élément non adventice à l'obligation.

Code judiciaire aux termes duquel « l'exécution du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit » (1632).

Si l'on suit cette analyse, on pourra conclure, en paraphrasant l'appréciation portée par le professeur Dieux sur l'arrêt du 5 juin 1981 (1633), que si les principes énoncés par l'arrêt du 15 septembre 1983 peuvent être approuvés sous l'angle du droit des obligations, cet arrêt paraît toutefois moins convaincant en ce qu'il fait de la réformation du jugement exécutoire par provision une condition suspensive de l'obligation de remboursement des sommes payées en vertu de ce jugement.

185. Intérêt pratique. L'intérêt pratique de la question du caractère rétroactif ou non de l'exigibilité de l'obligation conditionnelle doit être relativisé.

Ainsi, la question de la *compensation* après faillite, qui se trouvait au cœur de l'arrêt du 15 septembre 1983, est aujourd'hui partiellement dépassée par la loi sur les sûretés financières (1634).

En cas de *paiement indu* effectué avant l'avènement de la condition, ce paiement ne sera pas rétroactivement validé. Toutefois, la dette de restitution de l'indu se compensera, au moins en principal, avec la dette conditionnelle devenue exigible dès la réalisation de la condition. La seule conséquence de l'absence d'effet rétroactif sera que le créancier conditionnel pourra encore être tenu des intérêts sur le paiement s'il a reçu celui-ci de mauvaise foi (1635), c'est-à-dire lorsqu'il a reçu ce paiement en sachant ou en ayant dû savoir que la condition n'était pas encore réalisée.

(1632) Voy. également les développements de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 158 et s., pp. 190 et s., et la conclusion, n° 175, p. 211, dont il ressort qu'il n'y a pas lieu, en règle, d'appliquer par analogie le régime de la condition suspensive aux actes juridiques dont l'efficacité dépend d'une condition édictée par la loi. Comp. cependant M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 49, pp. 36 et s., qui semble voir dans la réformation du jugement exécutoire par provision une véritable condition.

(1633) Comp. X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 13, p. 154, et n° 14, p. 155.

(1634) En vertu de l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, toutes conventions de compensation relevant du champ d'application de la loi « peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, [...] en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à nover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, *quels que soient la date de leur exigibilité*, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées ». Cette disposition ne concerne cependant pas la compensation légale.

(1635) Art. 1378 du Code civil.

Enfin, quant aux *demandes en exécution forcée* introduites par le créancier conditionnel *pendente condicione*, si l'on considère que le juge doit en principe statuer sur le fondement de la demande en se plaçant au moment où elle a été introduite (1636) et si ces demandes devraient, dès lors, en principe être déclarées non fondées comme prématurées nonobstant la réalisation de la condition survenue dans l'intervalle, on ne perdra pas de vue que le créancier peut en règle, par le biais d'une demande nouvelle (1637), amener le juge à tenir compte de la réalisation de la condition survenue depuis l'introduction de l'instance.

B. – Délais impératifs

186. Distinction selon la nature du délai. S'agissant du point de départ des délais impératifs – qu'ils soient de prescription ou de forclusion – qui courent entre les parties (1638), une distinction nous paraît devoir être opérée selon la nature du délai en cause.

I. D'une part, il y a les délais qui *supposent exigible l'obligation conditionnelle*. Au premier rang de ceux-ci figure le délai de prescription extinctive de l'action en exécution forcée du contrat, car cette action ne peut, par définition, être introduite tant que l'obligation n'est pas exigible. Puisque la réalisation de la condition ne rend en principe l'obligation exigible que pour l'avenir (1639), le délai ne peut dès lors commencer à courir qu'à partir de ce moment. L'article 2257, alinéa 2, du Code civil consacre ce principe à propos de la prescription extinctive (1640). De même, on considère que le bref délai de l'article 1641 du Code civil ne peut courir au plus tôt qu'à dater de l'entrée en jouissance de la chose (1641), donc après la réalisation de la condition lorsque celle-ci affecte l'obligation de délivrance.

(1636) Voy. en ce sens D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, tome XIII, L. 0, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 63, p. 123.

(1637) Art. 807 du Code judiciaire, applicable en degré d'appel en vertu de l'article 1042 du Code judiciaire.

(1638) Sur le délai de la prescription acquisitive dans les rapports avec les tiers, voy. *infra*, n° 197.

(1639) Voy. *supra*, n° 184.

(1640) Voy. *supra*, n° 178.

(1641) Voy. M. HOUBBEN, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 14, p. 287 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 164, p. 113.

II. D'autre part, certains délais ne dépendent pas de l'exigibilité de l'obligation, mais uniquement *de son existence*, laquelle est contemporaine de la conclusion du contrat. Ces délais courent donc dès ce moment, ce qui peut donner l'illusion de la rétroactivité, mais ne constitue en réalité qu'une conséquence de l'existence du droit conditionnel (1642).

Ainsi, par exemple, il n'a à notre connaissance jamais été contesté que le délai de prescription de l'action en annulation d'un contrat conditionnel court dès la conclusion du contrat (ou, le cas échéant, dès que le demandeur n'est plus sous l'empire du vice de consentement dont il se prévaut), sans attendre la réalisation de la condition.

De manière surprenante, on discute cependant de la question du point de départ de l'action en rescision pour lésion énorme d'une vente conditionnelle. On considère généralement en doctrine que la prescription de cette action ne peut commencer à courir qu'à dater de la réalisation de la condition – ce qui constituerait une exception à l'effet rétroactif de la condition –, solution du reste consacrée par la Cour de cassation de France (1643). En revanche, on décide curieusement qu'en vertu de ce même effet rétroactif, la valeur de l'immeuble doit s'apprécier au jour du contrat plutôt qu'au jour de la réalisation de la condition (1644), ce qui aboutit à conférer à la rétroactivité de la condition des effets allant au-delà de son but (1645).

En réalité, sans même insister sur la contradiction entre le traitement du point de départ de l'action et du jour auquel l'immeuble doit être évalué, cette opinion nous laisse sceptique. En effet, rien n'empêchait le vendeur d'agir en nullité dès la conclusion du contrat sans attendre la réalisation de la condition, et rien ne justifie dès lors de retarder le point de départ du délai de deux ans. Sans doute peut-on objecter que cette solution aboutit à imposer au vendeur d'agir en

(1642) Voy. à ce propos *supra*, n° 170.

(1643) Voy. Cass. fr., 16 novembre 2005, *Bull. civ.*, 2005, III, n° 224 ; Cass. fr., 1^{er} octobre 1997, *Bull. civ.*, 1997, III, n° 182 ; Cass. fr., 11 décembre 1984, *Bull. civ.*, 1984, III, n° 212 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 251 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 228, p. 276 ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 203, p. 188 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1230, p. 1171 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 164, p. 113.

(1644) Voy., outre les références citées à la note précédente, Cass. fr., 30 juin 1992, *Bull. civ.*, 1992, III, n° 236 ; Cass. fr., 17 octobre 1967, *Bull. civ.*, 1967, I, n° 304 ; *contra* : J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 225 et s., pp. 269 et s.

(1645) Comme le relève D. MAZEAUD, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012, n° 73.

justice alors qu'il ignore encore si la condition se réalisera (1646) ; mais cette solution nous paraît être justifiée par l'impérieux besoin de sécurité juridique qui a d'ailleurs conduit le législateur à réduire le délai dans lequel l'action en rescision doit être intentée à deux ans à peine (1647) et à en faire un délai de forclusion (1648). De tels motifs impérieux peuvent donc imposer au vendeur d'agir à titre conservatoire dès qu'il peut avoir raisonnablement connaissance du risque de préjudice résultant de la lésion, c'est-à-dire dès la conclusion du contrat, et ce, même si ce risque ne se concrétise qu'ultérieurement par la réalisation de la condition (1649). Quant à la jurisprudence de la Cour de cassation de France, elle nous paraît contradictoire en ce qu'elle décide par ailleurs que le délai de 20 jours prévu à l'article 1975 du Code civil court dès la conclusion du contrat de rente viagère, fût-il conditionnel (1650).

C. – Fruits

187. Principe. Il se peut que *pendente condicione*, la chose, qui se trouve encore entre les mains du débiteur conditionnel, ait produit des fruits. Ceux-ci doivent-ils être rétrocédés au créancier conditionnel en cas de réalisation de la condition ?

I. S'en tenant strictement à l'effet rétroactif de la condition, certains auteurs donnent à cette question une réponse affirmative (1651). Le créancier étant réputé être le propriétaire de la

(1646) E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 203, p. 188 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 164, p. 113.

(1647) Voy. le procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 7 pluviôse an XII dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, o.c., pp. 64 et s. ; *adde supra*, n° 173, II.

(1648) Voy. l'article 1676 du Code civil et comp. en particulier l'alinéa 3 relatif à la condition résolutoire : le délai de deux ans « court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte du rachat ».

(1649) Comp., dans le même sens, C.C., 17 octobre 2013, n° 140/2013, points B.10.2 et B.10.4 (l'obligation pour la victime d'une infraction commise par un fonctionnaire d'agir contre l'État à titre conservatoire dès que l'identité du responsable et l'existence du dommage lui sont raisonnablement connues, avant même que l'infraction ne soit établie par une décision judiciaire définitive, n'est pas disproportionnée). Comp. également *supra*, n° 149, à propos du point de départ du délai de l'action en rescision pour lésion en cas de ratification d'une vente conclue sans pouvoir.

(1650) Voy. Cass. fr., 3 octobre 1968, *Bull. civ.*, 1968, III, n° 362 (qui se fonde sur l'effet rétroactif de la condition) et le commentaire de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 203, p. 250 (qui souligne à juste titre que le recours à la rétroactivité est en l'espèce inutile).

(1651) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 116 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c.,

chose depuis la conclusion du contrat, il doit faire les fruits siens depuis cette époque, les ayant acquis par accession (1652).

Pour justifier la solution inverse, d'autres auteurs avancent plusieurs arguments, dont aucun ne paraît toutefois décisif (1653).

On prétend ainsi déduire un principe général de non-restitution des fruits de plusieurs dispositions du Code civil (1654). De ces dispositions éparses (1655) que d'aucuns considèrent comme exceptionnelles (1656), on pourrait tout au plus déduire l'existence d'un principe excluant la restitution des fruits nés antérieurement à l'introduction d'une demande en justice. Ce principe, à supposer qu'il existe, semble en toute hypothèse difficile à étendre à l'hypothèse de la condition suspensive qui sort ses effets de plein droit et n'implique donc aucune demande en justice (1657).

n° 178, p. 192 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n° 258, p. 345 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 84, p. 100.

(1652) Art. 547 du Code civil.

(1653) Adde les auteurs suivants qui s'opposent à la restitution des fruits sans justifier leur position : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 286, p. 272 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 758, pp. 767 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 410, p. 430 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1042, p. 351 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1236, p. 1176, note n° 4.

(1654) Voy. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 659, p. 449 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 249 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 69, p. 187.

(1655) Comp. en effet les articles 856 (rapport – restitution des fruits à dater de l'ouverture de la succession), 928 (réduction – restitution des fruits à dater de l'ouverture de la succession si la demande en a été formée dans l'année, sinon à dater de la demande), 958 (révocation d'une donation pour cause d'ingratitude – restitution des fruits à dater de la demande), 962 (révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant, disposition aujourd'hui abrogée – restitution des fruits à dater d'une notification par exploit de la naissance de l'enfant, à défaut à dater de la demande), 1014 (legs particulier – restitution des fruits à dater de la demande de délivrance) et 1682 (rescision pour lésion énorme – restitution des fruits à dater de la demande). Nous écartons en revanche les articles 1004 et 1011, qui ne font aucune référence aux fruits, ainsi que l'article 1652 qui semble viser une tout autre situation (vente ordinaire – intérêts du prix dus en vertu d'une clause expresse, d'une mise en demeure ou lorsque la chose est frugifère).

(1656) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 444, p. 516 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 84, p. 102.

(1657) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 255, p. 166, ajoute que dans l'hypothèse d'une donation sujette à rapport en moins prenant (art. 860 du Code civil) ou d'une donation révoquée pour cause d'ingratitude (art. 958 du Code civil), le droit de propriété du donataire sur la chose n'est pas remis en cause rétroactivement, puisque les actes de disposition accomplis par celui-ci sont maintenus et que son obligation de restitution est simplement reportée sur le prix de la chose. À l'inverse, dans le régime de la condition, la propriété du débiteur conditionnel est rétroactivement remise en cause, ce qui justifierait la restitution des fruits.

Par ailleurs, tout en admettant que l'article 549 du Code civil puisse jouer dans les rapports entre les parties au contrat (1658), il n'en demeure pas moins que le débiteur conditionnel connaît la précarité de son titre sur la chose et ne peut, dès lors, être qualifié de possesseur de bonne foi, habilité à faire les fruits siens par cette disposition (1659).

Enfin, certains auteurs recherchent dans l'intention des parties la décision générale d'exclure toute restitution des fruits au créancier conditionnel (1660), démarche qui nous paraît quelque peu divinatoire (1661). On avance encore des considérations pratiques, à savoir le souci d'éviter des restitutions réciproques de prestations généralement équivalentes (1662).

II. En réalité, le fondement de la non-restitution des fruits nous paraît devoir être trouvé dans le but que nous avons assigné à la rétroactivité de la condition (1663). Celle-ci a pour unique objectif d'empêcher le débiteur conditionnel, par les actes qu'il pose pendant que la condition est encore pendante, d'entraver la jouissance

(1658) Sur ce point, voy. *infra*, n° 257, dans le domaine des nullités ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 249 (qui se réfère à cette disposition par analogie) ; voy. aussi les conclusions de M. l'avocat général CLOQUETTE avant Cass., 22 avril 1858, *Pas.*, 1858, I, pp. 116 et s., spéc. p. 122 ; *contra* : J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, « Accession », *Rép. not.*, tome II, L. I, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 30, p. 71 (à propos de la condition résolutoire).

(1659) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 444, p. 516 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 290, p. 391 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 253, p. 185 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 190, p. 126, note n° 3. En revanche, il n'est pas douteux que, lorsque la chose a été aliénée par le débiteur conditionnel et que cet acte de disposition est remis en cause par la réalisation de la condition, le tiers acquéreur de la chose pourra refuser de restituer les fruits de la chose s'il est de bonne foi (H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 263, p. 191).

(1660) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 117 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 444, p. 516 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 257, p. 187 (à propos des libéralités) ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, o.c., n° 226, p. 174.

(1661) Comp. dans le même sens *supra*, note n° 1571.

(1662) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 258 et s., pp. 188 et s.

(1663) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 249 ; R. DEMOGUE, o.c., *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171 ; J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, o.c., *Rép. not.*, tome II, L. I, n° 30, p. 71 (à propos de la condition résolutoire) ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1219, pp. 1748 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 190, p. 126 ; voy. *supra*, n° 181. Cet argument peut en outre être renforcé par un recours au principe constitutionnel d'égalité (voy. *infra*, n° 215).

de la chose par le créancier conditionnel lorsque la condition se réalise. Pareil objectif ne requiert nullement de remettre en cause le sort des fruits nés *pendente condicione*, alors qu'une incertitude subsiste quant à la réalisation de la condition et, par conséquent, quant au sort de la chose qui demeure, provisoirement au moins, au pouvoir du débiteur conditionnel (1664). Cette solution est au demeurant cohérente avec le pouvoir qui lui est reconnu, dans l'intérêt du débiteur conditionnel, de continuer à administrer normalement la chose (1665) : il n'aurait en effet aucune incitation à donner la chose à bail s'il devait au bout du compte se défaire des loyers échus *pendente condicione*.

On observera que, dans le cas de la condition suspensive la plus courante, à savoir celle de l'obtention d'un crédit pour l'acquisition d'un immeuble, la pratique écarte cette controverse en prévoyant le plus souvent que l'acheteur n'aura la jouissance de la chose que lors de la passation de l'acte authentique. La rétroactivité de la condition dût-elle jouer en la matière – *quod non* à notre sens –, pareille dérogation à celle-ci, qui n'intéresse que les rapports entre parties, serait parfaitement licite (1666).

C'est à notre avis en ce sens qu'il faut comprendre un arrêt de la Cour de cassation de France du 19 juillet 1995 (1667), invoqué par certains auteurs comme consacrant une exception générale à la rétroactivité de la condition en matière de fruits (1668). Après avoir relevé qu'un acte de vente précisait que « l'acquéreur n'aurait la jouissance du bien qu'à partir du jour de la constatation de la réalisation » d'une condition suspensive, l'arrêt décide qu'en refusant au vendeur le droit de réclamer le paiement des loyers jusqu'à cette date « alors que le droit de jouir de la chose vendue emporte celui de percevoir les loyers », le jugement attaqué a violé les articles 578 et 582 du Code civil. À notre sens, cet arrêt fonde sa décision sur la clause précitée de l'acte de vente, et non sur le régime propre de la condition suspensive.

(1664) Comp. de même, sur le but limité de l'effet déclaratif du partage, Cass., 4 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 254.

(1665) Voy. *infra*, n° 198.

(1666) Voy. *infra*, n° 561.

(1667) Cass. fr., 19 juillet 1995, *Bull.*, 1995, III, n° 208.

(1668) En ce sens, F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1236, p. 1176, note n° 4.

D. – Plus-value et moins-value

188. Perte totale de la chose par cas fortuit. Examinons maintenant l'incidence d'une condition suspensive sur l'application de la théorie des risques. On rappellera que cette dernière a pour objet de déterminer, dans un contrat synallagmatique, laquelle des deux parties supporte, en cas de perte de la chose par cas fortuit, le risque économique, non de cette perte ou de l'extinction de l'obligation ayant cette chose pour objet, mais de la contre-prestation, à savoir le paiement du prix (1669).

Envisageons tout d'abord l'hypothèse où, après que la chose qu'un débiteur s'est obligé à livrer sous condition a totalement péri par cas fortuit, la condition suspensive se réalise. L'article 1182, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil prévoit à cet égard que « [l]orsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. Si la chose est entièrement périée sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte ». En d'autres termes, l'obligation de l'acheteur conditionnel de payer le prix s'éteint corrélativement à celle du vendeur, débiteur de la chose, qui supporte ainsi la charge des risques puisqu'il perd à la fois la chose et la contrepartie qui devait venir en remplacement de celle-ci dans son patrimoine (*res perit debitori*) (1670).

La doctrine analyse d'ordinaire cette disposition comme une dérogation légale à l'effet rétroactif de la condition. En effet, on considère généralement que, si la condition avait pu produire rétroactivement ses effets, les risques seraient passés dès l'origine sur la tête de l'acheteur par application de l'article 1138 du Code civil. En ce cas, la perte de la chose aurait libéré le vendeur de son obligation de délivrance, mais l'acheteur serait resté tenu au paiement du prix (*res perit creditori*). Plusieurs explications, qui n'ajoutent rien à l'article 1182, ont dès lors été avancées pour expliquer cette dérogation légale (1671).

(1669) Pour plus de détails sur la théorie des risques, voy. *infra*, n^{os} 264 et s.

(1670) Voy. not. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n^o 192, p. 139.

(1671) On avance ainsi l'intention présumée des parties (T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, *o.c.*, n^o 261, p. 349) dont on sait pourtant à quel point elle constitue un guide peu sûr, l'idée d'apparence – le débiteur conditionnel serait resté le propriétaire apparent de la chose et devrait ainsi en supporter les risques (H. EYGOUT,

Plutôt qu'une véritable dérogation à l'effet rétroactif de la condition, on se situe à notre sens en dehors de sa sphère d'action. La rétroactivité vise à protéger le créancier conditionnel contre les actes accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel (1672) ; on n'aperçoit pas en quoi le fait de rendre le créancier conditionnel rétroactivement responsable de la perte de la chose, alors qu'elle se trouvait encore sous la garde du débiteur, permettrait d'atteindre ce but.

189. Perte partielle de la chose par cas fortuit. Selon l'article 1182, alinéa 3, du Code civil, « [s]i la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix ». En cas de perte partielle de la chose par cas fortuit, la loi offre donc une option au créancier conditionnel. Il opétera généralement pour la dissolution de la vente, à moins que la chose continue à représenter une valeur supérieure au prix convenu (1673), par exemple en raison d'une hausse de sa valeur de marché ou des talents de négociateur du créancier. En cas de dissolution, le débiteur conditionnel n'obtient aucune contrepartie pour la perte partielle de la chose, et c'est donc également lui qui, dans ce cas, supporte la charge des risques. Toutefois, comme en matière de perte totale, on ne peut pour autant y voir à notre sens une véritable dérogation à l'effet rétroactif de la condition.

190. Perte de la chose par la faute du débiteur conditionnel. Le débiteur conditionnel étant tenu *pendente condicione* d'une obligation de conservation de la chose (1674), l'article 1182,

De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c., n° 376, p. 260 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, Paris, L.G.D.J., 1931, n° 1043, p. 352), mais c'est perdre de vue qu'entre parties au moins, il ne peut y avoir apparence, puisque chacune connaît l'étendue véritable de ses engagements (comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 250, note n° 2) – et le fait que l'obligation ne pourrait se former et rétroagir faute d'objet (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 111 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 658, p. 700 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 758, p. 767, note n° 4), mais c'est oublier que la même solution joue pourtant en cas de perte partielle de la chose alors que, dans ce cas, l'objet existe au moins partiellement (voy. *infra*, n° 189) et qu'en outre, l'obligation conditionnelle est déjà formée avant la réalisation de la condition (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 96, p. 115).

(1672) Voy. *supra*, n° 181.

(1673) M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 190, p. 129.

(1674) Voy. *supra*, n° 170.

alinéa 4, du Code civil prévoit que « [s]i la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts ». Cette disposition est généralement comprise comme constituant une pure répétition de l'option ouverte par l'article 1184 du Code civil au créancier entre l'exécution forcée et la résolution du contrat (1675), et suppose donc l'existence d'un contrat synallagmatique (1676). Si rétroactivité il y a, elle touche alors au mécanisme de la résolution pour inexécution plutôt qu'à celui de la condition (1677).

191. Simple diminution de valeur de la chose pour une cause étrangère. La détérioration ou perte partielle de la chose ne doit pas être confondue avec une diminution de sa valeur sur le marché, ou dépréciation (1678). Celle-ci devra être supportée par le créancier conditionnel, comme tout propriétaire de la chose (1679).

192. Augmentation de valeur de la chose. De la même manière que la diminution de valeur causée par une cause étrangère doit être subie par le créancier (1680), à l'inverse, si la valeur de la chose augmente *pendente condicione* sans intervention du débiteur conditionnel, celui-ci ne pourra réclamer aucune indemnisation au créancier (1681).

(1675) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 97, pp. 116 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 195, p. 129.

(1676) Il faut dès lors en déduire qu'en cas de contrat unilatéral, le créancier devra se contenter de dommages-intérêts.

(1677) Voy. à ce propos *infra*, nos 445 et s.

(1678) Sur ce que l'application de la théorie des risques suppose une atteinte matérielle (ou, ajouterons-nous, juridique) à la chose, voy. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome VI, Paris, Rousseau, 1931, n° 113, p. 122 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, *o.c.*, n° 426, p. 415.

(1679) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 118, note n° 63bis ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 99, pp. 119 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 659, p. 702.

(1680) Voy. *supra*, n° 191.

(1681) Exposé des motifs fait par BIGOT-PREAMENEU dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, *o.c.*, p. 243 *in fine* ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 116 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 658, p. 448 (qui y voient, à tort, une application de l'effet rétroactif de la condition) ; F. LAURENT, *Principes de*

Supposons par ailleurs que la valeur de la chose soit augmentée ou, à tout le moins, conservée par l'action du débiteur conditionnel. On enseigne en ce cas qu'en vertu de la théorie des impenses, qui repose elle-même sur la théorie de l'enrichissement sans cause, le débiteur conditionnel ne pourra, en cas de réalisation de la condition, réclamer le remboursement des impenses somptuaires, mais pourra obtenir le remboursement des impenses utiles dans la mesure de la plus-value conférée à la chose ainsi que des impenses nécessaires dans les limites de la valeur de la chose (1682).

Il convient toutefois de réserver l'hypothèse où le débiteur conditionnel fait *assurer la chose* contre les cas fortuits : puisque les risques demeurent sur sa tête, son appauvrissement n'est pas dans ce cas sans cause et il ne peut répéter le montant des primes auprès du créancier conditionnel (1683). Réciproquement, si celui-ci décide de souscrire une telle assurance à titre d'acte conservatoire (1684), il pourra à notre sens répéter auprès du débiteur conditionnel les sommes qu'il expose ainsi.

IV. – Effets à l'égard des tiers

A. – Principe

193. Protection du créancier conditionnel. Des développements qui précèdent, il ressort que la rétroactivité joue un rôle extrêmement limité – voire même inexistant, si l'on admet qu'elle ne concerne pas l'exigibilité de l'obligation (1685) – dans les effets de la réalisation de la condition suspensive entre parties contractantes. Qu'en est-il dans les rapports avec les tiers ?

droit civil français, tome XVII, o.c., n° 98, p. 118 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, o.c., n° 6, p. 11 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 182, p. 122.

(1682) Arg. art. 1673, alinéa 1^{er}, du Code civil (en matière de vente à réméré) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 251 (et, sur la théorie des impenses en général, tome VI, vol. 1, n° 149 et s., pp. 130 et s.) ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 70, p. 187 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., nos 361 et s., pp. 252 et s. ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 44, p. 215 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1219, p. 1749.

(1683) Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 365, pp. 254 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1033, p. 341 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 189, p. 126.

(1684) Voy. *supra*, n° 170.

(1685) Voy. *supra*, n° 184.

La principale conséquence généralement attribuée à la rétroactivité de la condition est précisément de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel sur la chose aliénée sous condition (1686). En effet, du fait de la perfection rétroactive de l'obligation conditionnelle dont les effets remontent ainsi, en cas de réalisation de la condition, à la date de la conclusion du contrat, la propriété de la chose est censée être passée dès cet instant sur la tête du créancier, de sorte que le débiteur n'a pu en disposer au préjudice de ce créancier dans l'intervalle.

Cette règle a pour conséquence remarquable de *porter atteinte aux droits acquis des tiers*, en ce sens que si le débiteur conditionnel a revendu la chose à un second acquéreur, celui-ci sera en principe primé par le créancier conditionnel, qui disposera d'une action en revendication à son encontre (1687). Comme on l'a déjà indiqué, la seule application de la règle *nemo plus juris*, détachée de cet effet rétroactif, n'aurait pas permis d'atteindre pareil résultat (1688).

Reste à préciser le champ d'application (B) et les effets (C) de ce principe.

B. – Actes et faits juridiques concernés

194. Actes de disposition. L'effet rétroactif de la condition concerne au premier chef les actes de disposition accomplis par le débiteur *pendente condicione*. Ce principe doit cependant être nuancé.

(1686) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 424, p. 493 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 166, pp. 246 et s. ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n° 256, p. 344 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 80 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1040, p. 349 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 410, p. 430 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1231, p. 1172 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 183, p. 122.

(1687) Ce recours réel s'ajoute au recours personnel dont il dispose vis-à-vis du débiteur conditionnel, et qui présente le double inconvénient de ne pouvoir lui accorder en règle de satisfaction que par équivalent – le débiteur ne pouvant, en raison de la garantie d'éviction, récupérer lui-même la chose entre les mains du second acquéreur – et d'être soumis au risque d'insolvabilité du débiteur conditionnel.

(1688) Voy. *supra*, n° 180.

En effet, certains actes de disposition accomplis par le débiteur conditionnel n'entravent nullement les prérogatives reconnues au créancier conditionnel en cas de réalisation de la condition, et lui sont au contraire bénéfiques. On pense ainsi au fait pour le débiteur conditionnel de consentir à la constitution d'une servitude *en faveur* de l'immeuble aliéné sous condition. Compte tenu de l'objectif de la rétroactivité (1689), on considère que la réalisation de la condition ne remet pas en cause le pouvoir du débiteur d'accomplir de tels actes, qui profiteront donc au créancier conditionnel (1690). Il s'agit donc d'une exception à la rétroactivité de la condition vis-à-vis des tiers puisque le débiteur conditionnel demeure dans cette mesure propriétaire pour la période de temps pendant laquelle la condition était pendante, nonobstant la réalisation ultérieure de celle-ci.

On rappellera par ailleurs que, dans le cas d'une obligation conditionnelle de transférer la propriété d'une chose, la période intermédiaire ne peut à notre sens se prolonger indéfiniment (1691).

195. Saisies et jugements. La protection du créancier conditionnel vaut non seulement contre les actes juridiques accomplis par le débiteur *pendente condicione*, mais également, dans une certaine mesure, contre les faits juridiques qui concernent celui-ci survenus au cours de cette même période.

C'est ainsi que l'on considère très généralement le créancier conditionnel comme protégé, non seulement contre les actes de disposition accomplis volontairement par le débiteur conditionnel, mais également contre ce que l'on désigne sous le nom d'« actes de disposition indirecte », ce qui vise essentiellement la *saisie* du bien, qu'elle soit pratiquée à l'initiative d'un créancier (saisie conservatoire ou saisie-exécution) ou qu'elle revête une dimension

(1689) Voy. *supra*, n° 181.

(1690) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 429, p. 498 ; *adde* H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 284, p. 205 et R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, o.c., n° 217, p. 168 (qui justifie la solution par l'idée, à notre sens curieuse, que la constitution d'une telle servitude ne requerrait pas la qualité de propriétaire du fonds dominant) ; *contra* : A.H. SCHELEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, o.c., p. 357 (à propos du droit néerlandais antérieur) et M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 242, p. 159, qui considèrent que la rétroactivité devrait jouer indistinctement à l'égard de tous les actes de disposition.

(1691) Voy. *supra*, n° 173.

collective (faillite et autres situations de concours) (1692). Le créancier conditionnel jouit donc d'une *protection contre l'insolvabilité* du débiteur conditionnel, puisque le bien sort rétroactivement du patrimoine de celui-ci et échappe ainsi à la mainmise de ses autres créanciers. Il s'agit là d'une véritable cause de préférence que la pratique n'a pas manqué d'utiliser dans l'élaboration de nouveaux mécanismes de garantie (1693).

Un arrêt déjà ancien du 22 avril 1858 confirme implicitement cette solution dans l'hypothèse un peu particulière d'une *saisie-arrêt* (1694). Dans cette affaire, les époux Lepage, débiteurs du sieur Pillot, lui avaient remis un billet en paiement de leur dette. Celui-ci leur avait accordé quittance le 15 décembre 1855 sous la condition du paiement de ce billet. Le 17 décembre 1855, deux créanciers de Pillot effectuèrent une saisie-arrêt entre les mains des époux Lepage, tiers saisis. Le jugement attaqué, qui constate par ailleurs que la condition suspensive s'était réalisée le 24 décembre 1855, décide néanmoins que les tiers saisis étaient restés débiteurs « jusqu'au jour du paiement effectif » et que la saisie-arrêt avait donc obligé les époux Lepage à se libérer une seconde fois entre les mains du saisissant. La Cour de cassation casse cette décision au visa de l'article 1179 du Code civil aux motifs que « la condition s'étant accomplie le 24 décembre 1855, son effet a rétroagi au 15 décembre 1855, jour de la convention et que par suite les époux Lepage ont été libérés à partir de cette dernière époque ». L'effet rétroactif de la condition est donc non seulement opposable aux acquéreurs ayant traité volontairement avec le débiteur

(1692) Cass. fr., 10 juillet 1984, *Bull.*, 1984, IV, n° 226 (conflit entre l'effet rétroactif de la condition suspensive et une procédure de liquidation des biens) ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 112 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 425, p. 495 ; J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 90, p. 98 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n°s 291 et s., pp. 208 et s. ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions, o.c.*, n° 218, p. 168 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *o.c.*, n° 1040, p. 349 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 188, p. 125 ; I. VERVOORT, « Ontbinding en faillissement », note sous Cass., 9 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 587 et s., n° 20, p. 593 (condition résolutoire réalisée après la faillite).

(1693) Comme le relève P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *Les sûretés*, n° 7, p. 366, les conditions suspensives et résolutoires « constituent une modalité de nombre de sûretés issues de la pratique, fondées sur l'autonomie de la volonté. Tous les commentateurs enseignent que ces clauses doivent en principe sortir leurs effets de manière automatique, dans les conditions prévues par la convention des parties [...], sans que le curateur puisse s'y opposer ». – Sur la compatibilité de cette utilisation avec le principe constitutionnel d'égalité, voy. *infra*, n°s 217 et s.

(1694) Cass., 22 avril 1858, *Pas.*, 1858, I, p. 116, avec les conclusions de M. l'avocat général CLOQUETTE.

conditionnel, mais également, comme en l'espèce, à des tiers qui ne deviennent ses ayant cause à titre particulier qu'en vertu d'une mesure de saisie pratiquée *pendente condicione*.

En revanche, la réalisation de la condition demeure sans effet sur le *jugement d'expropriation*, les droits du créancier conditionnel étant simplement reportés sur le prix de l'immeuble (1695).

Cela étant, la protection accordée contre l'insolvabilité du débiteur conditionnel n'implique pas toujours la possibilité pour le créancier de revendiquer le bien cédé sous condition au préjudice de la masse des créanciers. En effet, l'action en revendication suppose l'existence d'une *chose certaine* (1696). Dès lors, lorsque l'obligation conditionnelle avait pour objet une somme d'argent, le créancier conditionnel ne pourra faire valoir qu'une action personnelle en restitution qui, compte tenu de l'effet rétroactif de la condition, sera considérée comme une dette dans la masse.

On en trouve l'illustration dans un arrêt du 27 avril 1992 (1697). Celui-ci se fonde sur l'effet rétroactif de la condition pour décider que la commission due par un failli à l'un de ses agents, née d'une commande passée avant la faillite, mais subordonnée à une condition qui ne se réalise qu'après la faillite, constitue une dette *dans* la masse. Il censure ainsi l'arrêt attaqué qui avait fait du droit à la commission une dette *de* la masse en considérant que ce droit « est né lorsque ce paiement a été effectué, soit après la faillite » (1698).

(1695) Art. 18, § 1^{er}, de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n° 298, pp. 212 et s.

(1696) Voy. à ce propos *infra*, n° 248.

(1697) Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 451.

(1698) Cette décision pourrait, à première vue, paraître contredire la thèse que nous défendons, selon laquelle la condition ne doit se voir reconnaître un effet rétroactif que dans la mesure où elle protège le créancier conditionnel. En effet, n'eût-il pas été préférable pour celui-ci de refuser à la condition tout effet rétroactif et lui permettre ainsi de bénéficier d'une dette *de* la masse ? Les termes du problème nous paraissent cependant avoir été mal posés par l'arrêt attaqué. En effet, s'agissant d'une commande passée avant la faillite, il ne nous paraît pas possible de considérer qu'elle aurait été contractée en vue de l'administration de la masse, condition indispensable pour qu'elle puisse être qualifiée de dette *de* la masse. En outre, si la condition s'était vu refuser tout effet rétroactif, il aurait fallu à notre sens considérer qu'en raison de l'effet de saisie résultant de la faillite, le créancier conditionnel n'aurait pu faire valoir aucune prétention sur les biens déjà irrémédiablement affectés à la satisfaction de la masse des créanciers. Ne pouvant être acquittée sur ces biens, sa créance aurait dû, dès lors être, être qualifiée de dette *hors* la masse. Dans cette mesure, l'effet rétroactif est donc bien favorable au créancier conditionnel puisqu'il lui accorde la qualité, préférable, de créancier *dans* la masse (voy., pour plus de détails, *infra*, n° 466).

196. Cantonnement amiable. On peut également voir une application de l'effet rétroactif de la condition dans le mécanisme du cantonnement amiable. En effet, celui-ci est classiquement analysé comme un paiement conditionnel effectué par le débiteur au profit du créancier (1699). L'effet rétroactif de la condition expliquerait que ce paiement soit opposable aux autres créanciers du débiteur même lorsque la dette de celui-ci vis-à-vis du créancier conditionnel n'est définitivement établie qu'après le prononcé de la faillite de ce débiteur. En outre, dans cette analyse, l'impossibilité d'introduire une action en revendication à l'égard d'une somme d'argent ne s'avérerait pas aussi problématique que dans les situations ordinaires (1700). En effet, le débiteur conditionnel s'étant déjà dessaisi des fonds au profit du créancier conditionnel, ce dernier n'a besoin d'introduire aucune action et peut se contenter de se prévaloir de l'effet rétroactif de la condition pour écarter la demande en restitution formée par la masse des créanciers.

Un arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2007 a à cet égard confirmé l'efficacité du mécanisme en décidant que « [l]es sommes qui font l'objet d'un cantonnement à l'amiable reviennent finalement soit au débiteur solvens soit au créancier, en fonction de la décision sur les droits de l'une ou l'autre partie. Le concours n'y déroge pas » (1701). La portée de cette décision est toutefois incertaine dès lors qu'elle ne fait aucune allusion au caractère conditionnel du paiement.

Il est vrai que l'analyse du cantonnement amiable comme un paiement conditionnel n'échappe pas à la critique (1702). Indépendamment de toute idée de paiement, on a du reste suggéré d'y voir plutôt une

(1699) Voy. par ex. V. SAGAERT, « Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement », note sous Cass., 2 février 2007, *R.W.*, 2006-2007, pp. 1680 et s., n° 4, p. 1681.

(1700) Comp. *supra*, n° 195.

(1701) Cass., 2 février 2007, *Pas.*, 2007, n° 63, point 10, *J.T.*, 2007, p. 527, obs C. ALTER, « Cantonnement amiable, affectation de compte et concours : état de la question », pp. 530 et s., *R.D.C.*, 2007, p. 341, note I. PEETERS et A. ZENNER, « Het minnelijk kantonnement uitdrukkelijk erkend als een samenloopvermijdend contractueel waarborgmechanisme », pp. 351 et s., *R.W.*, 2006-2007, p. 1679, note V. SAGAERT, *o.c.*, pp. 1680 et s. L'arrêt ajoute toutefois que « [s]i, après le cantonnement, le débiteur solvens est déclaré en faillite, le curateur peut néanmoins réclamer la remise de la somme qui fait l'objet du cantonnement et lui donner la destination qui résultera de la décision du juge. » Selon les premiers commentateurs, cette réserve s'expliquerait par les circonstances de l'espèce dans laquelle le curateur était habilité à prélever sur les sommes cantonnées un montant nécessaire pour acquitter les frais nécessaires à l'acquisition de ces sommes, lesquels frais constituaient une dette de la masse.

(1702) Voy. ainsi les réflexions de F. GEORGES, *supra*, note n° 1631. On demeure, si l'on admet que la condition est dépourvue d'effet rétroactif dans les rapports entre parties (voy. *supra*, n°s 183 et s.), l'arrêt du cours des intérêts résultant du cantonnement ne pourrait s'expliquer qu'en analysant celui-ci comme étant conclu sous une condition résolutoire, et non sous une condition suspensive, comme généralement admis dans l'analyse traditionnelle.

convention tripartite entre le débiteur, le créancier et la banque aux termes de laquelle cette dernière souscrit, en contrepartie d'une somme d'argent payée par le débiteur, le double engagement conditionnel de reverser cette somme au débiteur ou au créancier, en fonction de l'issue de la procédure en cours (1703). Ainsi, le débiteur dispose purement et simplement d'une somme d'argent au profit de la banque. Dans ce schéma, la condition affecte donc, non l'engagement du débiteur, mais ceux de la banque. Dès lors, si les droits du créancier sont par la suite judiciairement reconnus, la condition qui se réalise n'entraînera aucun nouvel appauvrissement du débiteur, puisque la somme d'argent versée à la banque est déjà sortie de son patrimoine. Il importe dès lors peu que le débiteur soit tombé dans l'intervalle en faillite.

Si l'on retient, toutefois, l'analyse plus classique du cantonnement comme un paiement sous condition suspensive, alors la question de savoir comment ce paiement pourrait produire ses effets après la faillite du débiteur se pose avec acuité, puisqu'il entraîne cette fois une véritable atteinte aux droits des créanciers dans la masse. À cet égard, certains auteurs paraissent enclins à minimiser l'importance de l'effet rétroactif de la condition en estimant que, dans son arrêt du 2 février 2007, la Cour de cassation aurait consacré « une vision essentiellement dynamique du patrimoine du débiteur » failli (1704). Selon cette conception, le jugement déclaratif de faillite n'aurait pas pour effet de figer définitivement le patrimoine du failli. Dès lors que le curateur n'a pas plus de droits que le failli, il serait tenu de respecter les modalités affectant les droits de ce dernier. Par conséquent, la consistance du patrimoine du failli pourrait encore varier à la suite notamment de la réalisation d'une condition affectant une obligation souscrite avant la faillite. En définitive, il importerait peu que la condition rétroagisse ; l'important serait qu'elle agisse, c'est-à-dire que le bien sorte du patrimoine du débiteur, quelle que soit la date à laquelle ce transfert intervient. Cette conception nouvelle de la masse faillie permettrait également de garantir l'efficacité d'autres mécanismes préférentiels étrangers à toute idée de rétroactivité.

(1703) Voy. M.E. STORME, « Minnelijke kantonneren: een perfect geldige delegatie », *T.P.R.*, 2003, pp. 1299 et s., n° 13 et s., pp. 1305 et s.

(1704) C. ALTER, *o.c.*, *J.T.*, 2007, n° 7, p. 533, qui paraît cependant encore attaché à l'effet rétroactif de la condition comme fondement de la solution retenue. Comp. V. SAGAERT, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 4, p. 1681, qui justifie l'efficacité du cantonnement amiable par deux fondements à notre sens incompatibles (voy. *infra* au texte), à savoir, d'une part, l'effet rétroactif de la condition et, d'autre part, l'idée que le curateur n'a pas plus de droit que le failli lui-même.

Un examen approfondi de cette décision sous l'angle du droit de l'insolvabilité sortirait du cadre de cette étude. Nous ne pouvons toutefois dissimuler nos réticences face à cette conception nouvelle des effets du concours.

Tout d'abord, il nous paraît quelque peu réducteur d'affirmer que le curateur n'aurait jamais plus de droits que le failli, alors que, doté d'une double qualité, il peut également prétendre agir comme représentant de la masse des créanciers, ce qui lui permet précisément de critiquer certains actes du failli (1705). De même, « [l]a nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers impliquent que le curateur puisse agir contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, *même si ce droit d'agir n'appartient pas au failli* » (1706). On voit donc que l'idée que le curateur n'aurait pas plus de droits que le failli ne se vérifie pas toujours.

Pour le reste, la vision « dynamique » du patrimoine du failli ne nous paraît pas correspondre à l'état du droit positif. La Cour de cassation a ainsi rappelé son attachement au principe du dessaisissement du failli, qui constitue « une mesure qui vise à protéger les créanciers en leur garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte au patrimoine du failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite », en insistant sur ce que la perte de l'administration résultant de l'ancien article 444 du Code de commerce (article 16 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites) est « absolue et générale » (1707). Par conséquent, il nous paraît douteux que, sans le secours de l'effet rétroactif, un paiement conditionnel effectué par le failli au profit de l'un de ses créanciers avant la faillite puisse encore porter atteinte au gage commun de la masse des créanciers après le prononcé de la faillite.

Enfin, on aura remarqué la similitude de raisonnement existant entre la théorie analysée et celle, bien plus ancienne, qui prétend faire

(1705) Cons. à ce propos T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, tome XII, L. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, n^{os} 420 et s., pp. 309 et s.

(1706) Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n^o 746, point 9 (nous soulignons).

(1707) Cass., 6 mars 2009, *Pas.*, 2009, n^o 176, point 2. La Cour en déduit en l'espèce que « [d]ès lors, il n'est pas exigé pour l'annulation des actes mentionnés à l'article 444 qu'il soit au préalable constaté si les personnes impliquées dans ces actes étaient ou non de bonne foi. Il n'importe pas davantage que le curateur a satisfait ou non à l'obligation de prendre inscription au nom la masse sur les immeubles du failli, dont il connaît l'existence comme prévu à l'article 487, alinéa 3, du Code de commerce, applicable en l'espèce ». On trouve une autre illustration frappante des conséquences du dessaisissement dans le régime de l'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil, laquelle ne peut plus être exercée après la faillite de l'entrepreneur principal, « dès lors que cette action ne peut être exercée que lorsque la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage est encore disponible dans le patrimoine de l'entrepreneur » (Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, n^o 198, point 2, *A.C.*, 2010, n^o 198, avec les conclusions de M. l'avocat général DUBRULLE).

l'économie de la rétroactivité de la condition au motif que les effets de celle-ci sur les actes de disposition résulteraient déjà de la règle *nemo plus juris* (1708). Toutes deux ont en effet en commun de conférer à l'obligation conditionnelle un effet réel opposable à tous (tiers acquéreurs ou masse des créanciers) sur la base du seul effet externe des conventions. Or, en droit positif, une clause prévoyant un transfert différé de la propriété d'un bien n'est opposable aux tiers – en ce compris donc le curateur, agissant en qualité de représentant de la masse des créanciers – que dans les conditions de la tierce complicité, à moins qu'un effet rétroactif ne soit conféré à ce transfert, comme c'est le cas pour la condition.

En conclusion, si l'on tient à voir dans le cantonnement amiable une forme de paiement sous condition suspensive, la solution de l'arrêt du 2 février 2007 ne nous paraît pouvoir se justifier qu'en se fondant sur l'effet rétroactif de la condition (1709). Généraliser cette solution sur la seule base du principe de l'opposabilité des effets externes des conventions ne nous paraît dès lors pas possible (1710).

197. Prescription acquisitive. L'effet rétroactif de la condition est en revanche sans incidence sur le mécanisme de la prescription acquisitive invoquée par un tiers possesseur de la chose. Ce dernier pourra ainsi toujours opposer au créancier conditionnel l'usucapion, même lorsque celui-ci intervient *pendente conditione* (1711). En effet, même si la propriété de la chose avait été

(1708) Voy. *supra*, n^{os} 179 et s.

(1709) On réserve ici la question de sa constitutionnalité : voy. à ce propos *infra*, n^{os} 217 et s.

(1710) Comp. la position extensive de C. ALTER, *o.c.*, *J.T.*, 2007, n^o 7, p. 533, pour qui « lorsqu'une clause du contrat peut sortir ses effets indépendamment de toute prestation ou de toute collaboration ou intervention quelconque du curateur, ce dernier ne pourrait s'opposer à son efficacité pour la remplacer par une inscription au passif de la masse d'une créance de dommages-intérêts, sans préjudice des règles particulières d'inopposabilité prévues par les articles 17 et suivants de la loi sur les faillites ». Est-ce à dire, par exemple, qu'une promesse de vente consentie avant le concours et levée après celui-ci pourrait encore faire sortir un bien de la masse (sous réserve des règles relatives à la période suspecte et à la continuation des contrats en cours après la faillite) ? Voy., pour une réponse affirmative, P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *Les sûretés*, n^o 7, p. 369 ; cet auteur concède cependant, p. 371, que la vente immobilière conclue ensuite de la levée d'une telle option serait inopposable à la masse, à défaut d'accomplissement avant le concours des formalités nécessaires à son efficacité, en l'espèce la transcription. — D'autres auteurs semblent à tout le moins vouloir étendre l'enseignement qu'ils déduisent de l'arrêt du 2 février 2007 à tous les mécanismes de garantie : voy. I. PEETERS et A. ZENNER, *o.c.*, *R.D.C.*, 2007, n^o 12, p. 356 ; V. SAGAERT, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n^o 7, p. 1682.

(1711) R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *o.c.*, n^o 220, p. 170 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, *o.c.*, n^o 527, p. 562.

rétroactivement acquise au créancier conditionnel dès la conclusion du contrat, cette circonstance n'aurait pas eu pour conséquence d'empêcher le mécanisme de la prescription acquisitive qui joue en faveur du possesseur, quelle que soit l'identité du propriétaire.

Plus délicate est la question de la *computation du délai* de cette prescription acquisitive. Écartons d'emblée l'application de l'article 2257 du Code civil, qui n'intéresse à notre sens que les relations entre les parties (1712). En effet, les considérations impérieuses de sécurité juridique, qui se trouvent à la base du mécanisme de la prescription, font à nos yeux obstacle à ce que celle-ci soit entièrement suspendue pendant la période, potentiellement fort longue, pendant laquelle la condition demeure pendante, d'autant que rien n'empêche le créancier conditionnel d'interrompre à titre conservatoire cette prescription (1713).

Reste à déterminer dans le chef de quelle personne – débiteur ou créancier conditionnel – doivent s'apprécier les causes de suspension propres à la personne du propriétaire (1714). À cet égard, encore que la question soit délicate, nous sommes d'avis que la rétroactivité de la condition ne pouvant intervenir que lorsqu'elle tend à protéger le créancier conditionnel contre les actes du débiteur conditionnel, elle doit rester étrangère au jeu des causes de suspension de la prescription acquisitive. Celles-ci doivent donc continuer à s'apprécier dans le chef du débiteur conditionnel demeuré propriétaire de la chose *pendente condicione*, nonobstant la réalisation ultérieure de la condition (1715). Au demeurant, faire jouer la rétroactivité dans ce cas ne serait pas nécessairement favorable au créancier conditionnel, car il

(1712) M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 197, p. 130. *Contra* : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n°s 305 et s., pp. 217 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *o.c.*, n° 1040, p. 350.

(1713) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 88 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, *o.c.*, n° 527, p. 562 ; voy. *supra*, n° 170. Certes, cet élément avait paru insuffisant pour imposer au créancier conditionnel d'interrompre la prescription *extinctive* vis-à-vis du débiteur conditionnel, mais la situation ne nous paraît pas comparable dans la mesure où ce dernier, à la différence du tiers possesseur, ne peut ignorer l'existence de la condition.

(1714) On pense essentiellement à la cause de suspension en faveur des mineurs et interdits prévue par l'article 2252 du Code civil.

(1715) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 113 ; A. CHAUSSE, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 546 (à propos de la condition résolutoire) ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n° 314, p. 221 (qui se fonde sur l'article 2257 du Code civil) ; *contra* : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 95. Voy. également M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 197, pp. 131 et s., qui ne prend cependant pas position dans la controverse.

se peut que la cause de suspension n'existe pas dans son chef, mais bien dans celui du débiteur conditionnel.

198. Actes d'administration. Si l'on quitte maintenant le domaine des actes et des faits juridiques impliquant un transfert de propriété, certains actes qui ne tendent pas à disposer de la chose, mais uniquement à administrer celle-ci, sont *assimilés à des actes de disposition*, et subissent donc le même sort que ceux-ci, mais uniquement lorsqu'ils peuvent être considérés comme « anormaux » (1716). Il s'agit donc d'un renforcement de l'effet rétroactif, qui tend à effacer des actes accomplis *pendente conditione* que la seule application de la *nemo plus juris* n'aurait pas suffi à remettre en cause (1717).

Une certaine confusion règne quant à l'identification précise de ces actes. Certains auteurs considèrent ainsi que la conclusion d'un bail, même de courte durée, serait toujours anormale (1718). Pour la plupart des autres, devraient être maintenus les baux conclus « sans fraude » ou « de bonne foi » (1719) ; tel ne serait pas le cas d'un bail conclu pour une durée supérieure à neuf ans, à des conditions particulièrement désavantageuses pour le bailleur, ou encore *in extremis* juste avant la réalisation de la condition (1720).

(1716) Voy., outre les références citées dans les notes suivantes, C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 68, p. 187. *Contra* : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n°s 219 et s., p. 162 et s. ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, *o.c.*, n° 257, p. 345 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 82 ; pour ces auteurs, les actes d'administration doivent en toute hypothèse tomber, marquant ainsi leur attachement à une conception extensive de la rétroactivité de la condition (voy. *supra*, n° 177).

(1717) Voy. *supra*, n° 180, II.

(1718) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 167, p. 248. Cet auteur n'indique pas quels seraient les actes d'administration, autres que le bail, auxquels la rétroactivité ne porte pas atteinte. Voy. à ce propos *infra*, au texte.

(1719) Voy., outre les références citées à la note suivante, AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 112 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 187, pp. 124 et s. ; voy. également, en matière de condition résolutoire, *infra*, n° 523.

(1720) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 443, pp. 513 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 395, p. 471 (vente à réméré) ; R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171 ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions, o.c.*, n° 223, p. 172 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 286, p. 272 ; Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n°s 297 et s., pp. 442 et s., spéc. n° 303, pp. 443 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *o.c.*, n° 1041, p. 351 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1219, p. 1749.

Faisant application du critère du « bail normal » à la législation moderne sur les baux, M. Van Quickenborne (1721) estime que le bail de résidence principale conclu *pendente condicione* pour une durée inférieure à trois ans devrait toujours être opposable au créancier conditionnel. Même lorsqu'il est conclu pour une durée de neuf ans, il devrait en être ainsi dès lors qu'en vertu de l'article 3, § 2, de la loi du 20 février 1991, le bailleur peut mettre fin au bail à tout moment pour occupation personnelle moyennant un préavis de 6 mois, de sorte que ses prérogatives de propriétaire ne sont pas substantiellement amoindries par la conclusion du bail (1722). En revanche, les baux à ferme et les baux commerciaux, en raison des lourdes contraintes qu'ils font peser sur le bailleur, pourraient plus facilement être assimilés à un acte de disposition (1723). En toute hypothèse, rien n'empêche le débiteur conditionnel d'associer le créancier conditionnel à la conclusion du bail afin d'éviter toute difficulté ultérieure.

L'extension de l'effet rétroactif de la condition aux actes d'administration jugés anormaux se justifie par l'idée qu'il peuvent s'avérer aussi nuisibles aux prérogatives du créancier conditionnel qu'un acte de disposition tel que la constitution d'un droit d'usufruit, d'emphytéose ou de superficie. En effet, le créancier conditionnel, le plus souvent tenu de respecter le bail antérieur au transfert de propriété (1724), sera, dans les deux cas, privé de la jouissance de la chose pour un temps fort long, ce qui serait contraire à l'objectif de la rétroactivité de la condition qui est de permettre au créancier conditionnel de jouir de la chose sans pouvoir être entravé par les actes accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel (1725). En revanche, un bail de courte durée ne devrait en prin-

(1721) M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 187, pp. 124 et s.

(1722) La loi réserve cependant l'hypothèse où cette faculté de résiliation a été exclue par les parties. En ce cas, le bail nous paraît être conclu à des conditions « anormales » et être, dès lors, inopposable au créancier conditionnel.

(1723) Comp. en ce sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 292, p. 397.

(1724) En vertu de, et aux conditions prévues par, les articles 1743 du Code civil, 9 de la loi du 20 février 1991 sur les baux relatif à la résidence principale du preneur, 12 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux et 55 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme. Si ces conditions ne sont pas remplies, le bail est en toute hypothèse inopposable à l'acquéreur conditionnel et la question de la rétroactivité ne se pose pas (H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n° 231, pp. 170 et s.).

(1725) Voy. *supra*, n° 181. Cette justification téléologique nous paraît plus sûre qu'un recours à l'article 1673, alinéa 2, du Code civil, dont il est malaisé de déterminer s'il ne constitue qu'une disposition d'exception propre à la vente à réméré ou à la condition résolutoire (en ce sens, voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 167, p. 248 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n° 227, p. 168 ;

cipe pas être remis en cause par la réalisation de la condition parce qu'il n'entrave pas sérieusement les prérogatives du créancier conditionnel. Au contraire, il participe normalement d'une saine gestion du bien ; s'il profite au créancier conditionnel qui évite ainsi le risque d'un chômage locatif, il est également dans l'intérêt du débiteur conditionnel, puisque celui-ci pourra conserver les loyers produits par le bien *pendente condicione* (1726).

Cela étant, il paraît difficile de formuler un critère général permettant de distinguer les baux « normaux » des baux « anormaux ». En effet, « il convient d'apprécier la nature des actes administratifs qui subsistent en fonction de la nature de la convention en cause et de son économie » (1727).

Quant aux actes d'administration autres que le bail, on peut notamment penser au commodat ou au dépôt (1728). Eygout considère à cet égard que ces contrats devraient être maintenus dans les mêmes conditions que les baux (1729). Cette affirmation nous laisse songeur. En effet, les règles applicables au commodat et au dépôt ne comportent aucune disposition similaire à l'article 1743 du Code civil qui rendrait ces contrats opposables à l'acquéreur de la chose lorsqu'ils sont antérieurs à l'acquisition. Conformément à l'effet relatif des conventions, l'acquéreur devrait dès lors, en règle, pouvoir revendiquer la chose entre les mains de l'emprunteur ou du dépositaire et il importe peu, à cet égard, que le transfert de propriété soit ou non doté d'un effet rétroactif. En toute hypothèse, la question ne présente que peu d'intérêt : même si le contrat était opposable à l'acquéreur, celui-ci pourrait aisément y mettre un terme (1730).

T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, *o.c.*, n° 257, p. 344 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 82) ou l'expression d'un principe général applicable à toute condition même suspensive (en ce sens, voy. not. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 112, note n° 47 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 659, p. 449). La seconde solution peut cependant se réclamer d'une interprétation conforme au principe constitutionnel d'égalité (voy. *infra*, n° 215).

(1726) Il s'agit en effet de fruits de la chose : voy. *supra*, n° 187.

(1727) Voy. P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 43, p. 214, et les exemples donnés. Pour apprécier le caractère anormal des actes d'administration, il pourrait donc être tenu compte notamment du fait que le contrat prévoit que les lieux sont délivrés libre d'occupation ou, à l'inverse, qu'ils sont vendus loués avec en outre une garantie de rendement locatif.

(1728) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n° 213, p. 159.

(1729) *Ibid.*, n° 215, p. 160.

(1730) Le dépôt est en effet résiliable *ad nutum* (art. 1944 du Code civil) et le prêteur d'une chose certaine peut la récupérer à tout moment en faisant état d'un besoin pressant (art. 1889 du Code civil).

199. Actes de conservation. On enseigne généralement que la rétroactivité de la condition connaît une autre exception en matière d'actes de conservation (1731). Ainsi, le contrat conclu par le débiteur conditionnel avec un entrepreneur afin d'effectuer des réparations urgentes à la chose cédée sous condition ne serait pas remis en cause par la réalisation de la condition.

En réalité, l'effet rétroactif de la condition nous paraît demeurer totalement étranger à cette question. En effet, quelle que soit la date à laquelle le transfert de propriété intervient, le débiteur conditionnel est toujours compétent pour conclure un tel contrat d'entreprise, car celui-ci ne requiert nullement la qualité de propriétaire de la chose (1732). Par ailleurs, à la différence du contrat de bail, il n'existe aucune règle qui rendrait un contrat d'entreprise opposable à l'acquéreur de la chose lorsqu'il a été conclu avant l'acquisition de la propriété. Le débiteur conditionnel restera donc seul tenu vis-à-vis de l'entrepreneur, sans préjudice de l'application de la théorie des impenses dans ses rapports avec le créancier conditionnel (1733).

C. – Portée de l'effet rétroactif

200. Sort des actes et faits concernés. Il importe maintenant de préciser le sort des actes et faits juridiques concernés par l'effet rétroactif de la condition. On lit fréquemment à cet égard que les actes de disposition sont « anéantis » ou « effacés » par la réalisation de la condition ou encore qu'ils « tombent » du fait de celle-ci (1734). Que faut-il entendre exactement par là ?

Nonobstant le champ lexical utilisé, il nous semble assez évident que cet « anéantissement » n'a rien à voir avec la nullité automatique de l'acte (1735). Celle-ci serait en désaccord avec le

(1731) Voy. par exemple J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 291, p. 395.

(1732) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 438, p. 507 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 361, p. 252.

(1733) Voy. *supra*, n° 192.

(1734) Voy. par ex. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 658, p. 448 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1040, p. 349 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, tome III, o.c., n° 6, p. 11 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n° 526, p. 561.

(1735) *Contra* : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 270, p. 196, pour qui la cession « sera réputée nulle et non avenue, ou, pour mieux dire, sera considérée comme n'ayant jamais eu lieu ».

principe du droit positif selon lequel la nullité de la vente de la chose d'autrui ne peut être invoquée que par l'acheteur (1736) ; or, quand le créancier conditionnel se plaint des actes de disposition accomplis par le débiteur conditionnel vis-à-vis d'un second acquéreur, il est tiers à ces actes. En outre, pareille nullité aboutirait à délier le débiteur conditionnel de ses obligations vis-à-vis du second acquéreur, ce qui ne paraît pas souhaitable en opportunité sur le plan de sa responsabilité (1737). Enfin, si l'on admet que la rétroactivité de la condition concerne des faits juridiques tels le jugement de faillite ou la saisie (1738), la sanction de la nullité paraît encore plus inadéquate (1739).

En réalité, compte tenu du but limité de la rétroactivité de la condition, qui est essentiellement de protéger le créancier conditionnel en garantissant un effet utile à ses droits, la sanction la plus appropriée de la méconnaissance de ceux-ci nous paraît être une *inopposabilité* au créancier conditionnel des actes accomplis à son préjudice par le débiteur conditionnel (1740). Le créancier

(1736) Cass., 15 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 472, *R.W.*, 2011-2012, p. 1515, note N. VAN HIMME ; Cass., 6 mars 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 125 ; Cass., 30 janvier 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 24 ; cons. à ce propos P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986, pp. 47 et s., n°s 8 et s., pp. 52 et s. ; P. WÉRY, « La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », note sous Cass., 8 février 2010, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 13 et s. On notera que la nullité de la chose d'autrui suscite tellement de difficultés (notamment en ce qui concerne sa conciliation avec la garantie d'éviction) qu'elle a purement et simplement été abandonnée dans le **DCFR** (art. II. – 7:102) et dans les **Principes d'Unidroit 2010** (art. 3.1.3).

(1737) Il est vrai que, même dans l'hypothèse d'une nullité de la revente du bien, la responsabilité du vendeur pourrait encore être engagée sur la base d'une *culpa in contrahendo*, mais le dommage réparable ne coïnciderait pas nécessairement dans ce cas avec celui subi en cas d'inexécution de l'obligation de livraison de la chose. On considère en effet généralement que la victime d'une *culpa in contrahendo* ne peut réclamer que « l'intérêt négatif » (c'est-à-dire demander à être replacée dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu) tandis que la victime d'une inexécution peut, quant à elle, réclamer l'intérêt positif (c'est-à-dire demander à être replacée dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté). Sur tout ceci, voy. *infra*, n°s 344 et s.

(1738) Voy. *supra*, n° 195.

(1739) On rappellera à cet égard que selon l'article 20 du Code judiciaire, « [l]es voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements. Ceux-ci ne peuvent être anéantis que sur les recours prévus par la loi ».

(1740) Dans le même sens, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n°s 471 et s., pp. 654 et s. ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n° 202, p. 187 ; voy. aussi C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 322, p. 123 (à propos du jugement reconnaissant à un tiers un droit réel sur un immeuble vendu sous condition résolutoire). Telle est la sanction généralement préconisée à l'encontre des saisies pratiquées à charge du débiteur conditionnel (voy. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 183, p. 122).

conditionnel pourra dès lors, en règle, revendiquer la chose entre les mains du second acquéreur sans que celui-ci puisse lui opposer la seconde vente conclue avec le débiteur conditionnel. Par conséquent, la responsabilité contractuelle de ce dernier sera en principe engagée vis-à-vis du second acquéreur, à moins que celui-ci ne préfère d'emblée invoquer la nullité de la seconde vente, rétroactivement devenue la vente de la chose d'autrui (1741).

201. Suite – Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011.

Un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011, relatif à la condition résolutoire, mais dont les enseignements peuvent être transposés sans peine dans le domaine de la condition suspensive, vient nuancer ce tableau (1742).

Les faits de la cause étaient relativement simples. Le 27 mars 2001, le premier demandeur en cassation (A) cède au défendeur en cassation (B) un certain nombre d'actions dans une société cible, sous la condition résolutoire d'une faillite de cette dernière. Le 22 août 2001, ces actions sont recédées par B au second demandeur en cassation (C). Enfin, le 13 mars 2002, la cible est déclarée en faillite, entraînant la réalisation de la condition résolutoire.

Parmi les différentes actions poursuivies entre parties, il y avait notamment une action en paiement du prix de cette seconde cession introduite par B contre C, à laquelle le juge du fond avait fait droit. Cette décision est critiquée par le second moyen de cassation qui est accueilli par la Cour. Si la solution ne fait pas de doute, en revanche la justification avancée apparaît plus problématique. La Cour considère en effet que, « lorsque la cession est censée résolue en raison de l'accomplissement de la condition résolutoire, le cédant est réputé être resté propriétaire de la chose. En conséquence, sous la réserve des dispositions visant la protection des tiers, les actes de disposition effectués par le cessionnaire alors qu'ils étaient affectés de la condition résolutoire sont caduques [lire : caducs] » (point 5).

Certes, la Cour a raison de souligner que la réalisation de la condition résolutoire a pour effet de rendre le cédant (A) rétroactivement propriétaire des actions acquises par B et revendues à C. Elle rappelle également à juste titre l'existence des dispositions protectrices des tiers qui, en cas de bonne foi de C, permettront en principe de protéger celui-ci contre les prétentions de A et, dès lors, de consolider

(1741) Comp. *infra*, n^{os} 328 et s.

(1742) Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n^o 64, *A.C.*, n^o 64, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER, *T.R.V.*, 2012, p. 627, note B. BELLEN et R. VLEUGELS.

la cession intervenue entre B et C (1743). L'on hésite en revanche sur l'interprétation à donner à l'idée selon laquelle, sous réserve de ces règles protectrices des tiers, les actes de disposition effectués par le cessionnaire (B) seraient caducs (« *vervallen* »).

Les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER sont sur ce point plus disertes (point 2.1). Elle indique, à cet égard, que conformément à l'article 1165 du Code civil, la convention initiale entre A et B ne peut en principe créer ni droit ni obligation dans les rapports entre B et C. Toutefois, elle souligne également à juste titre que la résolution de la première convention constitue un fait juridique, et dès lors un effet externe opposable à B et C. Elle en déduit dès lors, en se référant à la doctrine, que tous les droits réels consentis par l'acheteur sous condition résolutoire sont caducs (« *vervallen* ») en cas de réalisation de la condition, sous réserve de l'application de l'article 2279. Il y va de l'effet réel (« *zakenrechtelijke werking* ») de la condition résolutoire. À ce stade du raisonnement s'opère toutefois un glissement. Récapitulant les principes exposés, le ministère public conclut en effet que lorsque, comme en l'espèce, A vend un bien sous condition résolutoire à B, qui l'a à son tour revendu *pendente condicione* à C, alors la résolution de la vente entre A et B intervenue du fait de la réalisation de la condition a pour conséquence la caducité (« *het verval* ») de la seconde vente. On passe ainsi d'une caducité des effets réels de la seconde vente à une caducité de cette vente elle-même.

Ce glissement, avec les conséquences automatiques qu'il implique pour le sort de la seconde vente, apparaît de prime abord surprenant. À première vue, en effet, la seule conséquence découlant de la résolution de la première vente est que la seconde devient ainsi, rétroactivement, une vente de la chose d'autrui. Or, les principes étaient jusqu'à présent bien fixés en ce sens qu'une telle vente n'est pas nulle de plein droit, mais qu'au contraire elle subsiste jusqu'à ce que l'acheteur (C) – et lui seul – en ait demandé la nullité et que celle-ci ait été prononcée en justice (1744). Cette conclusion paraît avoir encore été renforcée par un arrêt du 15 septembre 2011 décidant que, lorsque l'acheteur a la possibilité d'agir en nullité de la vente de la chose d'autrui, il lui est interdit de demander la résolution du contrat pour manquement à la garantie d'éviction (1745). En effet, si la résolution est exclue au profit d'une action en nullité dépendant du seul bon vouloir de l'acheteur,

(1743) Voy. *infra*, n° 202.

(1744) Voy., sur la vente de la chose d'autrui, *supra*, n° 200, et, sur l'effet d'un acte nul avant son annulation, *supra*, n° 89.

(1745) Cass., 15 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 472, *R.W.*, 2011-2012, p. 1515, note N. VAN HIMME ; sur cette décision, voy. également *infra*, n° 328.

il serait curieux de considérer que le contrat est néanmoins caduc de plein droit.

On notera qu'en l'espèce, la cassation pouvait être prononcée sans recours à la notion de caducité. En effet, dès lors que C s'opposait au paiement du prix réclamé par B au motif que la chose était rétroactivement redevenue la propriété de B, cette défense pouvait s'interpréter, soit comme la mise en oeuvre de la nullité de la chose d'autrui par voie d'exception, soit – à supposer que cela soit encore possible depuis l'arrêt du 15 septembre 2011 – comme l'invocation de l'exception d'inexécution au titre de la garantie d'éviction (article 1653 du Code civil).

Si l'on s'en tient, néanmoins, aux termes de l'arrêt analysé, il faudrait considérer que la convention conclue entre B et C n'est pas annulable à la seule requête de ce dernier, mais bien caduque. À notre sens, ces deux idées peuvent toutefois être réconciliées en considérant que cette convention, étant devenue impossible à exécuter, est certes frappée de caducité par disparition de son objet, mais sans préjudice de la possibilité pour C d'en encore faire annuler cette convention (1746). Par ailleurs, même si l'on considère que cette convention est caduque, elle n'en subsiste pas moins dans la mesure nécessaire pour permettre à C d'engager la responsabilité contractuelle de B (1747). La caducité n'implique donc pas un anéantissement total de la convention.

En conclusion, il nous paraît que la remise en cause des effets réels des actes de disposition résultant de la réalisation d'une condition suspensive ou résolutoire n'entraîne pas pour autant la nullité automatique de ces actes. Ceux-ci sont seulement inopposables au bénéficiaire de la condition. À supposer même qu'ils soient caducs, ils subsistent en tout cas dans la mesure nécessaire pour permettre au tiers lésé par l'effet rétroactif de la condition d'engager la responsabilité contractuelle de son auteur.

202. Exception – Protection des tiers acquéreurs de bonne foi. L'atteinte portée aux droits acquis des tiers par l'effet rétroactif de la condition peut paraître remarquable. En pratique, sa portée est toutefois fortement limitée par la protection des tiers de bonne foi, érigée en exception à la rétroactivité de la condition (1748).

(1746) Sur cette articulation de la nullité et de la caducité, voy. *infra*, n° 328.

(1747) Voy. *ibid.*

(1748) Voy. Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 64, point 5, A.C., n° 64, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER, *T.R.V.*, 2012, p. 627, note B. BELLEN et R. VLEUGELS, analysé *supra*, n° 201.

I. Cette protection prend tout d'abord la forme du maintien intégral des exigences de la *publicité foncière* (1749). On a pu résumer cette règle en soulignant que, même si la réalisation de la condition reporte dans le passé le transfert de la propriété au créancier conditionnel, celui-ci ne jouit pas dans ce cas de droits plus étendus que si l'obligation avait été pure et simple dès l'origine (1750). Ainsi, le créancier conditionnel ne pourra opposer son droit aux acquéreurs qui ont traité après lui avec le débiteur conditionnel s'il a négligé de faire transcrire avant eux son titre (1751). En d'autres termes, le transfert de propriété rétroagira en cas de réalisation de la condition, mais la date de ce transfert ne pourra remonter avant la date de transcription ou, le cas échéant, d'inscription de l'acte conditionnel.

Cette primauté du régime de la publicité foncière est très intéressante, car elle limite fortement en pratique les risques d'atteinte aux droits des tiers, du moins en matière immobilière.

En effet, le créancier conditionnel a certes le pouvoir de faire transcrire son titre avant la réalisation de la condition à titre de mesure conservatoire (1752), mais il n'y est pas tenu (1753). Dès lors, s'il s'en abstient, il court le risque que le bien soit cédé une seconde fois à un tiers et que celui-ci fasse transcrire son titre en premier lieu, ce qui aboutirait à contrecarrer l'effet rétroactif de la condition.

Si le créancier conditionnel a par contre fait transcrire son titre, rares seront les tiers qui seront prêts à mener leur acquisition à terme – c'est-à-dire à passer l'acte authentique d'achat – sans avoir fait procéder au préalable à une recherche hypothécaire ; or celle-ci, sauf négligence du notaire, aura en principe fait apparaître l'existence d'une

(1749) Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n^{os} 451 et s., pp. 307 et s. ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n^o 256, p. 344 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n^o 80 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n^o 235, p. 153. Voy. dans le même sens, à propos de la confirmation, *supra*, n^o 103, et de la ratification, *supra*, n^o 154. On notera que la question ne se pose pas **en droit allemand** où la cession conditionnelle de la propriété d'un immeuble est interdite (§ 925, alinéa 2, du BGB).

(1750) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n^o 336, p. 401. Ce principe semble avoir été perdu de vue par J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n^o 446, p. 625.

(1751) Art. 1^{er} de la loi hypothécaire. On rappellera à cet égard que, pour pouvoir se prévaloir de la protection de la loi hypothécaire, les tiers acquéreurs doivent avoir eux-mêmes fait transcrire leur titre et être de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir acquis la chose dans l'ignorance des droits concurrents du créancier conditionnel (P.-P. RENSON, o.c., *J.T.*, 2004, p. 833 ; A. VERBEKE et J. BYTTEBIER, o.c., *R.W.*, 1997-1998, n^{os} 102 et s., pp. 1121 et s.).

(1752) Voy. *supra*, n^o 170.

(1753) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n^o 446, p. 625.

cession antérieure du bien affectée d'une condition. S'ils décident, malgré tout, d'acquérir la chose, les tiers le feront donc en connaissance du risque qu'ils courent, de sorte que la menace que la condition fait peser sur leurs droits n'est pas de nature à tromper leurs attentes légitimes (1754).

II. En matière mobilière, la protection des tiers est encore plus grande dans la mesure où l'article 2279 du Code civil immunise entièrement le second acquéreur de bonne foi entré en possession de la chose contre la revendication du créancier conditionnel (1755). En ce cas, celui-ci ne pourra que se retourner contre le débiteur conditionnel pour lui réclamer des dommages-intérêts, mais il n'aura en revanche aucun recours réel contre le second acquéreur (1756). Encore faut-il que la possession de ce dernier soit utile (1757).

Sans doute l'article 2279 ne concernait-il à l'origine que les meubles corporels, en ce compris les titres au porteur (1758). Son régime a toutefois été étendu depuis lors à la plupart des meubles incorporels, puisqu'il s'applique également aux titres entrés dans un régime de fongibilité (1759), aux titres dématérialisés émis par une société anonyme (1760) et aux titres dématérialisés de la dette publique (1761). Nous verrons également que la nouvelle loi sur les sûretés réelles mobilières permet à notre sens de conférer une publicité à la condition suspensive en enregistrant celle-ci dans le registre

(1754) Voy. également *infra*, n° 216.

(1755) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 111 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 336, p. 401 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 166, p. 247 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n° 290, pp. 207 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 286, p. 272 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *o.c.*, n° 1040, p. 350 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1219, p. 1748. **En droit allemand**, le § 161, alinéa 3, du BGB prévoit expressément qu'en cas de réalisation de la condition, les dispositions relatives à l'acquisition d'un bien *a non domino* s'appliquent par analogie. Voy. de même, **en droit néerlandais**, *supra*, n° 176.

(1756) Voy. *supra*, n° 169 ; **en droit allemand**, M. BRINKMANN, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 161, n° 10, p. 216 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 50, n° 56, p. 927.

(1757) Art. 2229 du Code civil ; J. HANSENNE et C. RENARD, « Possession », mis à jour par S. BOUFFLETTE, *Rép. not.*, tome II, L. XII, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 138, pp. 129 et s.

(1758) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *o.c.*, n° 466, p. 315.

(1759) Art. 19 de l'arrêté royal n° 62 coordonné du 10 novembre 1967 relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments.

(1760) Art. 475bis du Code des sociétés.

(1761) Art. 13bis de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire.

des gages (1762). En ce cas, les professionnels seront réputés avoir connaissance de la condition et ne pourront se prévaloir de l'article 2279 du Code civil (1763).

Par ailleurs, s'agissant des simples créances, l'article 1690, alinéas 3 et 4, du Code civil prévoit également une protection du cessionnaire de bonne foi qui a accompli le premier les formalités d'opposabilité de la cession (1764). Ainsi, lorsque la même créance a été cédée deux fois, la première fois sous condition suspensive et la seconde fois à titre pur et simple, le second cessionnaire l'emportera, même en cas de réalisation de la condition, à la condition qu'il ait été le premier à notifier de bonne foi la cession au débiteur cédé (1765).

Enfin, s'agissant des titres nominatifs émis par une société anonyme, l'article 504 du Code des sociétés impose l'inscription dans le registre idoine comme condition d'opposabilité de la cession à la société et aux tiers. À défaut d'une telle inscription, le créancier conditionnel ne pourra donc pas revendiquer son titre entre les mains du second acquéreur ; mais, si le créancier conditionnel a pris la précaution de faire inscrire la cession, il y a fort à parier que la question du conflit avec le second acquéreur ne se posera pas, celui-ci ayant été averti par l'inscription du risque qu'il y a à traiter avec le débiteur conditionnel (1766).

III. De ce qui précède, il résulte que l'inopposabilité des actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel, généralement présentée comme la manifestation la plus frappante de l'effet rétroactif de la condition, s'avère en pratique réduite à la portion congrue.

Elle suppose en effet, le plus souvent, que le tiers acquéreur du bien soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait eu ou ait dû avoir connaissance de la menace planant sur ses droits. Or, dans ce cas, la théorie de la tierce complicité pourrait en principe accorder satisfaction au créancier conditionnel dont les droits ont été

(1762) Voy. *infra*, n^{os} 222 et s.

(1763) Art. 25 des nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(1764) On notera que l'article 1690, alinéa 3, du Code civil rappelle le mécanisme de l'article 1141 du Code civil (P.A. FORIERS, « La cession de créance. Les principes généraux à la lumière de la loi du 6 juillet 1994 », *La cession de créance*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp. 1 et s., n^o 17, p. 17), lequel est généralement analysé comme une application de l'article 2279.

(1765) Comp., sur le régime antérieur, H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n^o 467, pp. 315 et s.

(1766) Comp. dans un sens similaire H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n^{os} 468 et s., pp. 316 et s.

méconnus sans qu'il lui soit nécessaire de se fonder sur l'effet rétroactif de la condition (1767). En effet, à titre de réparation en nature de la faute commise par le second acquéreur tiers complice, le créancier conditionnel pourra considérer la seconde vente comme inopposable – voire même nulle (1768) – et revendiquer dès lors la chose entre les mains du second acquéreur.

203. Suite – Cas particulier du créancier saisissant. Une question intéressante et complexe est celle de savoir si les créanciers du débiteur conditionnel peuvent se prévaloir de la protection de l'article 2279 du Code civil pour échapper aux conséquences du transfert rétroactif de propriété en faveur du créancier conditionnel. La question se pose aussi bien dans l'hypothèse d'une saisie individuelle que collective (1769).

I. Une réponse affirmative se dégage assez nettement à la lecture de l'opinion du ministère public dans les affaires ayant donné lieu aux deux arrêts, déjà évoqués, du 9 février 1933 (1770). On se souvient que, dans ceux-ci, la Cour de cassation avait décidé que la clause de réserve de propriété – qu'elle analyse comme un terme suspensif et non comme une condition –, valable entre les parties contractantes, ne peut néanmoins être opposée aux créanciers de l'acheteur qui entrent en concours avec le vendeur d'effets mobiliers lorsque l'acheteur a été mis en possession de la chose vendue (1771). Or, dans ses conclusions précédant ces deux décisions, M. le procureur général P. Leclercq ajoutait, en termes tout à fait généraux, que « [l]e principe fonda-

(1767) Sur l'application de cette théorie dans l'hypothèse, similaire, de la violation d'un pacte de préférence, voy. J. DEWEZ, « Le régime juridique du pacte de préférence et les sanctions de sa violation », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 429 et s., n^{os} 21 et s., pp. 435 et s.

(1768) En ce sens, Cass., 27 avril 2006, *Pas.*, 2006, n^o 246.

(1769) Sur cette hypothèse, voy. *supra*, n^o 195.

(1770) Voy. *supra*, n^o 163.

(1771) Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 103, spéc. pp. 124 et s., avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ. Cet enseignement a depuis lors été réitéré par Cass., 7 mai 2010, *Pas.*, 2010, n^o 321, avec les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN, *N.J.W.*, 2010, p. 502, note RF (première branche) ; Cass., 22 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n^o 395. – Le législateur a pour sa part consacré l'opposabilité aux tiers de la clause de réserve de propriété à l'article 101, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997, à tout le moins en matière de faillites. Toutefois, les tentatives de la doctrine d'étendre cette solution aux autres procédures de concours (voy. J. BAECK, « Ontbinding en derden: niet storen a.u.b. », *T.P.R.*, 2009, pp. 689 et s., n^o 84, p. 748 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Mechelen, Kluwer, 2010, n^o 648, p. 414 ; M. GRÉGOIRE, « Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 465 et s., n^o 13, pp. 475 et s.) avaient été accueillies avec méfiance par la Cour de cassation (voy., en matière de règlement collectif de dettes, Cass., 7 mai 2010, précité). L'opposabilité généralisée de la clause de réserve de propriété en cas de concours a finalement été consacrée par l'article 69 des nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

mental, et d'ordre public, en matière mobilière est que le possesseur d'un effet mobilier, qu'il faut avoir soin de ne pas confondre avec le simple détenteur [...], est pour les tiers le propriétaire (article 2279) [...] ; de là cette conséquence : en principe, tous les effets mobiliers, en possession de leur débiteur, sont le gage de ses créanciers » (1772).

En s'appuyant sur cet enseignement, on pourrait être tenté d'en déduire qu'en cas de saisie pratiquée entre les mains du débiteur conditionnel, les créanciers saisissants pourraient se fonder sur l'article 2279 du Code civil pour considérer ce débiteur, demeuré en possession de la chose, comme seul propriétaire de celle-ci, même si, par suite de la réalisation ultérieure de la condition, la chose serait normalement censée avoir rétroactivement quitté le patrimoine de ce débiteur. À leur égard, l'effet rétroactif de la condition accomplie demeurerait donc lettre morte.

II. Plusieurs critiques peuvent cependant être adressées à cette conception (1773).

A. Tout d'abord, il est permis de se demander si le débiteur conditionnel entre les mains duquel la chose est demeurée *pendente conditione* peut véritablement être considéré comme possesseur, et s'il ne doit pas plutôt être qualifié de *détenteur* de celle-ci. En effet, étant désormais tenu à un devoir de conservation de la chose en faveur du créancier conditionnel (1774), il ne la tient plus pour lui-même mais pour compte d'autrui, dans l'attente à tout le moins du moment où le sort de la condition sera connu (1775). Or, l'article 2279 ne peut être invoqué en faveur du simple détenteur (1776). On notera cependant que cet argument ne suffit pas pour écarter l'application de cette disposition dans d'autres hypothèses où la chose se trouve véritablement entre les mains d'un possesseur au cours de la période intermédiaire (1777).

(1772) Conclusions précitées, p. 117.

(1773) À l'encontre de l'application de l'article 2279 en faveur de la masse des créanciers, voy. également J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2678, p. 239.

(1774) Voy. *supra*, n° 170.

(1775) Comp., dans le même sens, avec le cas du vendeur dans l'attente de la livraison de la chose (à ce propos, P. LECOQ, *Manuel de droit des biens*, tome 1, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 25, p. 126) et celui de l'acheteur avec réserve de propriété jusqu'au paiement du prix (voy. à ce propos M. GRÉGOIRE, *o.c.*, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, n° 11, p. 473 ; *adde* E. DIRIX, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, pp. 481 et s., n° 6, p. 483).

(1776) Voy. not. P. LECOQ, *Manuel de droit des biens*, tome 1, *o.c.*, n° 44, p. 150.

(1777) Ainsi, par exemple, en cas de conclusion d'une vente atteinte d'une cause de nullité, l'acheteur à qui la chose a été livrée est véritablement possesseur de celle-ci tant que l'annulation du contrat n'a pas été prononcée.

B. On observera ensuite que l'explication avancée par le procureur général n'était nullement nécessaire pour justifier la solution retenue par la Cour. En effet, celle-ci, tant dans ses arrêts de 1933 que dans ses décisions ultérieures, ne fait aucune allusion à l'article 2279 du Code civil (1778), mais fonde plutôt l'inopposabilité de la clause de réserve propriété aux créanciers de l'acheteur sur l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, qui organise selon elle de manière limitative et impérative les droits du vendeur impayé (1779). Cette disposition ne pourra donc être invoquée au cas où l'action en revendication, intentée par le vendeur au préjudice de la masse des créanciers, repose sur un autre motif tel que, par exemple, la nullité du contrat de vente ou la réalisation d'une condition suspensive ou résolutoire étrangère à la solvabilité de l'acheteur (1780).

C. Par ailleurs, en avançant que « le possesseur d'un effet mobilier [...] est pour les tiers le propriétaire », le procureur général P. Leclercq se rattache à un courant doctrinal qui tend à considérer que le consentement n'est apte à opérer le transfert de propriété qu'entre les parties ; vis-à-vis des tiers, la propriété ne pourrait se transférer que par la tradition, solution que l'on rattache aux articles 1141 et 2279 du Code civil (1781). À cet égard, on a fait valoir que le texte de cette dernière disposition paraît bien avoir été directement emprunté par les auteurs du Code civil à Bourjon (1782), et que cet auteur déduisait expressément de l'adage « en fait de meubles, possession vaut titre » le principe selon lequel les créanciers du vendeur pouvaient faire saisir les marchandises déjà vendues à l'acheteur tant qu'elles se trouvaient encore en la possession du vendeur (1783).

(1778) Comme le relève également J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », note sous Cass., 18 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 9 et s., n° 16, p. 21. D'ailleurs, M. le procureur général L. CORNIL semblait considérer qu'à lui seul l'article 2279 aurait été insuffisant pour assurer une protection aux créanciers du débiteur lorsque le vendeur obtient la résolution de la vente (conclusions avant Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, pp. 204 et s., spéc. p. 207 *in fine*).

(1779) Sur cette disposition, voy. *infra*, n° 473.

(1780) Voy. dans le même sens RF, *o.c.*, *N.J.W.*, 2010, n° 2, p. 504.

(1781) Voy. C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VII, 4^e éd., Paris, Warée, 1824, n° 36, pp. 55 et s. ; R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, *De la vente*, tome I^{er}, 5^e éd., Paris, Hingray, 1856, n° 42, p. 51.

(1782) Sur l'origine de l'article 2279, cons. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, 3^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1905, n°s 817 et s., pp. 642 et s. ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, pp. 345 et s. ; W. DROSS, « Prescription acquisitive mobilière », *JurisClasseur Civil Code*, art. 2276 et 2277, Paris, LexisNexis, 2009, n°s 2 et s. ; E. JOBBÉ-DUVAL, *Étude historique de la revendication des meubles en droit français*, Paris, Larose, 1880, spéc. pp. 221 et s.

(1783) Voy. F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, tome II, Paris, Grangé et Cellot, 1770, p. 692.

On ne perdra pas de vue, cependant, que Bourjon écrivait à une époque où la propriété ne pouvait se transmettre que par la tradition, alors qu'il est constant qu'à tout le moins entre parties, l'article 1138 admet désormais le transfert *solo consensu* (1784). Dans la pensée de cet auteur, il semble par ailleurs que la possession suffisait en tant que telle à fonder le droit de propriété, indépendamment de toute condition de bonne foi requise aujourd'hui par les articles 1141 et 2279. Enfin, la solution semblait dictée par la crainte que, sans celle-ci, « les débiteurs mal intentionnés seroient maître de mettre leurs meubles à couvert de la poursuite de leurs créanciers » en vendant fictivement ceux-ci tout en restant en leur possession (1785), fraude qui pourrait aujourd'hui être déjouée par un appel à la théorie de la simulation ou à l'action paulienne (1786). Le recours à la tradition fondée sur les écrits de Bourjon ne peut dès lors être manié qu'avec prudence (1787).

Quant à l'idée que, même sous l'empire du Code civil, la propriété mobilière ne se transmettrait *solo consensu* qu'entre parties, mais non à l'égard des tiers, elle correspond sans doute au *quod plerumque fit*, mais elle nous paraît loin d'être exacte en toutes circonstances. En effet, la situation que l'on a généralement à l'esprit en invoquant ce principe est l'hypothèse où un meuble est vendu successivement à deux acheteurs différents. En ce cas, il est exact que, conformément à l'article 1141 du Code civil, c'est l'acheteur entré le premier en possession de la chose qui l'emportera, même s'il est second en titre, ce qui peut donner l'illusion que la propriété ne se serait transmise à l'égard des tiers que par la tradition. On ne perdra pas de vue, cependant, que dès que l'on sort de l'hypothèse envisagée par l'article 1141 – lorsque, par exemple, la chose n'a encore été livrée à aucun des deux acheteurs, ou qu'elle n'a été livrée à l'un que par une tradition feinte (1788), ou encore que celui entré en possession réelle est de mauvaise foi –,

(1784) Ou, pour être tout à fait exact, par le biais d'une tradition fictive sous-entendue dans la convention : voy. à ce propos *infra*, n° 265. On rappellera par ailleurs que les parties ou les usages peuvent déroger à ce principe (voy. ainsi, à propos des ventes commerciales, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 23, p. 48).

(1785) F. BOURJON, *ibid.*

(1786) Voy. R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, o.c., n° 193, p. 172.

(1787) Comp. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 414, p. 454 ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, o.c., p. 364 ; de manière générale, quant aux dangers de l'argument fondé sur la tradition, voy. P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986, pp. 47 et s., n^{os} 5 et s., pp. 49 et s., ainsi que *supra*, n° 25.

(1788) On considère en effet que la « mise en possession réelle » requise par l'article 1141 exclut la tradition symbolique : voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 891, p. 1872. La question de savoir si une possession réelle est également requise par l'article 2279 dans les cas non visés par l'article 1141 est controversée : voy. à ce propos J. HANSENNE, C. RENARD et S. BOUFFLETTE, o.c., *Rép. not.*, tome II, L. XII, n° 136-1, pp. 126 et s. ; P. LECOQ,

alors la priorité sera donnée à l'acheteur dont le titre est antérieur, ce qui confirme que, même vis-à-vis des tiers, la propriété se transmet *en principe* dès la conclusion du contrat de vente (1789).

D. En réalité, la thèse permettant aux créanciers de se prévaloir de l'article 2279 du Code civil pour faire porter leur saisie sur les biens en possession de leur débiteur dont il ne serait pas – ou rétroactivement plus – propriétaire se heurte, à notre sens, au principe fondamental selon lequel les créanciers doivent suivre la foi de leur débiteur et ne peuvent dès lors, en règle, exercer leur droit de gage général que sur les biens composant actuellement son patrimoine (article 7 de la loi hypothécaire). Or, il est constant que, dans les rapports entre le possesseur actuel et le possesseur antérieur, la règle de fond (1790) de l'article 2279 ne trouve pas à s'appliquer. Ainsi, le débiteur de la chose ne peut opposer sa possession au créancier pour écarter la revendication de ce dernier. Il ne pourrait en aller autrement des créanciers du débiteur, tenus de suivre la foi de ce dernier (1791).

La loi confirme expressément cette solution, puisqu'elle prévoit qu'en cas de saisie mobilière, « [c]elui qui se prétend propriétaire de tout ou partie des objets saisis peut s'opposer à la vente par exploit signifié au saisissant, au débiteur saisi et à l'huissier de justice et contenant citation du saisissant et du débiteur saisi, avec énonciation dans l'exploit des preuves de propriété, à peine de nullité » (article 1514 du Code judiciaire). Or, si vraiment, le possesseur d'une chose pouvait être tenu pour propriétaire de celle-ci par les tiers, il ne devrait exister aucune action en distraction au profit du véritable propriétaire (1792). De la même manière, les articles 101 et suivant de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui ouvrent au *verus dominus* une action en revendication contre le failli, seraient dépourvus de sens (1793).

Manuel de droit des biens, tome 1, o.c., n° 45, pp. 153 et s. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, o.c., n° 434, p. 345.

(1789) Voy. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n° 125, pp. 181 et s. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010, n° 409, p. 326. Du reste, cette solution peut également être envisagée comme le produit du principe de l'opposabilité des effets externes des conventions (en ce compris l'effet de l'obligation de *dare*) et du caractère absolu des droits réels.

(1790) Sur la différence entre les deux règles contenues à l'article 2279, voy. *infra*, au texte.

(1791) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 413, pp. 451 et s. ; J. HEENEN, o.c., *R.C.J.B.*, 1973, n° 16, p. 22.

(1792) Voy. dans le même sens, à propos de l'article 608 du Code de procédure civile dont l'article 1514 du Code judiciaire est issu, C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, o.c., p. 364.

(1793) Voy. désormais les articles 69 et s. des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

En fait, l'interprétation maximaliste de l'article 2279 que nous critiquons semble s'être développée à une époque où la distinction entre les deux principes contenus dans cette disposition n'était pas encore suffisamment reconnue (1794). On sait que le premier de ces principes, dit *règle de fond*, fournit un titre de propriété à celui qui acquiert de bonne foi la possession d'un meuble *a non domino*. Le second, dit *règle de preuve*, ne confère au possesseur de la chose qu'une présomption réfragable de titre de propriété. Or, on considère aujourd'hui que les créanciers saisissants ne peuvent se prévaloir que de la règle de preuve (1795) : ils pourront donc présumer que les biens en la possession de leur débiteur sont la propriété de celui-ci et peuvent être saisis, mais le véritable propriétaire – tel que le créancier conditionnel devenu rétroactivement propriétaire de la chose – pourra toujours agir en distraction des biens saisis.

La Cour de cassation a confirmé cette solution dans un arrêt du 31 mai 1956. Dans cette affaire, une société avait vendu un camion sous réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix et moyennant une clause résolutoire expresse en cas de non-paiement des échéances prévues. À la suite d'un défaut de paiement de l'acheteur, le vendeur lui avait notifié la résolution du contrat le 12 octobre 1953. Un autre créancier de l'acheteur avait cependant saisi le même camion le 1^{er} décembre 1953 avant qu'il ait pu être restitué au vendeur. Dans ce conflit entre le vendeur et un créancier de l'acheteur, saisie d'un moyen pris notamment de la violation de l'article 2279, la Cour décida « [q]ue, du fait de la résolution acquise avant la saisie opérée par le premier défendeur, le camion vendu est redevenu, *même à l'égard des tiers*, la propriété du vendeur, tandis que la seconde défenderesse le détenait désormais sans titre ni droit ; [q]ue la chose, *ne faisant plus partie du gage commun des créanciers de la seconde défenderesse*, pouvait être revendiquée par la demanderesse, sans que la saisie ultérieure du tiers mît obstacle à cette revendication » (1796).

Par conséquent, la thèse qui consiste à soutenir que, vis-à-vis des tiers, la propriété mobilière s'induit entièrement et exclusivement de la possession ne nous paraît pas pouvoir être suivie.

(1794) Sur cette distinction, voy. not. S. BOUFFLETTE, « La possession en matière mobilière et l'article 2279 du Code civil », *R.G.D.C.*, 2007, pp. 75 et s., n^{os} 10 et s., pp. 79 et s. ; J.-F. ROMAIN, « De la possession », *J.T.*, 2004, pp. 340 et s., n^o 6.

(1795) Voy. J. HANSENNE, C. RENARD S. BOUFFLETTE, *o.c.*, *Rép. not.*, tome II, L. XII, n^o 172, pp. 155 et s. ; S. BOUFFLETTE, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2007, n^o 24, pp. 86 et s. ; J. HEENEN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1973, n^o 16, p. 22 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 59 et s., n^o 54, pp. 134 et s. ; en cas de faillite : A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, n^o 1641, p. 487.

(1796) Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1051 (nous soulignons).

III. Il existe, enfin, un autre courant doctrinal qui aboutit à un résultat analogue à celui que nous contestons par un cheminement plus subtil. Celui-ci part du constat que la saisie provoque une emprise sur les biens saisis similaire aux effets d'un droit réels. Il en déduit que le créancier saisissant devrait être assimilé à un acquéreur à titre particulier et jouir, par conséquent, de la règle de fond de l'article 2279 lorsque les biens saisis ne sont pas la propriété du débiteur saisi (1797).

À première vue séduisante, cette thèse nous paraît à la réflexion procéder d'une confusion dans les conditions d'application de la disposition en cause. En effet, de deux choses l'une. Soit le créancier saisissant se prévaut, en quelque sorte de manière oblique, de la possession de son débiteur ; mais, en ce cas, le conflit se situe entre le possesseur actuel et le possesseur immédiatement antérieur – à savoir le créancier de la restitution –, et la règle de fond de l'article 2279 ne peut trouver à s'appliquer (1798). Soit, pour éviter cet écueil, le créancier saisissant décide de se présenter comme un ayant cause à titre particulier du débiteur ; on ne peut alors que constater que la saisie pratiquée sur la chose ne lui permet pas, en soi, de devenir possesseur au sens de l'article 2279. Cette disposition doit en effet être lue conjointement avec l'article 1141, lequel exige une « possession réelle », c'est-à-dire une véritable mainmise matérielle sur la chose (1799). Or, les objets saisis demeurent en règle entre les mains du saisi qui peut continuer à en user (1800). Sous cet angle non plus, le saisissant ne réunit pas les conditions nécessaires pour se prévaloir de la règle de fond de l'article 2279 (1801). Pour le reste, l'application

(1797) Voy. R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid, o.c.*, n° 193, pp. 172 et s. ; comp. E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, n° 650, p. 414, qui considèrent que le créancier saisissant en concours avec l'acheteur devrait pouvoir se prévaloir de l'article 2279, mais estiment au contraire, n° 648, pp. 613 et s., que la saisie ne fait pas obstacle à la revendication du bailleur, du déposant, du donneur de *leasing* ou du consignateur, sans exposer pour quels motifs ceux-ci devraient être traités différemment de l'acheteur.

(1798) Voy. Cass., 24 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 427 ; *adde* les références citées *supra*, II, D.

(1799) Cette exigence, qui ressort expressément du texte légal, est certaine dans l'hypothèse visée à l'article 1141 du Code civil, à savoir le conflit entre deux acquéreurs ou, plus largement, entre deux personnes prétendant avoir acquis sur la chose un droit de nature réelle (en l'occurrence, entre le créancier saisissant et le créancier de la chose par l'effet de la rétroactivité). Elle est en revanche plus discutée lorsque l'article 2279 est invoqué dans les rapports entre le *verus dominus* et l'acquéreur *a non domino*. Cons. à ce propos les références citées *supra* à la note n° 1788.

(1800) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, n° 630, p. 401.

(1801) De manière similaire, on a mis en doute que le créancier procédant à une saisie-arrêt puisse se prévaloir de la règle de conflit figurant à l'article 1690, alinéa 3, du Code civil (voy. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La cession de créance*, n° 19, pp. 18 et s.). Sur le rapprochement entre cette disposition et l'article 1141, voy. *supra*, note n° 1764.

au saisissant de cette disposition est également contredite par l'instauration par l'article 1514 du Code judiciaire de l'action en distraction, comme exposé ci-avant.

IV. En conclusion, et encore que la question soit délicate, il semble qu'à la différence du véritable sous-acquéreur, les créanciers du débiteur conditionnel ne peuvent invoquer l'article 2279 du Code civil pour prétendre échapper à l'effet rétroactif de la condition suspensive ou, de manière plus générale, à un quelconque transfert de propriété produisant ses effets *ex tunc*.

204. Extension – Validation des actes accomplis par le créancier conditionnel. Bien que le but avoué de la rétroactivité de la condition soit uniquement de protéger le créancier conditionnel contre les actes accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel, on constate, tant en doctrine qu'en jurisprudence, une tendance – pour ne pas dire une tentation – à donner une portée extensive à l'effet rétroactif de la condition (1802).

Ainsi, on a déjà relevé que le créancier conditionnel pouvait s'opposer non seulement aux actes de disposition volontaires de son débiteur, mais également aux transferts de propriété survenus *pendente condicione* par l'effet d'une saisie ou de toute forme de concours. La pratique n'a pas hésité à utiliser cet effet rétroactif de la condition pour concevoir de nouveaux mécanismes de garantie qui mettent le créancier conditionnel à l'abri, non véritablement d'un acte du débiteur, mais plutôt de son insolvabilité (1803).

Par ailleurs, on enseigne généralement que la réalisation de la condition suspensive a pour effet de valider rétroactivement les actes accomplis *pendente condicione* par le créancier conditionnel (1804), alors que cette validation ne tend pas, à proprement

(1802) Voy. *supra*, n° 181.

(1803) Voy. *supra*, n°s 195 et s. (notamment à propos du cantonnement amiable).

(1804) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 322, p. 253 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 658, p. 448 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 426, p. 496 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 166, p. 247 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 91, p. 99 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n° 267, p. 193 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 285, p. 271 ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n° 204, p. 189 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 758, p. 767 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *o.c.*, n° 1040, p. 349 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 410, p. 430 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1231, p. 1172 ; P. VAN

parler, à protéger celui-ci contre les actes du débiteur conditionnel. On admet ainsi que les actes de disposition accomplis par le créancier conditionnel pendant cette période ne peuvent plus être remis en cause sous prétexte qu'il n'aurait pas disposé de la propriété de la chose à ce moment-là. Outre les actes de constitution et de transfert de droits réels, l'effet rétroactif de la condition aurait ainsi pour effet de valider le congé donné anticipativement par le créancier conditionnel au preneur des lieux cédés sous condition (1805).

Pour le surplus, les auteurs s'étendent généralement assez peu sur les conséquences de cette validation. Dans sa récente thèse consacrée à l'étude de la condition, Julie De Coninck avance l'idée qu'elle aurait pour importante conséquence de protéger le sous-acquéreur contre l'insolvabilité du créancier conditionnel (1806). En effet, lorsque naît dans le patrimoine de ce dernier une situation de concours après la revente de la chose au sous-acquéreur, mais avant la réalisation de la condition, l'effet rétroactif reconnu à celle-ci aurait pour effet de soustraire la chose à la mainmise des créanciers du créancier conditionnel et de conférer ainsi une cause de préférence au sous-acquéreur (1807).

205. But limité de la rétroactivité – Jurisprudence de la Cour de cassation. La validation des actes du créancier conditionnel ne constitue pas la seule hypothèse dans laquelle les plaideurs ont tenté de donner une portée extensive à la rétroactivité de la condition. Comme on l'a dit, si le transfert de propriété effectué en vertu d'un contrat conditionnel se produit rétroactivement à la date de la conclusion du contrat, c'est uniquement en vue d'assurer la protection du créancier conditionnel contre les manoeuvres de son débiteur. Dès lors, en dehors de cette hypothèse, il ne se justifie en principe pas, conformément à l'approche fonctionnelle que nous défendons (1808), de reporter rétroactivement dans le temps la date du transfert de la

OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1219, p. 1748 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 183, p. 122.

(1805) Voy. Cass. fr., 3 février 1982, *Bull. civ.*, 1982, III, n° 35 ; Cass. fr., 3 novembre 1981, *Bull. civ.*, 1981, III, n° 171 ; J.P. Sint-Truiden, 28 septembre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 718.

(1806) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 455, pp. 532 et s.

(1807) On atteindrait ainsi un résultat équivalant à celui procuré par la *Direkterwerb* existant en droit allemand, sous réserve, le cas échéant, de l'application des règles relatives à la période suspecte et à la fraude paulienne. Sur la compatibilité de cette solution avec le principe d'égalité, voy. *infra*, n° 217 et s.

(1808) Voy. *supra*, n° 181.

propriété de la chose cédée sous condition. La jurisprudence de la Cour de cassation offre à cet égard plusieurs illustrations de cas où la rétroactivité de la condition a été invoquée pour des motifs étrangers à ceux pour lesquels elle a été instituée. Si elle est alors dans la plupart des cas écartée, il n'en va cependant pas toujours ainsi.

I. Ainsi, on peut voir une illustration de l'interprétation extensive de la rétroactivité de la condition dans les rapports avec les tiers dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1992, qui confère à la réalisation de la condition suspensive un effet rétroactif sans le nommer expressément (1809). Dans cette affaire, un locataire avait cédé son droit au bail le 20 novembre 1987 et avait signifié le projet de cession au bailleur conformément à l'article 10 de la loi sur les baux commerciaux. Le 17 février 1989, le juge de paix avait déclaré l'opposition à la cession formée par le bailleur non fondée. Dans l'intervalle, les 18 et 20 janvier 1989, le bailleur avait conclu un accord avec le cessionnaire du bail exonérant ce dernier de toute responsabilité. Après le jugement du juge de paix, le bailleur se retourna contre le locataire cédant et tenta d'engager sa responsabilité locative. Le cédant se défendit en faisant valoir qu'il était solidairement tenu avec le cessionnaire conformément à l'article 11, III, de la loi sur les baux commerciaux et que la remise de dette consentie au cessionnaire devait, dès lors, lui bénéficier (article 1285 du Code civil). Ce raisonnement emporta la conviction des juges du fond.

La bailleur se pourvut en cassation en faisant valoir que la cession de bail n'avait pu sortir ses effets avant le jugement déclarant son opposition non fondée, qu'avant ce jugement, il n'y avait donc pas de solidarité entre cédant et cessionnaire, et que la remise de dette consentie à cette époque au cessionnaire ne pouvait, dès lors, bénéficier au cédant. La Cour de cassation rejeta toutefois le pourvoi en décidant que la cession de bail prévue à l'article 10 de la loi sur les baux commerciaux « constitue à l'égard du bailleur une cession sous la condition suspensive que le bailleur n'ait pas, dans les trente jours de la signification, fait opposition à la cession ou que cette opposition ait été rejetée par le juge » (1810) et que « lorsque cette condition se réalise, la cession sort son plein effet dès la date de la notification de la cession ». Compte tenu de cet effet rétroactif – dont la Cour fait application sans le nommer –, cédant et cessionnaire étaient donc

(1809) Cass., 6 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 603.

(1810) *Comp. supra*, n° 184, sur le procédé consistant à appliquer aux conditions d'efficacité d'origine légale le régime de la condition suspensive.

bien solidairement tenus vis-à-vis du bailleur avant que ce dernier ne consente une remise de dette au second (1811).

Nul n'est besoin d'insister sur le fait que cet effet rétroactif attribué à la condition ne présente plus aucun rapport avec le souci de protection des droits du créancier conditionnel contre les actes du débiteur conditionnel. Il nous paraît dès lors excéder l'objectif de l'article 1179 du Code civil.

II. À l'inverse, bien que la question de la rétroactivité n'y soit pas expressément abordée, un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 nous paraît adopter à cet égard une approche mieux fondée. Amené à se prononcer, dans le cas d'une vente conditionnelle (1812), sur le point de départ du délai de trois mois dans lequel l'acquéreur d'un bien peut, en vertu de l'article 12 de la loi sur les baux commerciaux, donner congé au preneur, il décide :

« Que, bien qu'elle n'affecte pas l'existence de la convention, la condition a pour effet de suspendre l'exécution de l'obligation qui en est assortie ;

Que, dès lors, le créancier de l'obligation conditionnelle ne peut, aussi longtemps que la condition est pendante, exercer le droit qui en dépend ;

Attendu qu'en considérant que le délai prescrit à l'article 12 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux n'a pris cours qu'à la passation de l'acte authentique, soit le 16 décembre 1991, au motif que *le transfert de propriété a été différé jusqu'à cette date par l'effet d'une condition suspensive*, le jugement attaqué justifie légalement sa décision que le congé donné par lettre recommandée à la poste du 17 janvier 1992 a été notifié aux demandeurs dans ce délai » (1813).

Cette solution doit être approuvée dès lors que conférer un effet rétroactif au transfert de propriété n'aurait pas, dans ce cas, apporté une plus grande protection au créancier conditionnel contre les actes

(1811) Voy. dans le même sens Cass., 29 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 224, qui confirme que la cession de bail « ne peut rétroagir qu'à partir de la signification de la cession au bailleur ». L'effet rétroactif ainsi attribué à la « condition suspensive » d'origine légale était cependant sans incidence en l'espèce sur la solution du litige, puisque la Cour considère que le manquement commis antérieurement à cette date par le preneur – à savoir le fait de mettre le bailleur devant le fait accompli en installant le cessionnaire dans les lieux loués avant même d'informer le bailleur de la cession – suffit à justifier la résolution du bail aux torts du preneur.

(1812) Selon le juge du fond, la condition consistait dans la passation de l'acte authentique. S'agissant d'une obligation légale et non d'une circonstance adventive, il est permis de douter qu'il s'agissait là d'une véritable condition suspensive (voy. *supra*, n° 163). La Cour n'était cependant pas saisie de cette question par le pourvoi.

(1813) Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 55 (nous soulignons).

de son débiteur. La rétroactivité aurait, dès lors, été dépourvue de justification.

On rapprochera cet arrêt du constat que nous avons fait qu'entre parties, la réalisation de la condition n'a pas pour effet de rendre l'obligation conditionnelle – en l'occurrence, l'obligation de transfert de la propriété – rétroactivement exigible, de sorte que les délais qui dépendent de l'exigibilité de cette obligation ne peuvent commencer à courir qu'à dater de la réalisation de la condition (1814).

III. On peut, dans le même sens, citer un arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 2010 (1815). Dans cette affaire se posait la question de la date d'un transfert d'entreprise convenu avant la faillite du cédant, mais sous la condition suspensive du prononcé de cette faillite. Un travailleur licencié par le cessionnaire soutenait que le transfert d'entreprise devait, compte tenu de l'effet rétroactif de la condition suspensive réalisée, être considéré comme s'étant produit dès avant la faillite, ce qui lui accordait des droits plus étendus en vertu de la convention collective du travail n° 32*bis*. En se fondant sur une interprétation autonome de celle-ci, qui constitue la transposition d'une directive européenne, la Cour de cassation a cependant considéré qu'il ne fallait pas nécessairement avoir égard à la date « à laquelle la vente des actifs du cédant au cessionnaire est parfaite entre les parties conformément à l'article 1583 du Code civil, la vente fût-elle affectée d'une condition ou d'un terme suspensif ». La solution nous paraît pouvoir se justifier même en l'absence d'une référence au droit communautaire. En effet, dès lors qu'elle a pour seul but de protéger le créancier conditionnel contre les actes accomplis par le débiteur *pendente condicione*, la rétroactivité était sans titre à s'appliquer pour déterminer la date du transfert d'entreprise à l'égard des travailleurs.

IV. Enfin, l'effet rétroactif de la condition est sans incidence sur les qualifications du *droit pénal*. Ainsi, le créancier conditionnel ne pourrait échapper aux poursuites du chef de vol en alléguant que, du fait de la réalisation ultérieure de la condition, il devrait être réputé rétroactivement propriétaire de la chose frauduleusement soustraite (1816). Cette solution se justifie par le caractère autonome du droit pénal (1817).

(1814) Voy. *supra*, n°s 184 et 186.

(1815) Cass., 11 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 586.

(1816) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 167, p. 251 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 317, p. 223.

(1817) Cons. à ce propos F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. 1. La loi pénale*, Bruxelles, Larcier, 2007, n°s 171 et s.

§ 4. – *Comparaison avec la défaillance de la condition résolutoire*

206. Similitude avec la réalisation de la condition suspensive. La défaillance de la condition résolutoire a ceci de commun avec la réalisation de la condition suspensive qu'elles tendent toutes deux à la perfection des droits sous condition. Tant que la condition résolutoire était pendante, ces droits risquaient à tout moment d'être anéantis ; avec la défaillance de cette condition, les droits sont définitivement consolidés, tout comme par la réalisation de la condition suspensive.

Cette similitude de fonction explique que certains auteurs aient voulu pousser le parallélisme plus loin, ce qui les a entraînés sur le terrain de la rétroactivité. Reprenant tout d'abord le vocabulaire utilisé pour décrire les effets de la réalisation de la condition suspensive, ils soulignent que, du fait de la défaillance de la condition résolutoire, les actes de disposition posés *pendente condicione* par le débiteur conditionnel « tombent » et que, réciproquement, ceux accomplis par le créancier conditionnel sont validés (1818). La défaillance de la condition résolutoire ne se bornerait pas à consolider les droits des parties pour l'avenir ; tout se passerait comme si, dès le départ, ceux-ci n'avaient été soumis à aucune condition (1819). On sent nettement poindre, derrière ces termes évocateurs d'une fiction, l'idée de la rétroactivité. D'autres auteurs sont plus explicites encore et n'hésitent pas à écrire que la défaillance de la condition résolutoire fait disparaître rétroactivement le droit de celui qui a aliéné la chose sous cette condition (1820).

207. Critique – Absence d'effet rétroactif. Ce parallélisme avec la condition suspensive doit à notre sens être manié avec précaution. Il existe en effet une différence fondamentale entre l'obligation modalisée par une condition suspensive et celle soumise à une condition résolutoire : si elles existent toutes deux dès

(1818) Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 112.

(1819) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 121 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, o.c., n° 25, p. 31 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, o.c., n° 264, p. 353 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 377, p. 401.

(1820) F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1235, p. 1175.

la conclusion du contrat, seule la seconde est en effet exigible dès cet instant et produit, dès l'origine, tous ses effets (1821).

L'obligation sous condition résolutoire se rapproche, à cet égard, de l'obligation nulle. Tout comme la confirmation de celle-ci, la défaillance de la condition résolutoire ne confère aucun effet supplémentaire à l'obligation ; elle se borne à consolider ses effets existants qui échappent, pour l'avenir, à un risque d'anéantissement rétroactif. Attribuer à cette défaillance elle-même un effet rétroactif n'ajoute dès lors rien ; il s'agit, tout au plus, d'une image didactique (1822). Comme l'expose De Page sans éprouver le besoin de faire allusion à la rétroactivité :

« L'obligation, qui était pure et simple, mais soumise à une résolution éventuelle (*obligation pura, sed sub conditione resolvitur*), le devient à titre définitif, et l'exercice du droit qui, par suite de la menace de la condition résolutoire, était amoindri en une certaine mesure dans le chef de l'acquéreur-débiteur conditionnel, ne subit plus aucune restriction. Il est complet, et à titre définitif » (1823).

On remarquera du reste que, depuis son arrêt de principe du 5 juin 1981, la Cour de cassation considère parallèlement que la défaillance de la condition suspensive est dépourvue d'effet rétroactif (1824).

208. Régime. Lorsque le vendeur d'un bien sous condition résolutoire revend une seconde fois ce bien *pendente condicione*, et que la condition vient ensuite à défaillir, ce n'est qu'au prix d'une approximation que l'on peut dire que la seconde vente « tombe » du fait de cette défaillance. En réalité, cette seconde vente était déjà dépourvue de tout effet réel *pendente condicione*, le vendeur n'ayant pu, en vertu de la règle *nemo plus juris*, transmettre la

(1821) Voy. *supra*, n^{os} 169 et 172.

(1822) Voy., *mutatis mutandis, supra*, n^o 97.

(1823) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n^o 169, p. 253. Voy. également A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n^o 654, p. 447 (qui attribuent en revanche un effet rétroactif à la défaillance de la condition suspensive) ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n^o 762, p. 770 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 419, p. 439, pour qui « rien n'est véritablement changé dans les faits si ce n'est que la situation des parties est désormais confortée pour l'avenir. [...] La rétroactivité observée ici est assez descriptive » (curieusement, ce même auteur n'adopte pas le même raisonnement vis-à-vis de la confirmation : comp. n^o 53, p. 70) ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n^o 1222, p. 1754 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n^o 215, p. 141.

(1824) Voy. *infra*, n^o 527.

propriété d'une chose dont il s'était déjà dépouillé. La défaillance de la condition ne fait que conforter cette situation, sans pour autant ôter à la convention des effets dont elle était déjà dépourvue.

En revanche, sur le plan personnel, le vendeur reste tenu vis-à-vis du second acquéreur, à moins que celui-ci n'ait été au courant de la première vente et que la seconde doive, dès lors, s'interpréter comme ayant été passée sous la condition suspensive implicite de la réalisation de la condition résolutoire affectant la première.

Quant aux actes posés par l'acquéreur sous condition résolutoire, ils n'ont nul besoin d'être « validés » par la défaillance de la condition : sortissant leurs pleins et entiers effets dès l'origine, ils sont simplement mis à l'abri, pour l'avenir, d'une éventuelle résolution.



CHAPITRE IV

ANALYSE CRITIQUE DES DROITS INACHEVÉS

209. Plan. Arrivé au terme de ce tour d'horizon de la rétroactivité des « droits inachevés », il est temps de vérifier les deux propositions que nous avons formulées à titre d'hypothèse de travail à l'orée de cette étude (1825), à savoir que l'idée que la rétroactivité constitue dans la théorie générale du contrat une notion fonctionnelle dont la portée concrète dépend à chaque fois du contexte et du but dans lesquels elle est utilisée (§ 1), mais que, néanmoins, la diversité des régimes qui en résulte peut être atténuée par un recours au principe constitutionnel d'égalité (§ 2).

§ 1. – *Caractère fonctionnel de la rétroactivité*

210. Typologie des droits inachevés. Notre analyse des droits inachevés nous aura conforté dans l'idée qu'il n'existe pas, en droit belge des contrats, de régime unique de l'effet rétroactif, mais qu'au contraire celui-ci varie à chaque fois en fonction des caractéristiques et des objectifs de l'institution examinée.

À cet égard, on rapproche classiquement le régime de la confirmation et celui de la ratification, peut-être en raison de l'imprécision terminologique de l'article 1338 du Code civil. C'est ainsi que l'on justifie généralement que la ratification ne porte pas atteinte aux droits acquis des tiers, bien que cette restriction ne figure pas à l'article 1998 du Code civil (1826). Par ailleurs, on fait souvent le lien entre la réalisation de la condition suspensive et la défaillance de la condition résolutoire en avançant que toutes deux auraient

(1825) Voy. *supra*, n° 6.

(1826) Voy. *supra*, n° 155.



pour conséquence que la condition serait réputée n'avoir jamais existé (1827).

En réalité, si un regroupement doit être opéré, il doit plutôt s'effectuer à notre sens de la manière suivante.

D'une part, la confirmation et la défaillance de la condition résolutoire ont ceci de commun qu'elles sont selon nous dénuées d'un véritable effet rétroactif. Cette conclusion tient, comme nous l'avons vu, aux effets de l'obligation pendant la période intermédiaire, dont l'importance dans l'analyse de la rétroactivité a déjà été soulignée (1828). En effet, tant l'obligation nulle que l'obligation affectée d'une condition résolutoire sortissent, dès leur conclusion, des effets pratiquement identiques à ceux d'une obligation pure et simple (1829). Lors de la confirmation ou de la défaillance de la condition résolutoire, l'obligation est consolidée, en ce sens qu'elle échappe désormais au risque de dissolution *ex tunc* auquel elle était soumise ; mais, puisque ce risque ne s'est pas réalisé, il serait superflu de prétendre qu'il serait en outre censé n'avoir jamais existé. Il suffit en effet de constater la perfection de l'obligation pour l'avenir, la rétroactivité de cet événement ne constituant qu'une image didactique, certes à même de faire mieux saisir l'objectif du mécanisme, mais qui, juridiquement, n'ajoute rien, et risque au contraire d'en fausser l'analyse (1830).

D'autre part, et à l'inverse, tant la ratification que la réalisation de la condition suspensive sont dotées d'un véritable effet rétroactif. Celui-ci trouve à chaque fois son fondement dans les caractéristiques propres de l'institution (1831). Aussi l'effet rétroactif de ces deux institutions a-t-il une portée fondamentalement différente. Ainsi, par la ratification, le représenté donne rétroactivement effet à l'acte accompli en son nom sans pouvoir. Cette rétroactivité est

(1827) Voy. *supra*, n° 206. Pour rappel, les effets de la réalisation de la condition résolutoire et ceux de la défaillance de la condition suspensive seront traités dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux « droits effacés ».

(1828) Voy. *supra*, n° 60.

(1829) Voy. *supra*, n°s 89 et 172. Tout au plus l'obligation sous condition résolutoire produit-elle certains effets secondaires destinés à protéger le débiteur qui s'expliquent par le fait qu'à la différence de la nullité, l'avènement de la condition, quoique incertain au moment de la conclusion du contrat, n'en constitue pas moins une possibilité prise en compte par les parties (voy. *supra*, n° 167).

(1830) Voy. *supra*, n°s 95 et 207.

(1831) Voy. *supra*, n°s 147 et 181.

opposable au représenté (1832), au représentant (1833), au tiers qui a traité volontairement avec celui-ci (1834), et même aux autres tiers, à la condition cependant, s'agissant de ces derniers, de ne pas porter atteinte à leurs droits acquis (1835). En revanche, l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive est très limité entre parties, voire pratiquement inexistant (1836) ; c'est au contraire dans les rapports avec les tiers qu'il déploie toutes ses conséquences, au point de pouvoir porter atteinte à leurs droits acquis (1837), sous réserve cependant d'une certaine protection des tiers de bonne foi (1838).

Il se confirme ainsi non seulement que la rétroactivité des droits inachevés n'a rien de monolithique, mais également que cet effet rétroactif est taillé sur mesure pour correspondre aux caractéristiques et aux objectifs propres à chacune des institutions examinées. La rétroactivité mérite donc bien sa qualification de notion fonctionnelle, à savoir une notion susceptible des utilisations les plus variées qui viennent en modeler la portée, par opposition à une notion conceptuelle dont la signification serait donnée *a priori* (1839).

§ 2. – *Rapprochement des régimes par le principe d'égalité (1840)*

I. – Généralités

211. Objet de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits acquis des tiers. Le second volet de notre recherche vise à démontrer que le principe constitutionnel d'égalité constitue un instrument opérationnel pour effectuer, *de lege lata*, un

(1832) Voy. *supra*, n° 145.

(1833) Voy. *supra*, n° 150.

(1834) Voy. *supra*, n° 151.

(1835) Voy. *supra*, n° 153.

(1836) Si l'on tient compte de ses effets sur l'exigibilité de l'obligation (voy. *supra*, n° 184), sur les délais impératifs (n° 186), sur les fruits (n° 187) et sur la perte de la chose (n°s 188 et s.).

(1837) Voy. *supra*, n° 193.

(1838) Voy. *supra*, n° 202.

(1839) Voy. *supra*, n°s 5 et s.

(1840) Je remercie le professeur E. Van den Haute pour ses enrichissantes réflexions sur cette question, tout en assumant bien entendu seul la responsabilité des propos tenus.

rapprochement entre les différentes manifestations de la rétroactivité.

À cet égard, il ne pourrait être question de comparer, terme à terme, l'ensemble des effets de la consolidation des droits inachevés (1841). Pareille démarche se révélerait en effet non seulement fastidieuse, mais aussi peu instructive, dès lors que, compte tenu de la division des droits inachevés que nous avons proposée (1842), cet examen aboutirait la plupart du temps à la conclusion que les situations en cause ne sont pas suffisamment comparables pour être jaugées à l'aune du principe constitutionnel d'égalité. Il en va d'autant plus ainsi lorsqu'une différence de régime de deux institutions se justifie dans son principe : la comparaison trait pour trait des deux systèmes peut légitimement faire apparaître des différences de traitement, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, pour autant que chaque règle demeure conforme à la logique du système auquel elle appartient (1843).

Ainsi, pour prendre un exemple parmi d'autres, nous n'apercevons pas l'intérêt de comparer le sort des fruits en cas de confirmation d'une obligation nulle et de réalisation d'une condition suspensive. Dans le premier cas, le créancier de la chose pourra réclamer les fruits même pour la période antérieure à la confirmation du contrat, tandis que dans le second, c'est le débiteur qui pourra conserver les fruits antérieurs à la réalisation de la condition. Les deux situations ne sont toutefois nullement comparables en droit, dès lors que la confirmation est, à la différence de la réalisation de la condition suspensive, dépourvue d'un véritable effet rétroactif. Il est dès lors conforme à la logique de la confirmation que les fruits soient acquis à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, puisque celui-ci produit tous ses effets depuis l'origine, tandis que l'effet suspensif de la condition et l'objectif limité de la rétroactivité de sa réalisation justifient que l'acquéreur n'ait dans ce cas aucun droit sur les fruits acquis *pendente condicione*. Sur le plan factuel également, on n'aperçoit pas non plus le point commun qui pourrait exister entre, par exemple, la confirmation d'une nullité découlant d'une erreur sur la substance ou d'une incapacité

(1841) Comp., dans un sens similaire, la thèse d'I. CLAYES, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid, o.c.*, n° 599, p. 624, et n°s 606 et s., p. 629, dont l'ambition n'était pas de confronter tous les mécanismes de *derdenwerking* au principe constitutionnel d'égalité, mais d'offrir une perspective complémentaire à son analyse.

(1842) Voy. *supra*, n° 210.

(1843) Voy. *supra*, n° 71.

d'un cocontractant, et la réalisation d'une condition consistant en une nomination à un poste déterminé ou en l'obtention d'un crédit.

Pour être utile, le recours au principe d'égalité doit donc concerner des situations suffisamment proches à la fois sur les plans juridique et factuel pour que leur comparaison se justifie. Même en tenant compte de cette limitation, on ne pourrait par ailleurs envisager toutes les comparaisons possibles qui, tout comme l'imagination des plaideurs telle qu'elle transparaît à travers la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, sont infinies. Du reste, une recherche scientifique portant sur un objet d'étude aussi vaste risquerait d'aboutir à des résultats fort aléatoires, compte tenu de la large marge d'appréciation dont jouit la Cour constitutionnelle (1844).

Nous choisissons, par conséquent, de concentrer notre réflexion sur la comparaison entre les deux formes de consolidation des droits inachevés dotées d'un véritable effet rétroactif, à savoir la ratification et la réalisation de la condition suspensive, et de faire porter cette comparaison sur la différence la plus marquante entre ces deux institutions, à savoir leurs conséquences sur les droits acquis des tiers. Nous nous proposons d'illustrer, à l'aide de cette question limitée, une méthode de raisonnement qui a, quant à elle, vocation à être appliquée de manière plus générale.

212. Position du problème. Dès lors que les dispositions législatives concernées ne pourraient, en raison de leur ancienneté, être soumises à la Cour constitutionnelle que par le biais d'une question préjudicielle, et compte tenu de la démarche très concrète adoptée par cette juridiction dans le cadre de ce contentieux, nous proposons d'aborder la comparaison de l'effet envers les tiers de la ratification et de la réalisation de la condition suspensive à la lumière d'un cas pratique fondé sur l'hypothèse classique d'un double transfert de propriété.

Imaginons que l'immeuble d'une personne soit cédé au terme d'une vente qui doit être considérée comme imparfaite, soit parce que le représentant de l'une des parties a excédé ses pouvoirs, soit parce que la vente était affectée d'une condition suspensive. Ultérieurement, le bien fait l'objet d'un transfert de propriété à un

(1844) Voy. *supra*, n° 68

second acquéreur, que ce soit dans le cadre d'une cession conclue par le même vendeur ou même à la suite d'une saisie. La première vente est ensuite rétroactivement consolidée, soit en raison de la ratification de l'opération, soit du fait de la réalisation de la condition suspensive. On suppose enfin que cette première vente ait été transcrite avant la transcription de la vente au profit du second acquéreur ou de la saisie immobilière.

Dans le cas de la ratification, on considérera que celle-ci ne pouvant porter atteinte aux droits acquis des tiers, elle ne peut rétroagir au préjudice du second acquéreur, qui conservera donc la propriété de la chose. En revanche, en matière de condition suspensive, le premier acquéreur sera considéré comme propriétaire du bien depuis l'origine. Pourtant, aux yeux du second acquéreur, ces deux situations diffèrent-elles à ce point qu'elles justifient des solutions aussi radicalement opposées ? N'y-a-t-il pas une rupture du principe d'égalité à ne pas accorder de protection aux droits acquis des tiers en cas de réalisation d'une condition suspensive alors qu'ils jouissent par ailleurs d'une telle protection en cas de ratification d'un acte accompli sans pouvoir et que – à tout le moins aux yeux des tiers – ces deux situations sont très proches en fait, si pas en droit ?

Pour répondre à ces questions, il convient de passer par les différentes étapes du raisonnement généralement suivi par la Cour constitutionnelle (1845).

213. Comparabilité des situations. La première question qu'il convient d'élucider est celle de la comparabilité de la ratification et de la réalisation de la condition suspensive. À cet égard, on sait que cette condition constitue rarement un obstacle dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (1846). En l'occurrence, plusieurs éléments nous font considérer que les deux situations sont bien comparables.

Tout d'abord, on a déjà relevé qu'au cours de la période intermédiaire, l'acte accompli sans pouvoir et celui affecté d'une condition suspensive ont des conséquences très similaires. Dans les deux cas, les effets principaux de l'obligation sont suspendus,

(1845) Voy. *supra*, n^{os} 62 et s.

(1846) Voy. *supra*, n^o 64.

mais les parties à l'acte sont déjà tenues par celui-ci et ne peuvent s'en délier unilatéralement (1847).

Ensuite, on observera que dans le cas d'une condition simplement potestative, la réalisation de la condition dépend directement – fût-ce partiellement – de la volonté d'une des parties, tout comme la ratification découle directement de la volonté du représenté. Sans doute, dans le premier cas, la condition ne dépend-elle pas exclusivement de la volonté d'une partie, à défaut de quoi elle serait purement potestative et entraînerait dès lors, en règle, la nullité de l'obligation (1848) ; la différence avec la ratification, qui est quant à elle purement volontaire, est toutefois suffisamment ténue pour qu'on n'en tienne pas compte au stade de l'examen de la comparabilité.

Imaginons ainsi qu'une personne habitant à Liège et espérant être nommée à un emploi à Bruxelles décide dans cette perspective de faire appel à un intermédiaire en vue d'y acheter une maison. La première possibilité consiste, pour cet intermédiaire, à acheter la maison au nom de son mandant sous la condition que celui-ci soit nommé à Bruxelles et décide d'y venir vivre (condition simplement potestative, puisqu'elle dépend à la fois de la nomination du mandant et de sa volonté de déménager). Un résultat très proche est toutefois atteint si l'intermédiaire omet d'informer le vendeur que le mandant n'entend acheter qu'au cas où il serait nommé à Bruxelles. En ce cas, l'intermédiaire excède ses pouvoirs et ne lie en principe pas le mandant (1849) ; celui-ci ratifiera toutefois la vente dans l'hypothèse où il est nommé à Bruxelles, et sera donc en pratique lié dans les mêmes circonstances que dans le premier cas envisagé (1850). On pourrait même imaginer que l'intermédiaire conclue la vente sous la condition purement casuelle de la nomination de son mandant à Bruxelles. Dans chacun des cas, la situation factuelle est la même et, si la technique juridique diffère quelque peu, elle ne tend pas moins, dans chaque cas, au même but.

(1847) Voy. *supra*, n^{os} 125 et 170. Il est vrai que, dans le cas d'un acte accompli sans pouvoir, seul le tiers contractant du représentant est à ce stade lié par l'acte, mais non encore le représenté.

(1848) Art. 1174 du Code civil.

(1849) Sous réserve de la théorie de l'apparence.

(1850) Comp. R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 254, qui relève que « le fait pour lequel on ne veut pas faire un achat ferme peut être suffisamment imprécis pour qu'il ne soit pas pratiquement commode de le couler dans le moule d'une condition » et propose comme alternative le recours à la promesse de vente. On relèvera que l'exercice de celle-ci présente le point commun avec la ratification de n'être soumis à aucune exigence de motivation.

Enfin, si l'on se place dans la position du tiers second acquéreur, il importe peu, en définitive, que la première vente ait été conclue sous une condition suspensive ou sans pouvoir. En effet, dans les deux cas, le bien est resté provisoirement dans le patrimoine du vendeur et c'est ainsi que le tiers a pu en acquérir la propriété, que ce soit de manière volontaire (seconde vente) ou forcée (adjudication sur saisie). Tant la réalisation de la condition que la ratification de la première vente échappent entièrement aux pouvoirs de ce tiers, qui n'y prend aucune part. Toutes deux sont par ailleurs dotées, en règle, d'un effet rétroactif. Toutefois, les droits du tiers sont menacés d'anéantissement dans le premier cas, tandis qu'il ne pourra être privé de ses droits acquis dans le second. La comparaison de ces deux situations, ainsi présentées, s'impose spontanément à l'esprit.

On notera à cet égard que la comparaison des effets de la ratification et de la condition suspensive est bien ancrée dans la **doctrine allemande** (1851).

214. Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens. Le test de la comparabilité ayant été passé avec succès, il reste à rechercher si la différence de régime entre la ratification et la condition suspensive est ou non susceptible d'une justification objective et raisonnable.

Il est tout d'abord évident que la différence de régime repose sur un *critère objectif* : dans un cas, l'obligation est contractée par un représentant sans pouvoir ; dans l'autre, elle est conclue avec les pouvoirs nécessaires, mais est affectée d'une modalité.

On a par ailleurs déjà mis en évidence le *but* de ces deux régimes. La ratification s'est vue reconnaître un effet rétroactif, non pas tant parce qu'elle équivaldrait à un mandat fictivement donné par le représenté depuis l'origine, mais surtout parce que cet effet rétroactif vise à garantir le respect de la volonté du tiers qui a traité avec le représentant sans pouvoir (1852). En revanche, cet

(1851) Voy. T. FINKENAUER, *o.c.*, *AcP*, 2003, p. 298, note n° 64 (pour qui la différence de traitement serait due à une incohérence dans l'enseignement de Windscheid sur lequel s'est fondé le législateur) ; K.-H. GURSKY, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 54, p. 330 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 1027, p. 405 ; K.-H. SCHRAMM, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n°s 23 et s., p. 1839.

(1852) Voy. *supra*, n°s 146 et s.

effet rétroactif ne peut porter atteinte aux droits acquis des tiers parce que l'on considère que leurs intérêts, qui ne sont pas moins légitimes que ceux du tiers contractant, ne méritent pas d'être sacrifiés inconditionnellement au profit de ces derniers (1853). D'autre part, on a vu que l'effet rétroactif de la condition visait à protéger le créancier conditionnel et, plus précisément, à le prémunir contre les actes accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel qui aboutiraient à compromettre la pleine jouissance et la disposition de la chose à partir de la réalisation de la condition (1854).

Les régimes mis en place sont enfin tous deux *pertinents* au regard du but visé. Ainsi, il est pertinent, afin de respecter la volonté du tiers contractant, que la ratification donne effet à l'opération exacte à laquelle il a consentie, plutôt que de modifier celle-ci en retardant la prise de cours de ses effets jusqu'au moment de la ratification, sur laquelle le tiers contractant n'a aucune prise (1855). Par ailleurs, il est pertinent, afin d'assurer la protection du créancier conditionnel, de faire remonter dans le temps la date du transfert de propriété de la chose aliénée sous condition, car la seule application de la règle *nemo plus juris* ne suffirait pas à prémunir le créancier conditionnel contre les actes de disposition du débiteur conditionnel (1856).

II. – Proportionnalité de l'effet rétroactif sur les droits des tiers

215. Généralités. Reste donc la question de la proportionnalité des moyens mis en œuvre par rapport au but visé.

À cet égard, l'effet rétroactif de la ratification nous paraît être parfaitement proportionné à l'objectif poursuivi. Comme on l'a indiqué, il intéresse au premier chef le tiers contractant, et lui est donc totalement opposable. En revanche, cet effet rétroactif

(1853) Voy. *supra*, n° 155.

(1854) Voy. *supra*, n° 181. On a toutefois souligné que la pratique des affaires avait tendance à utiliser l'effet rétroactif de la condition dans un autre but, à savoir en vue de prémunir le créancier conditionnel contre l'insolvabilité de son débiteur (voy. *supra*, n° 195). La question de la prise en compte de cette évolution de l'utilisation de la condition est examinée *infra*, n° 219.

(1855) Voy. *supra*, n° 147.

(1856) Voy. *supra*, n° 180.

n'intéresse nullement les véritables tiers, qui n'en retirent en principe aucun avantage ; en contrepartie, la rétroactivité de la ratification ne peut, dès lors, leur nuire, ce qui est conforme à la logique de la ratification.

Plus délicate est la question de l'effet rétroactif de la condition suspensive. Bien avant le développement en droit belge du contentieux constitutionnel de l'égalité, la doctrine avait déjà reproché à l'article 1179 du Code civil d'entraîner des conséquences excessives et, dès lors, peu souhaitables. Ainsi, selon De Page, la rétroactivité de la condition « dépasse nettement *le but qu'il convenait d'atteindre dans la structure du droit conditionnel* » (1857). En d'autres termes, envisagée dans toute sa rigueur, la rétroactivité de la condition entraînerait des effets disproportionnés. Comme l'observe le savant auteur, pour protéger le créancier conditionnel contre les actes de son débiteur, il eût suffi, comme le fait en droit allemand le § 161 du BGB, de prévoir par une disposition spécifique que les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel sont frappés d'inefficacité (1858). La rétroactivité de la condition deviendrait, dès lors, inutile (1859). Une solution similaire prévaut en droit néerlandais (1860).

Cette première observation explique les efforts déployés par la doctrine pour limiter au maximum les conséquences de la rétroactivité de la condition, comme en témoigne en particulier la décision de soustraire le régime des fruits (1861) et des actes d'administration (1862) à l'empire de l'effet rétroactif. On a vu que la doctrine éprouvait souvent un certain malaise pour justifier en droit ces solutions qu'elle considérait néanmoins comme équitables ou opportunes. À notre sens, les différentes justifications avancées pourraient être renforcées par le recours à la technique de l'*interprétation conforme* (1863) : face à certains textes, tels que

(1857) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 153, p. 225.

(1858) *Ibid.*, n° 165, B, pp. 245 et s. ; voy. à ce propos *supra*, n° 175.

(1859) Voy. les §§ 158 et 159 du BGB, dont il ressort que la réalisation de la condition suspensive est en principe dépourvue d'effet rétroactif, sauf clause contraire qui ne vaut qu'entre parties.

(1860) Voy. les articles 6:21 NBW (absence d'effet rétroactif de la condition) et 3:84, alinéa 4 NBW (un acte de disposition accompli par le débiteur conditionnel ne peut transférer qu'un droit grevé de la condition ; voy. à ce propos *supra*, n° 176).

(1861) Voy. *supra*, n° 187.

(1862) Voy. *supra*, n° 198.

(1863) Sur cette forme de sanction du principe d'égalité, voy. *supra*, n° 72.

l'article 1673 du Code civil, dont il est malaisé de déterminer s'ils constituent des dispositions isolées ou, au contraire, l'expression d'un principe général applicable à la condition suspensive, doit être préférée la seconde interprétation qui est la seule à faire en sorte que la rétroactivité de la condition ne dépasse pas le but pour lequel elle a été édictée et, partant, à garantir la conformité de l'article 1179 du Code civil au principe constitutionnel d'égalité. Ce raisonnement aboutit donc à conférer à la rétroactivité de la condition une portée fonctionnelle (1864).

Pareil raisonnement aboutit à gommer la plupart des effets secondaires qui, à s'en tenir à la lettre de l'article 1179 du Code civil, auraient dû être attribués à la rétroactivité de la condition, spécialement entre parties. Cependant, le cœur du problème demeure entier : à la différence de la ratification, la réalisation de la condition suspensive rejailit rétroactivement sur les transferts de propriété survenus pendant la période intermédiaire. Il reste dès lors à poser la question qui, avant la création de la Cour constitutionnelle, aurait relevé de la compétence exclusive du législateur ou, tout au plus, de la réflexion *de lege ferenda* : ce « noyau dur » de la rétroactivité de la condition est-il bien susceptible d'une justification objective et raisonnable ?

Une réponse différente nous paraît devoir être donnée à cette question selon que l'on envisage les actes de disposition volontaires du débiteur conditionnel (1865) ou ce que la doctrine a qualifié d'« actes de disposition indirecte », à savoir en réalité la cession consécutive à une saisie individuelle ou collective pratiquée sur le patrimoine de ce débiteur. En effet, dans ce second cas, l'effet rétroactif de la condition aboutit *de facto* à conférer au créancier conditionnel un véritable privilège sur le bien cédé sous condition (1866).

216. Actes de disposition volontaires du débiteur conditionnel. Pour apprécier la proportionnalité de l'effet rétroactif de la condition, il convient tout d'abord de se souvenir que le tiers second acquéreur ne se trouve pas dans une position aussi vulnérable qu'il y paraît de prime abord. On rappellera en effet que,

(1864) Voy., sur cette approche, *supra*, n^{os} 5 et s.

(1865) Voy. *infra*, n^o 216.

(1866) Voy. *infra*, n^o 217.

d'une part, la rétroactivité de la condition ne déroge pas au régime de la publicité foncière et que, d'autre part, pour autant qu'il soit de bonne foi, le tiers acquéreur sera la plupart du temps protégé contre l'effet rétroactif de la condition (1867). Dès lors, en pratique, sa situation ne diffère généralement guère de celle du tiers auquel on tenterait d'opposer l'effet rétroactif de la ratification.

I. Ainsi, *en matière immobilière*, la première vente, affectée d'une condition suspensive, aura en principe été transcrite dans les registres de la conservation des hypothèques. Si, au moment de la signature du compromis de la seconde vente, le vendeur a omis de révéler au tiers l'existence de la première vente, celui-ci en sera en principe averti lorsque son notaire effectuera les recherches hypothécaires (1868). À ce moment-là, le tiers refusera probablement de passer l'acte authentique de vente en reprochant à son vendeur un risque de manquement à sa garantie d'éviction (1869). S'il décide néanmoins de passer l'acte, il agira ainsi en connaissance de cause.

En revanche, si la vente conditionnelle n'est pas encore transcrite, dût-elle même sortir ses effets rétroactivement, elle sera, comme nous l'avons vu, inopposable au tiers second acquéreur qui aura fait transcrire le premier son titre de bonne foi. La réalisation de la condition suspensive ne peut, en ce cas, pas plus lui nuire que la ratification.

En définitive, la réalisation de la condition suspensive ne peut donc généralement porter atteinte aux droits acquis du tiers second acquéreur que dans l'hypothèse où soit une négligence lui est imputable (parce que son notaire, dont il a à répondre (1870), a

(1867) Voy., pour plus de détails, *supra*, n° 202.

(1868) Ainsi, lors de la réforme du droit des sûretés réelles mobilières, le législateur a estimé qu'« il peut difficilement être exigé des particuliers qu'ils consultent les registres des gages. Cela diffère du droit d'hypothèque où la cession du bien immeuble fait toujours l'objet d'une intervention d'un notaire qui effectue les recherches nécessaires » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, pp. 46 et s.). Il ne paraît donc pas déraisonnable de considérer que la première vente de l'immeuble peut être réputée connue de tous grâce à la consultation, via un notaire, du registre de la conservation des hypothèques.

(1869) Comp. art. 1653 du Code civil.

(1870) On sait, en effet, que la faute commise par le tiers auquel une partie fait appel ne peut être invoquée, vis-à-vis de son cocontractant, comme un cas de force majeure (voy. en ce sens, en cas de représentation, P.A. FORTIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 49 et s., n° 20, pp. 83 et s. ; de manière plus générale, sur l'exécution d'une obligation contractuelle par un tiers, voy. Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 84, point 2 ; Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, n° 138).

omis de consulter le registre de la conservation des hypothèques), soit il avait connaissance de la première vente conditionnelle, mais a néanmoins décidé de passer l'acte authentique. Dans ces différents cas, il ne nous paraît pas disproportionné de donner un effet rétroactif à la réalisation de la condition (1871). Certes, le sort du second acquéreur est sacrifié au profit de celui de l'acquéreur conditionnel, mais les intérêts de celui-ci paraissent, compte tenu de ces éléments, plus dignes de protection. La faible différence qui subsiste avec le régime de la ratification dans les cas, limités, où un tiers acquéreur pourrait de bonne foi être surpris par l'effet rétroactif (1872) nous paraît, sur ce point, être conforme à la logique du système de la condition et, dès lors, susceptible de justification objective et raisonnable (1873). Le même raisonnement peut être développé, *mutatis mutandis*, à propos des actes d'administration anormaux accomplis par le débiteur conditionnel (1874).

On notera toutefois que ce principe a été tempéré en matière pénale au nom du droit à un procès équitable lorsque le tiers chargé de l'accomplissement d'un acte – en l'occurrence, un huissier de justice – jouit d'un monopole légal (voy. Cass., 9 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 607, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH).

(1871) Comp. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 270, p. 352 (le tiers acquéreur d'un immeuble déjà aliéné sous condition suspensive « n'a pu ignorer, par l'examen des titres de propriété, qu'il traitait avec le titulaire d'un droit temporaire ou du moins menacé de résolution », de sorte que l'effet rétroactif doit l'emporter sur l'apparence) ; J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 13, p. 215 (la rétroactivité de la condition « est une solution pratique et simple dont les inconvénients pour les tiers peuvent être évités par la publicité donnée aux actes conditionnels »). Il en va d'autant plus ainsi que, dans les cas où le second acquéreur avait ou aurait dû avoir connaissance de la première vente, le droit commun et, plus précisément, la théorie de la tierce complicité, confère déjà au créancier conditionnel une protection équivalente à celle qu'il pourrait puiser dans l'effet rétroactif de la condition.

(1872) On peut songer, à cet égard, au cas où le conflit éclate à un moment où ni le créancier conditionnel ni le tiers second acquéreur n'ont encore fait transcrire leur titre. Dans une telle hypothèse, en effet, le conflit se résout par référence à la date de l'acte (P. RENSON, *o.c.*, *J.T.*, 2004, p. 883). À supposer que les deux actes aient bien date certaine, c'est donc le créancier conditionnel qui l'emportera en vertu de l'effet rétroactif de la condition. Ce cas devrait cependant demeurer marginal dès lors qu'en l'absence de transcription des deux actes, il y a peu de risque que chaque acquéreur apprenne l'existence de l'autre et, par conséquent, que le conflit se cristallise à ce stade.

(1873) Sur l'importance de la conformité à la logique de l'institution, voy. *supra*, n° 71.

(1874) Voy. *supra*, n° 198. En effet, un acte d'administration anormal sera la plupart du temps d'une longueur telle qu'il sera soumis à la formalité de la transcription par l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi hypothécaire. Dans ce cas également, des recherches hypothécaires devront donc être menées, qui permettront normalement de déceler l'existence de la condition. Par ailleurs, si l'on envisage le cas où le bail est consenti à des conditions anormalement favorables au preneur, celui-ci ne paraît pas être suffisamment digne de protection pour qu'il doive être mis à l'abri de l'effet rétroactif de la condition.

II. Il en va de même *en matière mobilière*. Sans doute un régime de publicité fait-il dans ce cas la plupart du temps défaut (1875). Néanmoins, le tiers second acquéreur qui acquiert de bonne foi, le premier, la possession de la chose sera en règle protégé contre les revendications de l'acquéreur conditionnel (article 2279 du Code civil). Ce n'est donc qu'en cas de mauvaise foi de sa part, ou lorsque sa possession est viciée, que l'effet rétroactif de la condition peut jouer. Ici également, l'écart avec le régime de la ratification s'avère beaucoup moins grand en pratique que ce qu'une présentation abstraite des principes pouvait laisser présager. Quant aux différences qui subsistent, elles nous paraissent également être raisonnablement justifiées, soit par la mauvaise foi du tiers ou par le caractère vicieux de sa possession, soit par leur caractère tout à fait marginal lié à leur conformité à la logique du système de la condition.

Au surplus, comme l'observe Demogue, l'avantage conféré au créancier conditionnel, qui consiste à être préféré au second acquéreur qui a traité avec le débiteur conditionnel *pendente condicione*, trouve sa justification dans l'idée que « l'acquéreur de la période intermédiaire qui veut un droit pur et simple peut s'entendre avec deux personnes », à savoir le créancier et le débiteur conditionnel. « Au contraire, celui qui a acquis un droit sous condition suspensive par un premier acte n'a aucun moyen de mettre le droit qu'il acquiert à l'abri des actes que son aliénateur peut passer avec des tiers en nombre indéfini » (1876). Dans la balance des intérêts en présence, il peut donc se justifier de donner la préférence au créancier conditionnel vis-à-vis du second acquéreur.

217. Nouvelles causes de préférence – Position du problème. Nous avons déjà signalé que, même parmi les auteurs qui s'efforcent de faire coller au plus près l'effet rétroactif de la condition suspensive à son objectif, la tentation demeure néanmoins grande de donner à cet effet rétroactif une portée parfois extensive (1877).

Cette tendance s'exprime en particulier dans l'utilisation de la rétroactivité pour justifier la création de nouvelles causes de

(1875) À la notable exception du registre des gages institué par les dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(1876) R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 170.

(1877) Voy. *supra*, n° 181.

préférence dans une situation de concours. Nous en avons rencontré l'expression à deux reprises : l'effet rétroactif de la condition aurait d'abord pour conséquence de soustraire la chose aliénée sous condition à la mainmise des créanciers du *débiteur* conditionnel, lorsque le concours est né après la conclusion du contrat conditionnel, mais avant la réalisation de la condition (1878) ; ce même effet rétroactif jouerait également en cas d'insolvabilité du *créancier* conditionnel et profiterait alors au sous-acquéreur, qui pourrait ainsi faire échapper le bien à l'emprise des créanciers de son ayant cause (1879).

Cette analyse de la rétroactivité comme une sûreté n'est pas neuve. Déjà en 1930, Demogue observait :

« Ce qu'on nomme la rétroactivité n'est [...] pas une fiction en vertu de laquelle tout doit se passer comme si une personne avait déjà été titulaire de son droit alors qu'elle ne l'était pas. Sous ce nom, ou sous toute autre dénomination, ce que les nécessités sociales imposent, c'est une *sûreté en faveur d'un titulaire de droit par un certain rang possédé, sûreté qui lui permettra de primer les tiers dont les droits sont nés entre la date de l'acte conditionnel et l'arrivée de la condition.*

Cette sûreté tend naturellement à ce résultat que les tiers qui ont acquis des droits *medio tempore* de celui qui passait pour propriétaire de l'immeuble vont se trouver évincés.

La sûreté donnée au créancier conditionnel tend à ce résultat, car il est dans la nature de toute sûreté d'être préjudiciable à des tiers. [...] » (1880).

À la lumière de ces observations, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de l'extension de la rétroactivité de la condition à l'encontre des créanciers autres que le tiers second acquéreur d'une chose aliénée sous condition. Deux attitudes paraissent à cet égard concevables, selon que l'on s'en tienne au but classiquement reconnu à l'effet rétroactif de la condition ou que l'on prenne en considération l'évolution contemporaine de la pratique

(1878) Voy. *supra*, n° 195.

(1879) Voy. *supra*, n° 204.

(1880) R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 168 (nous soulignons). Voy. dans le même sens R. DEMOGUE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 249 et s. ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n°s 428 et s., pp. 595 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 388, p. 411.

des affaires. L'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ainsi que l'examen des travaux préparatoires de la récente loi portant réforme des sûretés réelles mobilières, nous permettrons de choisir entre ces deux positions.

218. Première approche – Objectif limité de la rétroactivité de la condition. Si l'on envisage, tout d'abord, l'hypothèse de l'insolvabilité du débiteur conditionnel, on peut s'interroger sur les motifs – autres qu'une application aveugle et quelque peu dogmatique de la rétroactivité de la condition – qui justifieraient de faire échapper le créancier conditionnel à la loi du concours (1881).

Sans doute le législateur a-t-il voulu protéger le créancier conditionnel contre les actes volontaires de son débiteur qui auraient pour conséquence de le frustrer du droit conditionnel en cas de réalisation de la condition. À ce titre, il paraît raisonnable qu'il prime les créanciers hypothécaires ou gagistes dont la sûreté n'a été constituée qu'après la naissance de son droit et n'a pu l'être qu'au mépris des engagements antérieurs du débiteur conditionnel.

En revanche, cet objectif ne paraît pas justifier de donner une portée telle à l'effet rétroactif de la condition qu'il confère au créancier conditionnel une sorte de « super privilège » lui permettant d'échapper à l'insolvabilité de son débiteur. En effet, admettre que la rétroactivité de la condition autorise le créancier conditionnel à revendiquer la chose acquise sous condition sans devoir tenir compte d'une situation de concours née *pendente condicione* dans le patrimoine de son débiteur aboutit à préférer indistinctement ce créancier conditionnel à tous les autres créanciers du débiteur, que leurs droits soient nés avant ou après la conclusion du contrat conditionnel et qu'ils soient chirographaires ou nantis d'un privilège général ou spécial (1882). Or, ces autres créanciers sont

(1881) Comp. F. GEORGES, *o.c.*, *J.T.*, 2004, n° 30, p. 133, et n° 34, p. 134, qui se montre hostile à l'idée que la rétroactivité puisse être utilisée pour conférer une cause de préférence en cas de concours (en l'occurrence, dans l'hypothèse d'un cantonnement amiable si l'on accepte d'y voir un paiement conditionnel).

(1882) Comme l'observe J. DEPRez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 442, p. 620, la rétroactivité confère donc au créancier conditionnel un rang exclusif et non simplement privilégié. Tout au plus faut-il réserver le cas d'un créancier hypothécaire ou gagiste dont le droit réel est antérieur à la conclusion du contrat conditionnel, lequel pourra en règle, en vertu de son droit de suite, continuer à opposer ses droits au créancier conditionnel, tenu *propter rem*. En revanche, les autres créances étant dépourvues de droit de suite et ne se réalisant qu'à l'occasion d'une situation de concours, les créanciers privilégiés

demeurés étrangers à l'acte conditionnel et n'ont dès lors aucune prise sur celui-ci (1883). En d'autres termes, l'effet de sûreté attaché à la condition demeure pour eux tout à fait occulte avant la naissance du concours, n'ayant en principe pas eu la possibilité de prendre connaissance des termes de l'acte conditionnel, et donc de la condition. La prévisibilité constitue pourtant une considération fondamentale dans le système des causes de préférence en particulier et des droits réels en général (1884).

On en trouve, parmi d'autres, une illustration dans le domaine de la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers autres que le débiteur cédé. Sous la pression du lobby des banques (1885), le législateur avait en effet prévu dans la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers un article 145 soumettant cette question à la loi choisie par les parties au contrat de cession. Cependant, quels que soient les mérites de cette loi, celle-ci présentait le grand inconvénient de demeurer occulte pour les tiers qui, n'ayant pas nécessairement connaissance des clauses – ni même de l'existence – du contrat, étaient dans l'incapacité de déterminer la loi applicable à une éventuelle cession, et dès lors de déterminer aisément la consistance du patrimoine de leur débiteur (1886). On peut comprendre, dès lors, que le législateur ait profité de l'adoption du

et chirographaires du débiteur conditionnel seront entièrement primés par le créancier conditionnel.

(1883) Voy et comp., dans un sens similaire, la solution proposée *supra*, n° 197, quant à l'effet de la rétroactivité de la condition sur l'appréciation des causes de suspension de la prescription acquisitive, et la justification donnée par AUBRY et RAU : « Quant à la rétroactivité attachée à l'accomplissement de la condition, elle a sans doute pour effet de sauvegarder les droits de l'acquéreur sous condition vis-à-vis du vendeur ou de ses ayants cause ; mais on ne comprendrait pas qu'elle pût, *au détriment d'un tiers complètement étranger aux parties*, modifier les conditions et les effets d'une prescription qui a régulièrement couru contre l'ancien propriétaire » (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 113, note n° 50 ; nous soulignons).

(1884) Voy. not. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 444, pp. 622 et s.

(1885) L'exposé des motifs de la loi du 2 août 2002 justifie l'adoption de cette disposition par la circonstance que « [D]ans le cadre d'opérations de financement ou de restructuration sollicitées par des entreprises belges, les établissements bancaires sont de plus en plus fréquemment amenés à recourir au mécanisme de la cession de créance ». Les incertitudes entourant l'interprétation de l'article 12 de la Convention de Rome, dont il n'était pas certain qu'elle s'applique à la question de l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance, généraient cependant « un impact négatif en termes de coûts des opérations financières recourant à la technique de la cession de créances, fréquemment organisées », raison pour laquelle le législateur a estimé nécessaire d'intervenir (*Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2001-2002, n° 50-1842/001, pp. 126 et s.).

(1886) Pour plus de détails, voy. not. V. SAGAERT, « De zakenrechtelijke werking van de cessie : de nieuwe IPR-regeling na de wet van 2 augustus 2002 », *T.P.R.*, 2003, n° 24, p. 581, qui reproche à la règle de conflit de produire des résultats imprévisibles pour les tiers.

Code de droit international privé pour revoir cette règle en préconisant désormais l'application de la loi de la résidence habituelle du cédant (article 87, § 3), critère de rattachement à la fois « objectif et facilement contrôlable » par les tiers (1887). L'adoption de cette disposition montre donc tout l'attachement du législateur au respect des attentes légitimes des tiers dans le système des droits réels (1888).

En outre, dans le cas des créanciers privilégiés, leur créance présente par hypothèse une qualité particulière qui, aux yeux de la loi, devrait en principe conduire à les préférer aux autres créanciers dont les intérêts sont moins dignes de protection (1889). Dans la balance des intérêts en présence, la situation du créancier conditionnel ne paraît pas, à cet égard, devoir mériter une attention particulière, dès lors qu'il n'est, dans ce cas, victime d'aucune « manœuvre » de son débiteur, mais subit simplement le risque qu'encourt tout créancier qui ne procède pas immédiatement à l'exécution du contrat de voir la situation financière de son débiteur se dégrader. Il paraît dès lors difficilement compréhensible qu'il puisse être préféré, par exemple, aux travailleurs impayés ou à l'O.N.S.S. (1890). Même à l'égard des simples créanciers chirographaires, le créancier conditionnel se trouve dans une situation privilégiée puisqu'il peut obtenir le paiement de l'intégralité de sa créance plutôt que de devoir subir la loi du concours (1891).

Enfin, l'effet rétroactif paraît être d'autant plus disproportionné lorsqu'il aboutit à conférer un privilège, non plus au créancier conditionnel lui-même, mais à un sous-acquéreur. Ici non plus, on n'aperçoit pas quelles circonstances confèreraient à sa créance la qualité particulière justifiant qu'il soit préféré aux autres créanciers du créancier conditionnel.

219. Seconde approche – Reconnaissance des mécanismes préférentiels. La question est cependant délicate dès lors que, dans la pratique des affaires, l'effet rétroactif de la condition

(1887) Déclaration du professeur Erauw faite devant la Commission de la Justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2003-2004, n° 3-27/7, p. 348.

(1888) On notera encore que le législateur européen n'est pas parvenu à trouver un accord sur le même point lors de l'adoption du règlement Rome I n° 593/2008 (voy. ses articles 14 et 27.3).

(1889) Voy. l'article 13 de la loi hypothécaire.

(1890) Art. 19, 3° *bis* et 4° *ter*, de la loi hypothécaire.

(1891) Sous réserve d'un éventuel droit de rétention exercé par le curateur du débiteur conditionnel.

est régulièrement utilisé afin de conférer une efficacité renforcée à des mécanismes préférentiels fondés sur l'autonomie de la volonté (1892). L'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2007 sur l'efficacité du cantonnement amiable en cas de concours en fournit une illustration marquante (1893). Or, l'on sait que, loin de s'en tenir à une lecture figée des textes législatifs, la Cour constitutionnelle tente de toujours les maintenir en adéquation avec l'évolution de la société (1894). Plus largement, pour autant qu'ils ne heurtent pas les principes fondamentaux d'un ordre juridique, il paraît légitime d'adapter celui-ci aux besoins nouveaux de la pratique (1895).

À cet égard, celle-ci va assurément dans le sens d'une multiplication des mécanismes préférentiels en faveur de certains créanciers et d'un affaiblissement corrélatif du principe d'égalité entre les créanciers. Cette tendance, issue à l'origine de la pratique des affaires, bénéficie aujourd'hui d'un appui marqué d'une fraction importante de la doctrine (1896) et ne semble pas avoir laissé indifférents certains hauts magistrats de la Cour de cassation (1897), bien que sa jurisprudence la plus récente semble opérer sur ce point une courbe rentrante (1898). Le législateur lui-même semble adhérer à cette vision des choses. Ainsi, la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières repose entièrement sur l'idée selon laquelle une opposabilité renforcée des sûretés permet de

(1892) *Voy. supra*, n° 195.

(1893) *Voy. supra*, n° 196.

(1894) *Voy. supra*, n° 66.

(1895) *Voy. sur ce point R. DAVID, Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 137.

(1896) *Voy. not. C. ALTER, o.c., J.T.*, 2007, pp. 530 et s. ; V. SAGAERT, *o.c., R.W.*, 2006-2007, n° 7, pp. 1682 et s. ; A. PEETERS et A. ZENNER, *o.c., R.D.C.*, 2007, nos 8 et s., pp. 354 et s. ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, pp. 865 et s. et 881 et s. ; *contra*, *voy. F. GEORGES, La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles, Larcier, 2006, nos 78 et s., pp. 135 et s. ; C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 61 et s., n° 32, pp. 98 et s.

(1897) Outre l'arrêt précité du 2 février 2007 rendu en matière de cantonnement amiable, on relèvera que la Cour de cassation estime depuis quelques années que le principe d'égalité des créanciers est impératif et non d'ordre public (Cass., 20 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 528 ; Cass., 9 mars 2000, *Pas.*, 2000, n° 164). *Voy. également Cass.*, 4 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 225, admettant entre parties la validité de la cession de propriété d'une somme d'argent à titre de garantie, ainsi que les déclarations du président I. Verougstraete lors de la discussion au Sénat du Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2003 (*Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2003-2004, n° 3-453/1, p. 12).

(1898) *Voy. ainsi les décisions plus récentes citées infra*, n° 221.

diminuer les coûts d'accès au crédit, favorisant ainsi une croissance de l'économie, et d'assurer une stabilité financière plus grande en évitant le « risque de contagion » (à savoir le risque que l'insolvabilité du débiteur ne se propage à ses créanciers) (1899).

Il pourrait dès lors être soutenu que, du fait de l'évolution des pratiques contractuelles, et notamment de la nécessité de conférer une protection plus grande aux créanciers afin d'encourager le crédit et le développement de l'économie, l'article 1179 du Code civil aurait acquis au fil du temps un second but dont la Cour constitutionnelle devrait tenir compte dans son analyse : outre la protection du créancier conditionnel contre les actes volontaires du débiteur conditionnel visant à entraver ses droits, il viserait, plus largement, à renforcer la position du créancier conditionnel, notamment en cas de concours sur le patrimoine de son débiteur.

Si l'on accepte cette prémisse, l'effet de privilège attaché à la rétroactivité de la condition aurait des chances plus sérieuses de passer avec succès le test de la proportionnalité inhérent au principe constitutionnel d'égalité. Ainsi, sans doute la ratification et la réalisation de la condition suspensive poursuivent-elles l'objectif commun de parfaire les droits inachevés du créancier. Sans doute encore la première ne pourrait-elle porter atteinte aux droits acquis des tiers, tandis que la seconde ne serait pas astreinte à une telle limite, au point de pouvoir soustraire à la mainmise des créanciers en concours sur le patrimoine du débiteur un bien cédé conditionnellement par ce dernier avant la naissance du concours. Mais une telle différence de traitement ne serait pas disproportionnée, dès lors qu'elle permettrait la mise en place de mécanismes préférentiels fondés sur l'autonomie de la volonté et considérés comme bénéfiques au fonctionnement global de l'économie, objectif que ne poursuit pas quant à elle la ratification.

Il en irait d'autant plus ainsi que l'absence d'effet rétroactif de la ratification sur les droits acquis des tiers voit son domaine de plus en plus réduit du fait de l'extension corrélative d'une règle concurrente, à savoir l'obligation faite au tiers, à peine de déchéance, de se prévaloir de l'excès de pouvoir dans un délai

(1899) Voy. l'analyse des travaux préparatoires de la loi effectuée par C.C., 27 novembre 2008, n° 167/2008, point B.3.3. Dans le même sens, voy. l'exposé des motifs de la loi de réforme des sûretés mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 6.

raisonnable (1900). Le développement de cette seconde règle est en effet révélateur d'une certaine remise en cause du régime de la ratification et, en particulier, de son absence d'effet rétroactif sur les droits acquis des tiers (1901).

Ces évolutions laissent cependant entière la problématique du caractère occulte pour les tiers de l'effet de sûreté ainsi reconnu à la condition (1902).

220. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Il est évidemment difficile de prédire avec certitude, entre les deux thèses exposées, laquelle recueillerait les faveurs de la Cour constitutionnelle.

Certes, les partisans d'une efficacité accrue des mécanismes préférentiels n'ont pas manqué de relever un *obiter dictum* figurant dans deux arrêts de la Cour par lequel celle-ci a considéré que « l'évolution du droit de l'insolvabilité et du droit des sûretés a multiplié les mécanismes permettant aux créanciers de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de leurs débiteurs, en dérogation au principe de l'égalité des créanciers » (1903).

La question nous paraît toutefois devoir être abordée de manière plus large. Des décisions rendues à ce jour par la Cour constitutionnelle sur la portée du principe d'égalité entre les créanciers, un quadruple enseignement nous paraît pouvoir être dégagé (1904).

I. Tout d'abord, la Cour constitutionnelle se montre généralement favorable à l'établissement d'une cause de préférence édictée dans l'intérêt général en faveur d'un créancier public.

Ainsi, dans son arrêt n° 46/2002, elle considère que le système de retenues et de responsabilité solidaire imposé au cocontractant d'un entrepreneur non enregistré en vue d'assurer le paiement des dettes fiscales et sociales, bien qu'il aboutisse à favoriser le Trésor et

(1900) Voy. à ce propos *supra*, n°s 126 et s.

(1901) Voy. à cet égard *supra*, n° 139.

(1902) Voy. *supra*, n° 218.

(1903) C.A., 21 juin 2006, n° 107/2006, point B.4.2 ; C.A., 19 avril 2006, n° 54/2006, point B.4.2. (motifs invoqués par C. ALTER, *o.c.*, *J.T.*, 2007, n° 3, p. 531, note n° 16 ; I. PEETERS et A. ZENNER, *o.c.*, *R.D.C.*, 2007, n° 13, p. 356).

(1904) Pour une analyse systématique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans le domaine de l'insolvabilité, lequel dépasse la question de l'égalité entre les créanciers, cons. M.-F. RIGAUD, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 9 et s.

l'O.N.S.S. par rapport aux autres créanciers en concours (1905), n'est pas disproportionné « compte tenu des objectifs de garantir les intérêts du Trésor et de la sécurité sociale ainsi que de lutter contre les pratiques des pourvoyeurs de main d'œuvre. La procédure de recouvrement des charges publiques a pu, à cet égard, afin de permettre aux pouvoirs de publics de remplir leurs engagements vis-à-vis de la collectivité, déroger dans une certaine mesure au droit commun » (1906). C'est donc bien l'intérêt général qui se trouve à la base de la solution retenue.

Il en va de même dans les arrêts n^{os} 54/2006 et 107/2006, dont est issu l'*obiter dictum* reproduit ci-avant. La Cour était saisie de la question de la constitutionnalité de l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004, qui autorise le fisc à opposer au contribuable la compensation nonobstant l'existence d'une situation de concours. La Cour juge la mesure proportionnée « compte tenu des objectifs de résorption de l'arriéré fiscal et d'efficacité de la procédure de recouvrement qui conduisent par ailleurs le législateur à permettre la sur-séance indéfinie au recouvrement de certains impôts » (1907). L'*obiter dictum* précité, introduit par les mots « du reste » qui confirment son caractère surabondant, ne doit dès lors pas à notre sens se voir reconnaître la portée extensive que lui a attribuée une partie de la doctrine. Dans une décision ultérieure, la Cour a de même considéré que la compensation des dettes fiscales prévue par l'article 334 avec des créances découlant d'une activité nouvelle du failli exercée entre le jugement déclaratif et la clôture de la faillite était conforme au principe constitutionnel d'égalité (1908).

On notera toutefois que, dans les arrêts n^{os} 182/2002 et 113/2003, la Cour refuse d'étendre à l'O.N.S.S. la protection accordée au fisc

(1905) C.A., 13 mars 2002, n^o 46/2002, point B.3.1.

(1906) Point B.5.3. Cette jurisprudence a été confirmée par des décisions ultérieures qui ne mettent cependant plus l'accent sur la question de l'égalité des créanciers : C.C., 19 mars 2009, n^o 56/2009 ; C.A., 19 décembre 2002, n^o 188/2002 ; C.A., 10 juillet 2002, n^o 126/2002.

(1907) C.A., 21 juin 2006, n^o 107/2006, point B.4.2 ; C.A., 19 avril 2006, n^o 54/2006, point B.4.2.

(1908) C.C., 13 décembre 2012, n^o 151/2012, point B.4.2. On notera que la Cour constitutionnelle qualifie ces créances de dettes *dans* la masse, en se référant à cet égard à Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, n^o 115. Or, cet arrêt décide seulement que « le dessaisissement édicté par l'article 444 du Code de commerce, bien qu'absolu et général, ne prive pas le failli du droit de se livrer pendant la faillite à de nouvelles affaires et d'acquérir de cette manière d'autres biens, qui sont le gage des créanciers de la faillite, sous déduction des frais nécessités par leur acquisition et des charges qui les grèvent ». À notre sens, il ressort plutôt de cette décision que seuls les biens nouvellement acquis tombent dans l'actif de la masse. Quant aux dettes suscitées par l'activité nouvelle, elles ne peuvent se payer que sur ces biens nouvellement acquis et non sur les biens déjà affectés à la satisfaction de la masse des créanciers ; elles doivent dès lors plutôt être qualifiées de dettes *hors* la masse (voy. à ce propos *infra*, n^o 466).

par l'article 30 de la loi sur le concordat, qui permet à certains créanciers de s'opposer à l'homologation du plan de redressement lorsque certains droits minima ne leur sont pas reconnus par celui-ci. La Cour justifie cette solution par l'idée que « [d]ans le but de faciliter le redressement de l'entreprise mise sous concordat, le législateur a limité les créances "protégées" au sens de la législation sur le concordat » et que « l'État est la seule personne de droit public à voir, en cette qualité, sa créance bénéficiaire de ce régime » (1909). L'intérêt général ne commande donc pas nécessairement de traiter tous ses représentants de la même manière.

II. Ensuite, la Cour constitutionnelle paraît également encline à admettre une dérogation à l'égalité des créanciers, que ce soit en faveur des créanciers privés ou publics, à la condition que cette entorse soit justifiée par le souci d'assurer *l'efficacité des procédures d'insolvabilité* (1910).

Ainsi, dans un arrêt n°140/2002, la Cour a admis que l'article 72 de la loi sur les faillites traite de manière plus défavorable les créanciers « retardataires », à savoir ceux qui n'ont produit leur créance qu'après l'expiration des délais prévus à cet effet par le jugement déclaratif de faillite ou après qu'une première distribution d'un dividende a eu lieu. En effet, une solution contraire irait « à l'encontre de l'objectif du législateur qui est de permettre au curateur, au failli et aux créanciers de se faire le plus rapidement possible une idée du passif de la faillite », « empêcherait de surcroît le juge-commissaire d'ordonner rapidement des répartitions » et « ferait également obstacle à un règlement aisé de la faillite » (1911). La Cour cautionne ainsi une entorse à l'égalité des créanciers justifiée par l'efficacité de la procédure de faillite.

De même, la Cour a décidé dans un arrêt n°161/2005 qu'il n'était pas discriminatoire de qualifier de dette *de* la masse la dette de

(1909) C.A., 17 septembre 2003, n° 113/2003, point B.3.2 ; C.A., 11 décembre 2002, n° 182/2002, point B.5.2.

(1910) On observera qu'une justification analogue se trouve à la base de la reconnaissance d'un régime spécifique pour les dettes de la masse (voy. A.-C. VAN GYZEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 375 et s.). Voy., dans le même sens, l'exposé des motifs de la loi de réforme du droit des sûretés mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 5 : « la règle de l'égalité des créanciers est appliquée de manière moins rigide dans les procédures d'insolvabilité qui tendent à l'assainissement. Comme il n'y a pas de liquidation, les créanciers ne sont pas traités de façon statique, c'est-à-dire en déterminant la part de chaque créancier dans le rapport de l'actif, mais de façon flexible, les positions des créanciers étant comparées aux besoins pour réussir la procédure ».

(1911) C.A., 9 octobre 2002, n° 140/2002, points B.6.3 et B.7.3.

précompte immobilier relative à un immeuble faisant l'objet d'un bail que le curateur avait décidé de poursuivre « dans la perspective d'en retirer un avantage qui profiterait à la masse. Il se justifie dès lors que les charges inhérentes à la poursuite de l'exécution du contrat soient supportées par la masse, même s'il s'avère par la suite que l'avantage escompté ne se concrétise pas » (1912).

La Cour s'est également prononcée à deux reprises sur la constitutionnalité de l'article 44, alinéa 2, de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat, aux termes duquel « [l]es actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis, sont considérés lors de la faillite comme des actes du curateur, les dettes contractées pendant le concordat étant comprises comme dettes de la masse faillie ».

Par un premier arrêt n° 108/2005, elle a d'abord estimé que cette disposition, interprétée comme ne s'appliquant pas lorsque le débiteur est déclaré en faillite *après* qu'il a été mis fin à la procédure de concordat alors qu'il existe un lien étroit entre la déclaration de faillite et la fin de cette procédure, était inconstitutionnelle parce qu'elle établissait une distinction sans rapport avec l'objectif de la disposition, qui est d'« encourager les commerçants à entretenir des relations commerciales avec un débiteur placé sous concordat judiciaire, afin d'assurer la continuité de l'entreprise et d'offrir au concordat judiciaire une chance de réussite » (1913). Ainsi, cette décision étend le nombre des dettes *de* la masse, au détriment de l'égalité des créanciers, mais en vue d'assurer l'efficacité globale de la procédure de concordat.

Par un second arrêt n° 61/2007, la Cour a par ailleurs estimé que les dettes contractées dans les circonstances visées par l'article 44, alinéa 2, précité, devaient être considérée comme dettes *de* la masse, non seulement en cas de faillite du débiteur, mais également en cas de liquidation de celui-ci, tant en raison de l'objectif précité de cette disposition que parce que le législateur a conçu la liquidation comme une alternative à la faillite (1914).

Enfin, on citera un arrêt n° 129/2008, qui juge inconstitutionnelle une interprétation de la loi sur la faillite qui aboutirait à exclure la possibilité de retarder de maximum un an, lorsque l'intérêt de la

(1912) C.A., 9 novembre 2005, n° 161/2005, point B.7. En l'espèce, le curateur espérait en poursuivant le bail que le preneur lève l'option d'achat de l'immeuble, espoir qui ne s'est finalement pas concrétisé (point B.4).

(1913) C.A., 22 juin 2005, n° 108/2005, points B.4.2 et B.5.1. Aux points B.6 et s., la Cour propose cependant une autre interprétation, cette fois constitutionnelle, de la disposition soumise à son contrôle.

(1914) C.A., 18 avril 2007, n° 61/2007, point B.5.1.

masse l'exige, la réalisation des navires grevés d'une hypothèque maritime, alors que pareille possibilité existe pour toutes les autres sûretés réelles mobilières. En effet, le critère sur lequel repose cette différence de traitement « n'est pas pertinent au regard de l'objectif, poursuivi par le législateur, d'éviter que les "créanciers jouissant d'une sûreté réelle mobilière ou d'un privilège spécial mobilier" puissent réaliser l'exécution de leur créance de manière intempestive » (1915). Dans cet arrêt, qui se distingue des précédents, la Cour restreint les prérogatives du créancier hypothécaire – et donc renforce plutôt qu'affaiblit l'égalité des créanciers –, mais, demeurant dans la ligne tracée par sa jurisprudence antérieure, se laisse toujours guider par le souci d'efficacité des procédures d'insolvabilité.

III. Au croisement de ces deux grandes tendances, plusieurs décisions semblent indiquer qu'*en cas de conflit entre les intérêts d'un créancier public, représentant de l'intérêt général, et l'efficacité des procédures d'insolvabilité*, la Cour constitutionnelle tend à donner la priorité au second objectif, quitte à faire prévaloir l'égalité des créanciers sur les mécanismes préférentiels établis en faveur de ce créancier public.

Dans l'arrêt n° 55/2009, un curateur s'opposait à la compensation, prévue par l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004, entre, d'une part, une dette TVA antérieure à la faillite et, d'autre part, une créance TVA résultant des publications effectuées par le curateur en exécution des articles 38 et 40 de la loi sur la faillite. Alors que, dans ses arrêts n°s 54/2006 et 107/2006, elle avait admis la validité de ce mécanisme préférentiel établi au profit du Trésor (1916), la Cour conclut cette fois à l'inconstitutionnalité de cette disposition. Après avoir relevé qu'une créance du failli née après la faillite n'était pas de la même nature qu'une créance née des opérations antérieures à la faillite, elle ajoute que « [l]a circonstance que le produit de l'impôt est affecté à des dépenses publiques qui visent la satisfaction de l'intérêt général ne suffit pas à justifier qu'il soit de la sorte porté atteinte aux droits du curateur qui, dans le cadre de l'exercice de la mission qui lui est légalement confiée, est tenu de procéder à des publications dont il ne pourrait raisonnablement être admis qu'il en supporte la charge fiscale » (1917). Le principe d'égalité des créanciers, nommément cité au point B.4.3 de l'arrêt, sort donc vainqueur de cette confrontation entre

(1915) C.C., 1^{er} septembre 2008, n° 129/2008, point B.8. La Cour propose cependant, aux points B.10 et s., une seconde interprétation, quant à elle constitutionnelle, de la loi.

(1916) Voy. *supra*, I.

(1917) C.C., 19 mars 2009, n° 55/2009, point B.5.4.

l'intérêt général représenté par le Trésor et les frais de publications exposés dans l'intérêt de la masse. Sans doute la décision de la Cour n'est-elle pas étrangère au fait que sans la publication du jugement déclaratif de faillite au *Moniteur belge*, l'efficacité d'une telle procédure risquerait d'être réduite à néant. Dans une décision ultérieure, la Cour constitutionnelle a même précisé que la compensation des dettes fiscales prévue par l'article 334 devait de même être écartée « pour les créances fiscales nées des opérations commerciales poursuivies par le curateur, puisqu'elles sont également des créances de la masse » (1918).

Dans le même sens, on peut citer l'arrêt n° 8/2012 qui décide que, notwithstanding les termes de l'article 172 de la Constitution qui réserve au législateur le pouvoir d'accorder une modération d'impôt, un plan de réorganisation judiciaire homologué conformément à la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises peut valablement prévoir un abattement sur une créance fiscale. En effet, « [a]u regard de l'objectif visant au redressement des entreprises en difficultés, le législateur pouvait en l'espèce estimer que l'administration fiscale ne doit pas être traitée différemment des autres créanciers sursitaires ordinaires » (1919).

Plus clair encore sur la solution du conflit entre les intérêts d'un créancier public et le souci d'efficacité des procédures d'insolvabilité, l'arrêt n° 152/2012 décide qu'« [i]nterprété comme autorisant le juge, dans des circonstances particulières, à s'écarter de l'application du principe d'égalité aux créanciers afin de réserver un sort plus favorable à une créance du SPF Finances, l'article 1675/7, § 3, du Code judiciaire n'est pas pertinent par rapport au but poursuivi par le législateur » en instaurant la procédure de règlement collectif de dettes (1920), de sorte que le juge doit au contraire « respecter strictement le principe d'égalité entre créanciers lorsqu'il s'agit de procéder à la réparation des dividendes entre les créanciers de la masse » (1921).

À contre-courant de ces décisions, la Cour constitutionnelle a certes estimé que le mécanisme de retenue en faveur de l'O.N.S.S. instauré par l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969, interprété comme étant également applicable en cas de réorganisation judiciaire notwithstanding la suspension des voies d'exécution prévues par l'article 30 de la loi du 31 janvier 2009, ne porte pas une atteinte disproportionnée aux

(1918) C.C., 13 décembre 2012, n° 151/2012, point B.3.3.

(1919) C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012, point B.22.

(1920) C.C., 13 décembre 2012, n° 152/2012, point B.8.

(1921) Interprétation considérée comme constitutionnelle par le point B.12.

droits des autres créanciers (1922). Mais la loi du 27 mai 2013 a depuis lors contrecarré cette jurisprudence en modifiant l'article 30*bis*, §11, de la loi du 27 juin 1969 de manière à exclure l'application du mécanisme de retenue en cas de réorganisation judiciaire – au nom, précisément, du principe constitutionnel d'égalité (1923).

IV. Enfin, les rares décisions rendues à ce jour laissent entrevoir que les intérêts « égoïstes » d'un créancier privé, lorsqu'il ne peut se prévaloir de la nécessité de garantir l'efficacité des procédures d'insolvabilité ou d'un autre motif d'intérêt général, trouvent plus difficilement grâce aux yeux de la Cour.

On en trouve tout d'abord l'intuition dans un arrêt n° 161/2003, relatif au droit du curateur de se prononcer sur la poursuite des contrats en cours. Le juge *a quo* s'interrogeait tout d'abord sur le droit reconnu au curateur de résilier un bail commercial sans respecter la procédure prévue par la loi du 30 avril 1951. La Cour n'y trouve rien à redire et justifie sa décision par les motifs suivants :

« En visant tous les contrats, y compris ceux qui sont régis par la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le législateur prend une mesure pertinente au regard de l'objectif poursuivi, qui est d'assurer l'égalité des créanciers, donc de ne pas favoriser certains créanciers par rapport à d'autres.

Si les curateurs étaient obligés en toutes circonstances de poursuivre les contrats de bail commercial, les autres créanciers de la faillite pourraient être préjudiciés en ce que la réalisation d'un bien immobilier grevé d'un bail commercial en cours peut être préjudiciable pour la masse. La spécificité d'une faillite qui doit assurer le traitement égal des créanciers justifie raisonnablement la différence de traitement entre deux catégories de preneurs d'un bail commercial, selon que le bailleur avec lequel ils ont contracté est commerçant ou non » (1924).

Le juge *a quo* soumettait également à la Cour la question de la constitutionnalité de l'article 46 de la loi sur les faillites, interprété comme excluant toute indemnité d'éviction en faveur du preneur lorsque le curateur prend ainsi la décision de résilier le bail. De manière assez inhabituelle, la Cour, plutôt que de répondre à la question en se fondant sur l'interprétation qui lui est soumise, décide que « [l]a disposition en cause n'interdit pas au cocontractant évincé

(1922) C.C., 7 mars 2013, n° 33/2013, point B.12, *J.T.*, 2013, p. 305, note A. ZENNER.

(1923) Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 56-2692/001, p. 32.

(1924) C.A., 10 décembre 2003, n° 161/2003, point B.4.

de prétendre au paiement d'une indemnité, conformément aux règles applicables en la matière » et ajoute : « Il est vrai que cette créance suit la loi du concours. Mais cette solution est conforme à la règle de l'égalité des créanciers et ne crée donc pas de différence de traitement injustifiée » (1925).

Dans cette décision s'exprime donc un net attachement au principe d'égalité des créanciers au détriment des intérêts du preneur d'un bail commercial, soumis comme les autres créanciers à la loi du concours.

Plus intéressant encore est l'arrêt précité n° 8/2012. Dans cette affaire, la Cour était chargée de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de la loi sur la continuité des entreprises, en ce qu'elles fixent les conditions auxquelles un accord collectif approuvé par la majorité de créanciers sursitaires de l'entreprise représentant la moitié des créances détenues contre elle peut être homologué par le tribunal de commerce et, ainsi, être imposé aux autres créanciers. Alors que l'article 49 de la loi du 31 janvier 2009 prévoit que le plan peut prévoir « le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature », la Cour a considéré que le tribunal doit en ce cas contrôler « s'il existe une justification raisonnable à ce règlement différencié. Si tel n'est pas le cas, le tribunal doit en principe refuser l'homologation du plan de réorganisation » (1926). Par cette décision créative, la Cour veille donc à imposer le respect du principe d'égalité dans les relations entre créanciers (1927), du moins en l'absence de motif raisonnable justifiant une différence de traitement entre eux (1928).

L'existence d'un tel motif raisonnable a été admise par l'arrêt n°134/2008. Dans cette affaire, la Cour était invitée à comparer le régime de la faillite, où les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite sont exclues

(1925) Point B.7.

(1926) C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012, point B.15.5.

(1927) La Cour confère donc ainsi un effet horizontal au principe constitutionnel d'égalité (M.-F. RIGAUX, *o.c.*, n° 107, p. 66), ce qui ne va pas sans susciter un certain nombre de questions qui dépassent, cependant, le cadre de cette étude (voy. not. A. ZENNER, « Le mécanisme de retenue et de garantie en faveur de l'O.N.S.S. du fisc et la réorganisation judiciaire. Une victoire à la Pyrrhus ? », obs. sous C.C., 7 mars 2013, n° 33/2013, *J.T.*, 2013, pp. 307 et s., spéc. pp. 308 et s.).

(1928) C'est ainsi, par exemple, qu'« en raison de leur nature », « [l]es créances sursitaires qui trouvent leur fondement dans un contrat de travail, dont celles liées à une indemnité compensatoire de préavis, peuvent [...] faire l'objet d'un règlement particulier dans le plan de réorganisation judiciaire » (C.C., 21 novembre 2013, n° 162/2013, point B.9.1). Le même arrêt relève, au point B.9.4, que la loi du 27 mai 2013 a depuis inséré dans la loi sur la continuité des entreprises un article 49/1, alinéa 4, qui dispose que « [l]e plan ne peut contenir de réduction ou d'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure ».

de l'actif de la faillite (article 16, alinéa 4, de la loi sur les faillites), et le règlement collectif de dettes, où les mêmes indemnités accordées au débiteur subissent en revanche la loi du concours. La Cour a estimé qu'une telle différence de traitement ne pouvait se justifier ni par les différences entre les deux institutions ni par la qualité de commerçant du débiteur, compte du principe admis en droit belge selon lequel les créances extrapatrimoniales sont hors commerce (1929). En d'autres termes, la Cour constitutionnelle a ainsi introduit une dérogation au principe de l'égalité des créanciers en soustrayant à la mainmise de ceux-ci un actif dans l'intérêt d'une personne privée (le débiteur en règlement collectif de dettes), mais pour un motif pouvant être considéré comme relevant de l'intérêt général (à savoir la protection de la personne de ce débiteur).

221. Suite – Arrêt n° 167/2008 du 27 novembre 2008.

L'attitude réservée de la Cour constitutionnelle à l'égard des intérêts « égoïstes » d'un créancier privé été confirmée par un important arrêt portant sur les articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, qui organisent une opposabilité à la masse des conventions de *netting* conclues avant la naissance du concours, indépendamment de la date d'exigibilité des dettes compensées (1930).

La critique formulée par la question préjudicielle portait plus précisément sur l'application de ces mécanismes dans les rapports avec une personne physique ayant introduit une demande en règlement collectif de dettes. Après avoir rappelé en détail l'intention du législateur, qui était à la fois d'assurer la croissance de l'économie et de renforcer la stabilité du système financier (1931), la Cour décide néanmoins que les dispositions soumises à son contrôle violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elles sont applicables à des personnes physiques dépourvues de la qualité de commerçant.

La justification apportée par la Cour à cette solution est double (1932).

(1929) C.C., 2 octobre 2008, n° 134/2008, points B.4 et B.11. Voy. déjà, à propos de l'ancienne loi sur les faillites, C.A., 16 janvier 2002, n° 11/2002, point B.5.

(1930) C.C., 27 novembre 2008, n° 167/2008, *D.C.C.R.*, 2009/82, p. 77, note B. DE GROOTE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, note F. GEORGES, *J.T.*, 2009, p. 44, obs. M. GRÉGOIRE, *N.J.W.*, 2008, p. 926, note E. DIRIX, *R.D.C.*, 2009, p. 496, note R. HOUBEN.

(1931) Voy. à ce propos *supra*, n° 219.

(1932) C.C., 27 novembre 2008, n° 167/2008, point B.8.2.

D'une part, la Cour relève que, de l'aveu même du législateur, les objectifs de croissance de l'économie et de renforcement du système financier « visent plus particulièrement les personnes "fortunées" [...] ou, à tout le moins, porteuses de titres [...] ». L'application de ces mesures aux personnes physiques surendettées qui introduisent une procédure de règlement collectif de dettes est dès lors dépourvue de pertinence (1933).

D'autre part, la Cour estime que ni la protection déjà partiellement reconnue aux clauses de compensation par le règlement n° 1346/2000, ni « la circonstance que les créanciers visés par les dispositions en cause sont également dépositaires du patrimoine incorporel de leur débiteur, ne saurait être de nature à justifier raisonnablement qu'il soit de la sorte porté atteinte aux droits des autres créanciers qui se voient ainsi privés d'une part d'actif à laquelle ils auraient pu prétendre s'il n'avait pas été fait application des dispositions en cause ».

Les intérêts particuliers des établissements de crédit, pudiquement désignés sous le nom de « dépositaires du patrimoine incorporel de leur débiteur », ne paraissent donc pas, aux yeux de la Cour, être suffisamment dignes de protection pour l'emporter en l'espèce sur ceux des autres créanciers. Par ailleurs, si l'on peut trouver quelque peu catégorique l'idée selon laquelle les objectifs de stabilité financière seraient totalement étrangers aux personnes surendettées (1934), cette décision de la Cour nous paraît en tout cas marquer un coup d'arrêt dans le mouvement qui allait vers une efficacité toujours renforcée des mécanismes préférentiels au détriment du principe d'égalité des créanciers (1935). Cette

(1933) On observera que, dans son dispositif, la Cour constitutionnelle s'exprime en des termes plus généraux et semble conclure à l'inconstitutionnalité des articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004 même en dehors d'une telle procédure, par exemple en cas de saisies multiples pratiquées à charge du même débiteur non-commerçant (voy. dans le même sens E. DIRIX, « "Nettingovereenkomsten": niet voor broekjes », note sous C. const., 27 novembre 2008, n° 167/2008, *N.J.W.*, 2008, p. 926).

(1934) N'est-ce pas, en effet, à leur propos que les risques de « contagion » du système peuvent se faire le plus ressentir ? Voy. en ce sens E. DIRIX, *o.c.*, *N.J.W.*, 2008, p. 926.

(1935) Voy. sur ce point les critiques sévères de E. DIRIX, *o.c.*, *N.J.W.*, 2008, p. 926, qui fait observer que le raisonnement pourrait s'appliquer à toutes les sûretés conventionnelles. Sa comparaison avec les arrêts n°s 54/2006 et 107/2006 nous paraît cependant dénuée de pertinence dès lors que, dans ces affaires, le mécanisme préférentiel bénéficiait à un créancier public investi de la défense de l'intérêt général (voy. *supra*, n° 220, I). Voy. également la note critique de R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting », *R.D.C.*, 2009, pp. 502 et s., n° 5, p. 504, pour qui l'arrêt pourrait également être applicable à la compensation après saisie ou après cession de

jurisprudence a depuis lors été consacrée par la loi du 26 septembre 2011 qui complète les articles 14 et 15 précités par un second paragraphe qui exclut en règle de leur champ d'application les conventions conclues « entre ou avec des personnes physiques non commerçantes » (1936).

Il est intéressant de noter que, de son côté également, la Cour de cassation a récemment adopté une position plus mesurée à l'égard de l'utilisation des mécanismes préférentiels et autres causes de préférence. On peut tout d'abord citer à cet égard l'arrêt du 7 mai 2010 qui a refusé d'admettre l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de règlement collectif de dettes (1937). On sait, ensuite, que dans son arrêt *Sart-Tilman*, elle avait décidé que « le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1165, 1134 et 1135 du Code civil, puisqu'ils rendent inopposable aux créanciers en concours une convention créant une sûreté réelle non prévue par la loi », en l'occurrence une cession de créance à titre de garantie (1938) et que cette jurisprudence avait fait l'objet de nombreuses critiques au point qu'on avait pu croire à un moment à son abandon (1939). Or, dans un arrêt du 3 décembre 2010, la Cour de cassation a confirmé sans ambiguïté cette jurisprudence en précisant qu'« [u]ne convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut [...] jamais apporter plus aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage » (1940). Dans un

créance. Comp. encore M.-F. RIGAUD, *o.c.*, *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, n° 79, p. 51, qui paraît considérer que la décision se justifie à la fois par la qualité de la personne en faveur de qui la compensation était permise (un organisme de crédit, par opposition au fisc dans des arrêts antérieurs) et par celle du débiteur (un non-commerçant). Comp. les observations de F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 821 et s., spéc. pp. 824 et s., qui appelle de ses vœux une application extensive de cette jurisprudence à toutes les formes de concours, sans que la qualité de personne physique non commerçante du débiteur soit déterminante.

(1936) La justification de cette modification se réfère expressément à l'arrêt de la Cour constitutionnelle : voy. *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2010-2011, n° 53-1714/002, pp. 13 et s.

(1937) Voy. *supra*, n° 203, I.

(1938) Cass., 17 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 386.

(1939) Voy. en particulier les déclarations du président I. Verougstraete lors de la discussion au Sénat du Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2003 (*Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2003-2004, n° 3-453/1, p. 12).

(1940) Cass., 3 décembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 712, *A.C.*, 2010, n° 712, avec conclusions contraires de M. l'avocat général DUBRULLE, *Dr. banc. fin.*, 2011, p. 120, note I. PEETERS, « Cessie tot zekerheid : een verrassend slot van de controverse », *N.J.W.*, 2010, p. 834, note V. SAGAERT, « Fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid (een beetje) gered », *R.D.C.*, 2011, p. 866, note M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, « La garantie hors la loi ? », *R.G.D.C.*, 2011,

ordre d'idées voisin, on peut enfin citer l'arrêt du 27 janvier 2011 qui condamne la théorie des comptes de qualité (1941).

222. Réforme du droit des sûretés réelles mobilières. Enfin, la question de l'admissibilité de l'utilisation de l'effet rétroactif de la condition suspensive à des fins de sûreté nous paraît devoir être appréciée en examinant les nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières, insérées par la loi du 11 juillet 2013 (1942), ainsi que des travaux préparatoires de celle-ci. Ces dispositions nous paraissent devoir être prises en considération dans le contrôle de la constitutionnalité de l'article 1179 du Code civil dans la mesure où elles traduisent de manière particulièrement aboutie la conception que le législateur se fait aujourd'hui du principe d'égalité entre créanciers, dont il convient de tenir compte en vue d'assurer la cohérence globale de l'ordre juridique (1943). Plusieurs idées fondamentales se dégagent de ce texte.

I. Tout d'abord, le législateur a exprimé la volonté de *limiter les causes de préférence* existant en droit positif.

En effet, « dans la pratique, le principe de l'égalité entre les créanciers est devenu plus l'exception que la règle [...] Notre droit se caractérise par un grand nombre de privilèges. Chacun est d'accord pour dire que ce système complexe doit être assaini » (1944). De même, « [L]'utilisation du droit de propriété à des fins de sûreté suscite de multiples questions dogmatiques et comporte en outre le risque qu'un

p. 497, note F. GEORGES, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », *R.W.*, 2010-2011, p. 1177, note R. FRANSIS, « De conversie van de fiduciaire eigendoms - overdracht van een schuldvordering in een pand bij samenloop ». Cette jurisprudence a depuis lors été consacrée par l'article 62 des nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières. Sur cette décision, voy. également *infra*, n° 322.

(1941) Cass., 27 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 79, avec les conclusions de M. l'avocat général HENKES, et, pour ce rapprochement avec la problématique générale du principe d'égalité entre créanciers, la note de G. DE LEVAL et F. GEORGES, « Le statut du compte de tiers de l'avocat : *dura lex...* », *J.T.*, 2011, pp. 164 et s., n° 9, p. 166. Voy. depuis lors les changements apportés par la loi du 22 novembre 2013 « modifiant la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat en ce qui concerne le compte de qualité des notaires et la loi hypothécaire du 16 décembre 1831 en ce qui concerne le compte de qualité des avocats, des notaires et des huissiers de justice ».

(1942) L'article 109 de cette loi prévoit qu'elle entre en vigueur à la date fixée par le Roi, et au plus tard le 1^{er} décembre 2014. Pour un premier examen de la loi, voy. W. DERLICKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 691 et s.

(1943) Sur l'importance de ce paramètre, voy. *supra*, n° 18.

(1944) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 7.

trop grand nombre de droits soient fournis au créancier » (1945). Cette double situation est ressentie comme problématique : « [l]e fait qu'en cas de faillite ou d'autre cas de concours, les créanciers ordinaires (qui ne disposent donc pas d'un privilège ou d'un quelconque mécanisme de sûreté) aient, dans la pratique, peu ou pas de perspectives de dividendes n'est pas satisfaisant » (1946), spécialement si l'on envisage le sort des créanciers « involontaires », tels que les victimes d'une faute (1947).

Certes, la traduction de cette volonté dans les textes est encore imparfaite. Ainsi, le législateur envisage-t-il une réforme ultérieure des procédures d'insolvabilité en réservant une part de l'actif aux créanciers chirographaires (1948). Par ailleurs, alors que le législateur envisageait à l'origine la suppression de plusieurs privilèges spéciaux (1949), le texte voté demeure sur ce point assez timide. Il n'en demeure pas moins que la volonté clairement affirmée d'endiguer la multiplication des causes de préférence nous paraît devoir être prise en considération lorsqu'il s'agit de s'interroger sur l'effet rétroactif de la condition en cas de concours.

II. Une deuxième idée centrale est l'importance accordée à la *publicité* des causes de préférence, qui se traduit notamment par la création d'un registre des gages dans lequel l'inscription permettra d'assurer une opposabilité équivalente à celle réalisée jusqu'à présent par la formalité de la dépossession.

Comme le relève le législateur, « [L]a publicité des positions de sûreté de créanciers s'inscrit indubitablement dans la tradition juridique belge. Le droit d'hypothèque, le gage sur fonds de commerce, le privilège agricole, le dépôt de la facture par le vendeur impayé (article 20, 5^o, de la loi hypothécaire) en sont les nombreux exemples. L'hostilité traditionnelle à l'égard de la réserve de propriété (jusqu'en 1997) et la cession de propriété à titre de garantie en sont également des émanations. La publicité des sûretés mobilières est très répandue en Europe également (sauf notamment en Allemagne et aux Pays-Bas). En la matière, on peut franchement parler d'un principe général du droit privé européen » (1950).

(1945) *Ibid.*, p. 8.

(1946) *Ibid.*, p. 12 ; voy. également le **Guide CNUDCI**, ch. I, n^o 77, pp. 53 et s.

(1947) *Ibid.*, p. 13.

(1948) *Ibid.*, p. 13.

(1949) *Ibid.*, p. 13.

(1950) *Ibid.*, p. 15.

Ce respect des exigences de publicité s'inscrit, plus généralement, dans le souci d'établir des règles de priorité claires et prévisibles, assurant un juste équilibre entre les intérêts du créancier et du débiteur tout en tenant compte des intérêts légitimes des tiers (1951).

III. L'idée la plus novatrice de la loi est sans doute de recourir à une *approche fonctionnelle* du droit des sûretés. « On entend par là une approche rationnelle et intégrée dans le cadre de laquelle des figures de sûreté analogues doivent avoir les mêmes effets juridiques, indépendamment de leurs différences conceptuelles. » (1952) En d'autres termes, cette approche implique que « des modèles juridiques identiques [gelijkaardige zekerheidsfiguren] produisent des effets identiques [...] *même s'ils reposent sur une base juridique différente* » (1953).

C'est ainsi, par exemple qu'« [U]ne cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur les créances cédées » (article 62), que lorsque des biens vendus avec réserve de propriété sont devenus immeuble par incorporation, la réserve est maintenue sous condition d'enregistrement dans le registre des gages (article 71) ou encore que le droit de rétention confère désormais au rétenteur le même droit de préférence qu'à un créancier gagiste (article 76).

Ici également, la volonté affichée par le législateur n'a pas été traduite entièrement dans les textes. C'est ainsi, par exemple, que la loi ne comporte aucune disposition expresse quant à la cession d'un meuble corporel en pleine propriété à des fins de sûretés. Les travaux préparatoires sont cependant sur ce point très ambitieux puisque la réglementation de la réserve de propriété, envisagée désormais comme une sûreté à part entière, « doit également donner la ligne à suivre pour d'autres cas où le droit de propriété est utilisé comme un instrument de sûreté » (1954). Il ne paraît dès lors pas hors de propos de traiter également l'effet rétroactif de la

(1951) *Ibid.*, p. 14.

(1952) *Ibid.*, p. 10 ; voy. également les recommandations n^{os}2, d), et 8 du **Guide CNUDCI**, pp. 66 et s., ainsi que l'article IX. – 1:102 du **DCFR** ; sur la différence entre approche conceptuelle et approche fonctionnelle, voy. déjà *supra*, n^o 5.

(1953) *Ibid.*, p. 16.

(1954) *Ibid.*, p. 30.

condition suspensive comme une sûreté devant être soumise à un régime analogue à celui des autres sûretés réelles (1955).

En revanche, nous ne sommes pas persuadé que l'assimilation à la réserve de propriété soit tout à fait justifiée, celle-ci étant en effet soumise à des règles spécifiques justifiées par ses caractéristiques propres.

D'une part, en effet, le vendeur impayé bénéficiant d'une réserve de propriété bénéficie d'une « superpriorité » lui permettant de primer le créancier gagiste sur les mêmes biens (article 58). Mais « [L]e fondement à cet égard est le fait que, sans une préférence marquée, le vendeur n'est pas enclin à livrer avant d'être payé. Dans notre droit actuel également, le vendeur impayé occupe une position forte en cas de concours » (1956). On n'aperçoit pas immédiatement comment cette justification pourrait valoir à l'égard d'un créancier sous condition suspensive ou dans les autres cas d'utilisation de la propriété à des fins de sûreté.

D'autre part, à la différence du gage qui doit faire l'objet d'une mesure de publicité soit par son enregistrement dans le registre des gages (article 15), soit par le biais d'une dépossession (article 39), la réserve de propriété n'est pas soumise aux mêmes exigences, devant seulement être établie par écrit au plus tard au moment de la délivrance des biens (article 69). Cette différence de traitement a été justifiée dans les termes suivants : « Différence fondamentale tant avec le DCFR qu'avec l'UCC, l'option retenue ici est de ne pas soumettre obligatoirement la réserve de propriété au régime de la publicité. Cela correspond à la réforme française. La raison en est qu'en ce moment, les pays qui nous entourent ne soumettent pas la réserve de propriété à une quelconque publicité et qu'une introduction isolée dans notre pays d'un tel système est difficilement envisageable. L'enregistrement de la réserve de propriété reste toutefois possible. Il est d'ailleurs indiqué en cas de conflit avec le créancier hypothécaire lorsque la vente porte sur des biens immobilisés par incorporation » (1957). À nouveau, de telles considérations ne paraissent pas immédiatement transposables dans le domaine de la condition suspensive, dans la mesure où elle ne présente pas la même importance économique que la clause de réserve de propriété.

(1955) Comp. en ce sens le **Guide CNUDCI**, qui considère comme des sûretés au sens fonctionnel du terme les opérations de « vente et revente » (ch. I, n° 105, p. 60) ; voy. également la référence à la technique de la vente à réméré (ch. I, n° 89, p. 55).

(1956) Exposé des motifs, p. 28.

(1957) *Ibid.*, p. 18.

En définitive, si la nouvelle loi sur les sûretés réelles mobilières incite donc à aborder l'effet de sûreté de la condition suspensive dans une perspective fonctionnelle, il nous semble qu'il faudrait plutôt s'inspirer à cet égard du régime général du gage plutôt que des règles propres à la réserve de propriété.

IV. Enfin, une dernière idée qui traverse la nouvelle loi sur les sûretés est celle de *protection du consommateur*.

Des règles particulières sont en effet prévues en faveur de celui-ci en matière de preuve (articles 4, 40, 61 et 69), d'assiette du gage (article 7) et de son étendue (article 12), de protection des tiers acquéreurs (article 25) et de réalisation du gage (article 46).

On observera toutefois que ces dispositions ne vont pas jusqu'à remettre en cause le principe ou l'efficacité des sûretés réelles mobilières constituées par un consommateur. À cet égard, le législateur a veillé à prendre ses distances avec les propos tenus lors de l'adoption de la loi sur les sûretés financières, sur lesquels la Cour constitutionnelle s'était basée pour considérer que les personnes physiques non commerçantes ne devaient pas être visées par cette loi (1958).

Ainsi, d'après les travaux préparatoires de la loi sur les sûretés réelles mobilières, « [c]'est une erreur de penser qu'un système de sûretés moderne et efficace sert exclusivement les intérêts des prêteurs (en particulier, les banques). La rareté des crédits à la suite de la récente crise financière démontre les conséquences néfastes d'un système de crédit qui fonctionne mal pour notre économie et l'emploi. De plus, un système de sûretés moderne et efficace ne sert pas seulement les intérêts des prêteurs, il sert en premier lieu les intérêts des nombreuses petites et moyennes entreprises ainsi que des ménages qui sont obligés de recourir à un financement externe. Naturellement, on peut imaginer un système d'égalité parfaite entre les créanciers et de crédit sans sûreté. La question est toutefois de savoir à quel prix le crédit sera accordé en pareil cas » (1959).

223. Appréciation personnelle. Comme nous l'avons vu, l'effet rétroactif de la condition suspensive n'apparaît pas, en soi,

(1958) Voy. *supra*, n° 221.

(1959) Exposé des motifs, pp. 6 et s. ; voy. également le **Guide CNUDCI**, ch. I., n°s 10 et s., pp. 35 et s.

problématique dans les rapports avec un second acquéreur (1960). La question est en revanche beaucoup plus délicate lorsque cet effet rétroactif est utilisé à des fins de sûreté dans les rapports avec les créanciers du vendeur (ou, en cas de revente du bien, avec les créanciers de l'acheteur). De manière générale, trois types d'objections nous paraissent pouvoir être formulées à l'encontre d'une telle utilisation.

I. La première objection est la plus radicale. Elle procède d'une interprétation extensive de l'adage « pas de privilège sans texte » et s'oppose à ce que, hors les cas prévus expressément par la loi, des mécanismes de droit des obligations soient utilisés aux fins de porter atteinte à l'égalité des créanciers. En l'occurrence, l'effet rétroactif de la condition viserait uniquement à protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition volontaire accomplis *pendente condicione* par le débiteur, et il serait dès lors disproportionné de conférer sur cette base à ce même créancier un droit de priorité absolu dans ses rapports avec les autres créanciers du débiteur, fussent-ils mêmes privilégiés (1961).

À la réflexion, cette approche nous paraît cependant excessive.

Tout d'abord, en effet, nous avons vu que la Cour constitutionnelle admettait que le but d'une institution n'était pas nécessairement figé et que, précisément, l'utilisation de la condition à des fins de sûretés est depuis plusieurs dizaines d'années largement admis dans la doctrine et dans la pratique (1962).

Ensuite, il faut bien reconnaître qu'à ce jour, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est encore relativement peu fournie quant à l'admissibilité des mécanismes préférentiels créés sur la base de l'autonomie de la volonté. En effet, la plupart des décisions rendues jusqu'à présent tendent à montrer que la reconnaissance d'une nouvelle cause de préférence peut être justifiée en faveur d'un créancier public, en vue d'assurer l'efficacité des procédures d'insolvabilité, ou encore pour un autre motif d'intérêt général (1963). Il n'en résulte cependant pas *a contrario* qu'en dehors de ces cas, la création d'un mécanisme préférentiel par le recours à l'autonomie de la volonté soit nécessairement exclue,

(1960) Voy. *supra*, n° 216.

(1961) Sur cette approche, voy. *supra*, n° 218.

(1962) Voy. *supra*, n° 219.

(1963) Voy. *supra*, n° 220.

question sur laquelle la Cour n'a pas encore eu en tant que telle la possibilité de se prononcer.

Enfin, la nouvelle loi sur les sûretés réelles mobilières, loin de condamner purement et simplement le recours aux mécanismes préférentiels fondés sur l'autonomie de la volonté, se contente d'encadrer ceux-ci en veillant, dans une approche fonctionnelle, à les soumettre à un régime analogue à celui des sûretés traditionnelles (1964). C'est ainsi, par exemple, que la cession de créance à titre de garantie, la clause de réserve de propriété et le droit de rétention ne sont nullement condamnés, mais simplement assimilés à un gage. Dans cette mesure, il apparaîtrait excessif de repousser par principe l'utilisation de la condition suspensive à des fins de sûreté.

Il en va d'autant plus ainsi que rien n'empêcherait, au demeurant, le créancier conditionnel de se faire garantir l'obligation sous condition par un gage (ou, le cas échéant, par une hypothèque) portant sur la chose que le débiteur s'est engagé à livrer (1965). Dans un tel cas de figure, le créancier conditionnel ne jouirait certes pas d'une priorité absolue, puisqu'il passerait après les créanciers bénéficiant d'un droit réel ou réalisé avant que sa sûreté n'ait été rendue opposable. Sa position serait néanmoins fort confortable, puisqu'il primerait les créanciers tant chirographaires que privilégiés généraux en cas de concours ultérieur sur le patrimoine de son débiteur (1966). Or, ce que la loi permet de faire indirectement (par la constitution d'un gage ou d'une hypothèque), pourquoi serait-il discriminatoire de le faire directement (par l'effet rétroactif de la condition suspensive) ?

II. Un deuxième angle d'attaque prend appui sur *l'arrêt n°167/2008* de la Cour constitutionnelle et ferait valoir que l'utilisation de la condition suspensive à des fins de sûreté ne serait valable que dans les rapports entre professionnels, les personnes physiques non commerçantes n'étant pas impliquées dans des

(1964) Voy. *supra*, n° 222, III.

(1965) Sur la possibilité d'assortir le droit conditionnel de sûretés, voy. *supra*, n° 170.

(1966) En effet, le créancier gagiste l'emporte sur les créanciers privilégiés généraux (voy. les articles 20, 3^o, et 26 de la loi hypothécaire et, désormais, l'article 57 des nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières ainsi que l'exposé des motifs, p. 28). Par ailleurs, les droits du créancier hypothécaire priment ceux des créanciers privilégiés généraux (art. 19 *in fine* de la loi hypothécaire).

opérations nécessitant le recours à des mécanismes préférentiels non expressément prévus par la loi (1967).

Il nous semble, cependant, à la réflexion que cette décision de la Cour constitutionnelle repose essentiellement sur les motifs exprimés au cours des travaux préparatoires de la loi sur les sûretés financières, et ne sont dès lors pas transposables au-delà du cadre de celle-ci (1968). Au contraire, comme nous l'avons vu, le législateur a pris soin, lors de l'adoption de la loi sur les sûretés réelles mobilières, de justifier pour quels motifs tous les sujets de droit, en ce compris les particuliers, ont intérêt à la mise en place d'un système de sûreté efficace, et ce, en vue d'encourager l'octroi des crédits (1969).

III. En revanche, il nous paraît que l'admission sans limite de l'utilisation de l'effet rétroactif de la condition à des fins de sûreté irait à l'encontre de *l'approche fonctionnelle* préconisée par la nouvelle loi sur les sûretés mobilières, qui vise à traiter de manière identique tous les mécanismes poursuivant la même fonction de sûreté indépendamment de la nature juridique du mécanisme mis en oeuvre (1970).

Cette approche fonctionnelle présente surtout de l'importance sur le plan des mesures de publicité auxquelles toute forme de sûreté se trouve en principe astreinte (1971). Supposons, par exemple, qu'une chose mobilière soit vendue sous condition, mais que le vendeur reste provisoirement en possession de la chose. Dans l'optique traditionnelle, en cas de réalisation de la condition, la chose sortirait rétroactivement du patrimoine du vendeur et échapperait ainsi au concours survenu depuis lors sur le patrimoine de celui-ci, quand bien même les créanciers en concours n'auraient-ils eu aucune connaissance du droit conditionnel (1972). Une telle solution nous paraît toutefois conférer une portée disproportionnée à l'effet rétroactif de la condition en lui permettant,

(1967) Voy. *supra*, n° 221.

(1968) Nous nuancions donc sur ce point la position que nous avons adoptée dans *Confirmation, ratification et condition suspensive, o.c.*, n° 180, pp. 285 et s.

(1969) Voy. *supra*, n° 222, IV.

(1970) Voy. *supra*, n° 222, III.

(1971) Voy. *supra*, n° 222, II.

(1972) Voy. *supra*, n° 195 ; sur l'inapplicabilité de la règle de fond de l'article 2279 du Code civil dans une telle hypothèse, voy. *supra*, n° 203.

sans justification objective ni raisonnable, de jouir d'une efficacité supérieure à celle d'une sûreté traditionnelle.

Le principe constitutionnel d'égalité commande dès lors à notre sens d'écarter l'effet rétroactif prévu à l'article 1179 du Code civil toutes les fois que la condition suspensive n'a pas bénéficié d'une mesure de publicité suffisante. Celle-ci consiste, en matière immobilière, en la transcription de l'acte conditionnel dans le registre de la conservation des hypothèques. En matière mobilière, la publicité peut intervenir, au choix du créancier conditionnel, soit par le biais d'une dépossession du débiteur conditionnel, soit par la voie d'un enregistrement du contrat conditionnel dans le registre des gages (1973).

III. – Conclusion

224. Apport du principe constitutionnel d'égalité au droit privé. Cette confrontation de la rétroactivité de la réalisation de la condition suspensive et de la ratification au principe constitutionnel d'égalité aura permis de montrer que ce dernier constitue un instrument à la fois nuancé et opérationnel permettant d'effectuer les rapprochements nécessaires entre les institutions du droit des contrats dotées d'un effet rétroactif tout en préservant les particularités de chacune.

Ainsi, la principale différence existant entre les effets de la condition suspensive et ceux de la ratification – seule la première pouvant porter atteinte aux droits acquis des tiers – peut être réduite sans pour autant être entièrement abolie.

Nous avons vu, en effet, que cette différence de traitement se justifie en principe par la différence d'objectifs de ces deux institutions et, dès lors, la différence de fonction attribuée à l'effet rétroactif dans ces deux hypothèses. D'un côté, la rétroactivité de la ratification vise à respecter les attentes du tiers qui a traité avec

(1973) Comp. art. 15 et 39 des nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières ; voy. également le **Guide CNUDCI**, ch. III, n° 24, p. 115, ainsi que l'article IX. – 3:102 du **DCFR**. Vainement objecterait-on que le registre des gages serait réservé aux gages proprement dits. En effet, comme nous l'avons vu, le législateur considère que la réserve de propriété, bien qu'elle ne soit pas obligatoirement soumise à une obligation d'enregistrement, peut néanmoins en faire l'objet afin d'en renforcer l'opposabilité (Exposé des motifs, p. 18). Le même raisonnement nous paraît applicable par analogie à la condition suspensive.

le représentant agissant sans pouvoir, en évitant de lui imposer une opération à laquelle il n'a pas consenti ou, plus largement, qui ne correspondrait pas à celle portée initialement à sa connaissance. Compte tenu de cet objectif limité, rien ne justifie d'imposer l'effet rétroactif aux autres tiers qui auraient acquis des droits dans l'intervalle. D'un autre côté, la réalisation de la condition suspensive doit nécessairement se voir reconnaître un effet rétroactif si elle veut atteindre son but. Il s'agit en effet de protéger le créancier conditionnel contre les actes que le débiteur aurait accomplis à son préjudice *pendente condicione*.

Toutefois, accorder de manière générale un effet rétroactif à la condition suspensive dans les rapports avec les tiers peut, dans certaines circonstances, entraîner des effets disproportionnés, eu égard à la protection de leurs droits acquis dont ces tiers jouissent au contraire en cas de ratification. Tel est en particulier le cas lorsque la condition suspensive est utilisée à des fins de sûreté et qu'elle n'est cependant soumise à aucune mesure de publicité. Dans un tel cas de figure, ces conséquences ponctuelles et disproportionnées de l'effet rétroactif nous paraissent pouvoir être écartées par une application mesurée du principe constitutionnel d'égalité. Loin d'appauvrir le raisonnement de droit privé en nivelant globalement les deux institutions, cet instrument de droit public permet donc de préserver les spécificités de chacune d'elles tout en corrigeant leurs défauts les plus criants.



DEUXIÈME PARTIE.
Les droits effacés

BRUYLANT

225. Objet de la présente partie. Nous entamons maintenant la seconde partie de notre recherche consacrée à l'étude des « droits effacés ». Nous désignons ainsi un ensemble de situations où la rétroactivité est utilisée aux fins de défaire, dans une mesure plus ou moins complète, les conséquences d'une situation antérieurement accomplie.

Dans ce cadre, nous examinerons trois institutions présentant une grande importance aussi bien théorique que pratique. Il s'agit de la nullité (chapitre I), de la résolution pour inexécution (chapitre II) et de la condition résolutoire, que nous traiterons en même temps que la défaillance de la condition suspensive (chapitre III).

Fidèle aux limites que nous nous sommes assignées dès l'entame de cette étude centrée sur la théorie générale du contrat (1974), nous laisserons hors du champ de notre réflexion des institutions certes dotées d'un effet rétroactif, mais propres à certains contrats pouvant être considérés comme spéciaux. Il en va ainsi de la révocation des donations pour cause d'ingratitude ou du droit de rétractation dans les contrats conclus par les consommateurs. Nous laisserons également de côté des institutions où la rétroactivité ne joue qu'un rôle marginal, telles la théorie des risques ou la caducité (1975). Enfin, le *mutuus dissensus* sera examiné dans le cadre de l'étude des « droits remodelés » (1976).

(1974) Voy. *supra*, n° 4.

(1975) Voy. cependant *infra*, n° 330.

(1976) Voy. *infra*, nos 565 et s.

CHAPITRE I

NULLITÉ

§ 1. – *Généralités*

226. Notion. La nullité peut être définie comme la sanction ordinaire d'un vice de légalité affectant un acte juridique depuis sa formation (1977). Cette définition appelle quelques brèves observations.

I. Tout d'abord, la nullité est une sanction dirigée au premier chef contre l'*acte juridique* (1978). Elle n'affecte les obligations et, le cas échéant, les autres clauses de cet acte que par voie de répercussion.

Ce principe est certain dans le système du Code civil. Ainsi, l'article 1108 détermine les conditions de validité, non de l'obligation mais de la convention et, bien que l'article 1234 énumère la nullité parmi les causes d'extinction de l'obligation, l'article 1304 envisage l'action en nullité ou en rescision de la convention, à la différence des autres causes d'extinction visées à l'article 1234 qui concernent toute la dette (1979). Cette solution est du reste conforme à la tradition (1980).

(1977) Voy. et comp., parmi de nombreuses définitions, celles proposées par H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 95bis, p. 141 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 399.I, p. 263 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 36 et s. ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 243 ; S. STIJNS, o.c., *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, pp. 225 et s. ; S. STIJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 57, pp. 398 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 127, pp. 399 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 1, p. 4 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 3, p. 570.

(1978) Voy. not. S. STIJNS, « De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval », *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, pp. 25 et s., n° 5, p. 27.

(1979) Il en va ainsi du paiement (art. 1235), de la novation (art. 1271), de la remise de dette (art. 1282), de la compensation (art. 1289), de la confusion (art. 1300) et de la perte de la chose due (art. 1302).

(1980) Voy. J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome I^{er}, o.c., *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I^{er}, titre XVIII, pp. 380 et s. ; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n°s 16 et s., pp. 91 et s.

A. On l'a récemment contestée en faisant valoir que la nullité devrait plutôt frapper l'obligation et n'affecter le contrat que par voie de conséquence (1981). Il est vrai que, conceptuellement, les deux positions paraissent défendables et que quelques dispositions du Code civil témoignent à cet égard d'une certaine confusion. On pense notamment aux exigences posées aux articles 1126 à 1130 du Code civil qui se rapportent en fait à l'objet de l'obligation ; quant à l'objet du contrat, il désigne en réalité, soit les effets juridiques que celui-ci a pour objectif de produire, c'est-à-dire en règle les obligations générées par le contrat, soit, dans un sens plus étroit et d'usage plus fréquent, l'obligation caractéristique engendrée par le contrat (1982). De même, plutôt que d'aborder la cause au niveau du contrat, la Cour de cassation considère que « la cause des obligations de l'une des parties ne réside pas exclusivement dans l'ensemble des obligations de l'autre partie, mais dans celui des mobiles qui a principalement inspiré son débiteur et l'a déterminé à contracter » (1983).

Cela étant, il nous paraît que d'autres conditions de validité se rapportent naturellement au contrat et qu'il serait malaisé de vouloir les apprécier au niveau de l'obligation. Tel est en particulier le cas du consentement (1984) : lorsqu'une partie exprime sa volonté de s'engager, elle le fait de manière globale dans le cadre d'une opération déterminée et il serait artificiel de considérer qu'en apposant sa signature au bas d'un document, elle émettrait en réalité une série de consentements distincts se rapportant respectivement à chacune des obligations nées du contrat (1985). De même, la capacité d'une partie est généralement définie par la loi en fonction de la nature des actes

(1981) Voy. I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 3, p. 270 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis, o.c.*, n° 534, pp. 671 et s.

(1982) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 41, p. 59 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 180, p. 281. On relèvera au passage que la question de la licéité de l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation promise, ne se confond pas avec celle de la licéité de l'objet de cette prestation ; voy., par exemple, à propos de l'assurance d'un immeuble bâti sans les permis requis, Cass., 19 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 384 ; Cass., 8 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 199 ; *adde* Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 470, avec les conclusions de M. l'avocat général HENKES.

(1983) Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181. Comp. P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 162 et s., n° 18, pp. 168 et s., pour qui la cause touche à la volonté de la partie qui s'engage de sorte qu'elle constitue une caractéristique du contrat plus que de l'obligation.

(1984) Dans le même sens, P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 16, p. 167.

(1985) Voy. dans le même sens C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 278, p. 165.

posés et non des obligations engendrées par ceux-ci (1986). La même observation pourrait être formulée à propos des formalités solennelles.

Partant de cette ambiguïté relative à l'objet de la nullité, d'autres auteurs considèrent qu'en fonction du vice, la nullité frappe tantôt le contrat, tantôt seulement ses obligations, et n'affecte alors le contrat que par voie de conséquence (1987). Quoique la question s'avère en définitive assez académique, nous préférons pour notre part nous en tenir à la conception traditionnelle selon laquelle la nullité affecte au premier chef l'acte juridique plutôt que l'obligation, bien que cette nullité de l'acte procède parfois, comme en matière d'objet, d'une illégalité propre à l'une des obligations qui rejaillit le cas échéant sur tout le contrat. Cette prise de position ne préjuge toutefois en rien de la question de savoir si la totalité de l'acte doit être anéantie ou si une partie de celui-ci peut être maintenue (1988).

B. On notera que d'autres auteurs insistent quant à eux sur le fait que la nullité n'affecterait pas à proprement parler l'acte juridique lui-même, mais seulement ses effets (1989). Alors que la distinction avancée nous paraît importante dans le domaine de la résolution où des effets demeurent toujours attachés à l'accord de volonté initial en dépit de cette sanction (à commencer par la possibilité pour le créancier d'engager la responsabilité contractuelle de son débiteur) (1990), nous avouons ne pas saisir son intérêt concret sur le terrain de la nullité. Si l'on envisage en effet les cas – et ils existent – où la nullité produit ses conséquences les plus étendues et où l'ensemble des effets juridiques nés du contrat se trouvent ainsi supprimés *ab initio*, quelle existence, autre que purement platonique, peut-il encore être reconnu au contrat ? La distinction entre l'acte et ses effets, certes possible conceptuellement, nous paraît en l'occurrence trop théorique pour être retenue (1991).

II. Ensuite, le vice à l'origine de la nullité consiste en une *violation de la loi*. Il n'entre pas dans nos intentions de nous livrer ici à un examen, même parcellaire, des causes de nullité, lequel pourrait, par son ampleur, justifier à lui seul une étude d'envergure.

(1986) Voy. par exemple l'article 410 du Code civil qui énumère comme actes du mineur sous tutelle soumis à autorisation judiciaire les actes d'aliénation, les emprunts, hypothèques, gages, baux commerciaux ou à ferme, etc.

(1987) P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n^{os} 16 et s., pp. 167 et s.

(1988) Voy. à ce propos la question des nullités partielles, *infra*, n^{os} 306 et s.

(1989) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n^{os} 385 et s., pp. 229 et s. ; T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, pp. 193 et s., n^o 2.

(1990) *Comp. infra*, n^o 350.

(1991) *Comp. les prémisses pragmatiques qui guident notre recherche, supra*, n^o 22.

Fidèle à l'attitude que nous avons adoptée jusqu'à présent, nous supposerons donc la cause de nullité acquise et concentrerons nos développements sur ses effets.

III. D'autre part, le vice affectant l'acte juridique est contemporain à sa formation ; sur un mode presque biblique, on le qualifie ainsi d'*originel*. L'intérêt de cette précision gît dans la distinction entre la nullité et d'autres sanctions – telles la résolution, la révocation ou la caducité – qui trouvent leur source dans un événement postérieur à la naissance de l'acte.

IV. Enfin, la nullité n'est jamais que la sanction ordinaire, la *sanction de droit commun* applicable à défaut de régime particulier (1992). Ainsi, par exemple, la nullité pourra être écartée au profit de l'inopposabilité (1993), de l'octroi de dommages-intérêts (1994) ou de la réduction de l'obligation lorsque celle-ci est prévue par la loi (1995). Elle peut être prononcée par voie d'action (à la requête du demandeur), par voie d'exception (à la requête du défendeur) ou encore d'office (1996).

§ 2. – *Période intermédiaire*

227. Principe – Caractère judiciaire de la nullité. On a déjà relevé que, dans la théorie moderne reçue en droits belge et français, une obligation atteinte d'une cause de nullité n'est jamais nulle de plein droit ; elle produit au contraire tous ses effets jusqu'à ce que son annulation ait été prononcée en justice (1997).

(1992) J. DE CONINCK, « Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst : privaatrechtelijke aspecten », *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, pp. 17 et s., n° 23, p. 30 ; J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 7, p. 218 ; W. VAN GERVEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jacques Herbots*, n° 7, p. 488. Voy. dans le même sens, **en droit allemand**, le § 134 du BGB : « Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt ».

(1993) Par exemple, en matière d'action paulienne (art. 1167 du Code civil). Sur la différence entre nullité et inopposabilité, cons. M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, pp. 569 et s.

(1994) Par exemple, en cas de dol incident (voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 155, p. 254).

(1995) Cass., 29 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 296 ; voy. à ce propos *infra*, n° 314.

(1996) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 322, p. 292 ; pour plus de détails, voy. *infra*, n° 249.

(1997) Voy. *supra*, n° 89. À la différence des droits belge et français, les **droits allemand** et **néerlandais** distinguent au contraire les causes de nullité et d'annulabilité : voy. *supra*, n°s 91 et s.

Il convient maintenant de préciser le fondement de cette solution ainsi que ses limites.

Deux justifications sont généralement avancées conjointement à l'appui de la nécessité d'une action en justice : d'un côté, le respect des apparences, exprimé par la maxime « provision est due au titre » ; de l'autre, le principe que nul ne peut se faire justice à soi-même (1998). La solution n'est pas neuve. Déjà, Domat pouvait écrire :

« Quoiqu'une convention se trouve nulle, celui qui s'en plaint ne peut se remettre lui-même dans ses droits, si l'autre n'y consent. Mais il faut qu'il ait recours à l'autorité de la justice, soit pour faire juger de la nullité, et le rétablir en son droit, ou pour mettre à exécution ce qui sera ordonné, en cas qu'il s'y trouve résistance [...]. Car, quand il faut user de la force, la justice n'en souffre aucune, si elle-même ne la met en usage » (1999).

Ainsi, dès qu'il existerait ne fût-ce que l'illusion d'un acte juridique, l'intervention de la justice serait nécessaire pour en prononcer la nullité et décider des conséquences de celle-ci.

Cette affirmation, généralement tenue pour évidente, connaît cependant certains tempéraments qui découlent de la portée limitée soit de la notion d'apparence d'acte, soit de l'interdiction de se faire justice à soi-même. Avant d'examiner ceux-ci, il convient toutefois de s'interroger sur le point de savoir si la distinction entre annulabilité et nullité de plein droit présente un véritable intérêt.

228. Intérêt théorique et pratique. On a déjà relevé que le caractère judiciaire de la nullité implique que celle-ci soit *prononcée* par le juge alors que si la nullité intervenait de plein droit,

(1998) Voy. *supra* les références citées à la note n° 32. On notera que, pour un auteur, le caractère judiciaire de la nullité trouverait plutôt sa cause dans l'intensité des effets de la nullité, qui est telle que seul le juge devrait être habilité à la prononcer (J. БАЕЦК, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 4, p. 326). Cette justification, qui ne trouve aucun appui dans la tradition, ne nous paraît pas déterminante, dès lors que les parties accomplissent très fréquemment des actes présentant des conséquences aussi importantes que la nullité, tant pour les parties que pour les tiers, sans devoir pour autant s'adresser à un juge. On pense notamment à la conclusion d'un contrat, à la constitution d'une société dotée de la personnalité juridique, voire même à des actes également dotés d'un certain effet rétroactif tels que l'exercice d'une condition suspensive simplement potestative ou d'une clause résolutoire expresse, la conclusion d'un partage, etc.

(1999) J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome I^{er}, *o.c.*, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I^{er}, titre I^{er}, sect. V, n° 16, pp. 151 et s.

le juge se bornerait, en cas de contestation, à *constater* celle-ci (2000).

En théorie, cette distinction devrait amener à considérer que la partie à un acte simplement annulable serait tenue d'exécuter celui-ci dans l'attente du jugement d'annulation, alors que si l'acte était nul de plein droit, elle pourrait dès l'origine opposer cette nullité comme cause de refus d'exécution. La différence entre ces deux hypothèses ne doit toutefois pas être exagérée. Certes, tant que le contrat n'a pas été annulé, le contrat entaché d'une cause de nullité existe provisoirement, de sorte que chacune des parties est tenue de l'exécuter et commet une faute en s'y refusant (2001). Cette faute sera cependant rétroactivement effacée par le prononcé de la nullité (2002).

En pratique, la partie convaincue de la nullité d'un acte invoquera donc souvent une sorte d'« exception d'illégalité » pour refuser de l'exécuter (2003). Le cocontractant n'aura alors d'autre

(2000) Voy. *supra*, n° 89.

(2001) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 25, p. 342 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 536, p. 673 et n° 558, p. 702 (cet auteur réserve l'hypothèse où le débiteur peut refuser l'exécution du contrat en invoquant le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*) ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 386.I, p. 231 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, n° 73, p. 622 ; pour une application, Cass. fr., 14 décembre 2011, *Bull.*, 2011, III, n° 215. Comp. dans un sens similaire Cass., 21 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 661, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général WERQUIN, décision dont il ressort que tant qu'une loi n'a pas été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, l'Administration ne commet aucune faute en l'exécutant. Comp. encore M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 299, pp. 412 et s., qui, examinant la situation de la personne amenée à passer un nouvel acte juridique avant qu'un précédent ait été annulé, estiment qu'« il n'y a pas faute si, en se plaçant dans les conditions où se trouvait la personne au moment où elle a décidé, le grief de nullité devait lui apparaître comme non justifié, ou au contraire comme manifeste [...], et si elle agit en conséquence ». Si cette opinion paraît pouvoir être suivie en ce qui concerne les obligations de moyen, elle paraît beaucoup plus délicate si l'obligation dont la nullité est alléguée est une obligation de résultat, car en ce cas sa simple méconnaissance fait présumer la faute. On notera enfin qu'**en droit allemand**, bien que le titulaire du droit d'annuler le contrat ne puisse en principe refuser d'exécuter celui-ci tant qu'il n'a pas notifié son intention de provoquer l'annulation, il pourrait néanmoins, lorsque son cocontractant s'est rendu coupable d'un dol ou d'un acte de violence, refuser de s'exécuter en lui opposant cette *culpa in contrahendo* (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 31, p. 558). Ce raisonnement ne paraît pas impossible à transposer en droit belge.

(2002) Voy. les références citées *infra*, n° 289 ; voy., dans le même sens, à propos du particulier qui refuse d'exécuter un acte administratif illégal, R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 23 et s., n° 36, p. 95.

(2003) À la manière d'une exception d'inexécution. À la différence de celle-ci, l'« exception d'illégalité » dont il est ici question ne jouit cependant pas d'un effet suspensif consacré en tant que tel par le droit positif ; celui-ci résulte plutôt de la position de force dans laquelle

choix que d'introduire une action en exécution forcée à l'occasion de laquelle le défendeur opposera cette fois une véritable exception de nullité. Le plus souvent, le juge se prononcera ainsi simultanément sur la demande d'exécution et sur l'exception de nullité et validera, le cas échéant, le refus d'exécution qui avait été opposé au demandeur (2004). La situation ne diffère donc guère dans les faits du cas où une partie aurait refusé d'exécuter un acte en invoquant sa nullité de plein droit et où son refus aurait été ultérieurement approuvé par le juge (2005).

Il existe cependant des cas marginaux où la validité provisoire de l'acte nul présente un réel intérêt pratique.

Tout d'abord, lorsque le créancier dispose déjà d'un *titre exécutoire* – ce qui suppose en pratique que l'obligation annulable ait été constatée par un acte authentique –, le contrat pourrait donner lieu à une mesure d'exécution forcée avant même que le juge ait pu se prononcer sur la demande en nullité (2006).

Ensuite, en cas de *nullité relative*, on sait que seule la personne protégée est habilitée à s'en prévaloir. Tant qu'elle s'en abstient, les autres parties et les tiers sont donc tenus de respecter l'existence du contrat (2007).

Mais la distinction entre nullité de plein droit et annulabilité présente également un intérêt même lorsque la nullité a déjà été soulevée par les personnes habilitées à ce faire, mais n'a pas encore été

se trouve la partie qui se refuse à exécuter ses obligations en comptant sur leur annulation ultérieure.

(2004) En effet, l'existence provisoire de l'acte nul n'impose pas au juge de prononcer une condamnation provisoire à exécuter l'acte nul dans l'attente qu'il soit statué sur l'exception de nullité : voy. en ce sens, à propos de l'article 1117 du Code civil, Cass., 5 février 1852, *Pas.*, 1853, p. 157 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 25, p. 286.

(2005) Comp. dans le même sens T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, n° 1, p. 708 ; comp. également C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, *Verbintenissenrecht*, vol. III*, *Algemeen overeenkomstenrecht*, 13^e éd. par A.S. Hartkamp et C.H. Sieburgh, Deventer, Kluwer, 2010, n° 608, qui observe qu'**en droit néerlandais**, la distinction, en théorie très marquée, entre nullité de plein droit et annulabilité s'estompe fortement en pratique dès lors que, si une partie refuse de reconnaître la nullité de plein droit dont se prévaut l'autre, cette dernière n'aura d'autre choix que d'agir en justice pour faire constater cette nullité.

(2006) Comp. dans le même sens TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, *o.c.*, n° 529, p. 185.

(2007) Pour des applications, voy. Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 262, point 6 (« Le contrat perdure tant que l'annulation, qui produit ses effets *ex tunc*, n'est pas prononcée en justice ») ; Cass., 30 juin 2003, *Pas.*, 2003, n° 387, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général ; Cass., 6 mars 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 125 ; Cass., 11 avril 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 700.

prononcée. Ainsi, la Cour de cassation de France a admis que le *juge des référés* ordonne, à titre de mesure conservatoire, l'exécution des obligations contractuelles dont la validité était par ailleurs contestée dans le cadre d'une instance au fond. Elle s'est dès lors refusée à casser l'arrêt attaqué qui avait décidé « qu'il importait peu que [la société débitrice] ait engagé une action judiciaire en contestation de la validité de son engagement dès lors qu'elle était tenue de se conformer au principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'en a pas été statué sur la validité par les juges du fond compétents et que nul ne peut se faire justice à soi-même » (2008). Certes, à l'inverse, la même Cour a déjà jugé qu'une action en annulation introduite au fond pouvait emporter la preuve d'une contestation sérieuse exclusive de l'octroi de mesures en référé (2009). En réalité, tout sera question d'espèce : le juge des référés ne condamnera le débiteur à l'exécution provisoire de l'acte que lorsque l'exception de nullité opposée par celui-ci ne présentera pas une apparence de droit suffisante (2010). Une telle condamnation n'est toutefois possible que parce qu'en règle, l'acte annulable demeure obligatoire pour les parties jusqu'à son annulation.

En Belgique, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de *bail à ferme* laisse augurer d'une autre application de l'existence provisoire du contrat nul, si l'on raisonne par analogie avec les règles applicables en matière de résolution. On sait qu'en vertu de l'article 1345 du Code judiciaire, aucune action en cette matière ne peut être admise sans qu'au préalable le demandeur n'ait demandé au juge par écrit ou verbalement de faire appeler le futur défendeur en conciliation. Ce préalable de conciliation concerne en particulier toute demande dont l'*objet* porte sur l'application des règles régissant le bail à ferme (2011). Dans une affaire, le juge d'appel avait considéré que, dès lors que le preneur avait cessé d'exercer une activité d'agriculteur à titre professionnel, il n'existait plus de bail à ferme et que le contrat de location qui continuait à courir entre les parties était régi par le droit commun. La Cour cassa cette décision en rappelant que la résolution n'intervient pas de plein droit et décide dès lors que l'action en résolution fondée sur l'article 29 de la loi sur les baux à ferme

(2008) Cass. fr., 15 juin 2004, *Bull.*, 2004, I, n° 172.

(2009) Cass. fr., 3 janvier 1996, n° 94-11917 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 83, p. 98, note n° 334.

(2010) Voy. I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 25, p. 286 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 472.

(2011) En revanche, de la seule circonstance que la *solution d'un litige* réside dans les règles de droit régissant le bail à ferme et le droit de préemption, il ne peut être déduit que l'article 1345 est applicable (Cass., 23 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 578 ; Cass., 3 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 190).

devait être précédée de la conciliation prévue par l'article 1345 du Code judiciaire (2012). Cette décision nous paraît tout à fait pouvoir être transposée dans le domaine des nullités qui, de la même manière que la résolution pour faute, n'intervient pas de plein droit. Dès lors, il faut à notre sens considérer qu'une action en nullité ayant pour objet l'application des règles régissant le bail à ferme (2013) devrait être obligatoirement soumise au préalable de conciliation, ce qui ne serait pas le cas si la nullité intervenait de plein droit.

Outre cet intérêt pratique, la distinction entre annulabilité et nullité de plein droit présente une importance sur un plan plus théorique dans le cadre de l'étude de l'effet rétroactif. Cette distinction nous a en effet déjà permis d'écarter toute idée de rétroactivité de la confirmation (2014). Nous verrons ci-dessous une autre application de cette distinction (2015).

229. Premier tempérament – Absence de toute apparence d'acte juridique. On considère généralement que, par son arrêt du 21 octobre 1971 (2016), la Cour de cassation aurait sonné le glas de la théorie de l'inexistence (2017). Par cette décision, la Cour a décidé que l'absence de consentement d'une cafetière ayant, sous le coup de l'ivresse, signé un contrat d'achat d'un juke-box n'entraînait pas l'inexistence de la convention, mais seulement sa nullité relative. De même, on admet aujourd'hui que l'absence d'objet (2018), l'absence de cause (2019) et l'inobservation des

(2012) Cass., 23 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 463.

(2013) Par exemple, une action en nullité d'un congé fondée sur le défaut de respect des formalités prévues à l'article 12 de la loi. En revanche, on peut penser qu'une action en nullité dont l'objet porte sur l'application du droit commun tomberait en dehors du champ d'application de l'article 1345.

(2014) *Voy. supra*, n° 95.

(2015) *Voy. infra*, n° 235.

(2016) Cass., 21 octobre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, p. 418, note F. RIGAUD.

(2017) Selon l'expression de S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 63, p. 406. *Voy. également* V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, pp. 26 et s. ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 25, pp. 285 et s. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 535, p. 672 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 9, p. 575 ; P. WÉRY, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 5, p. 16 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 321, p. 291.

(2018) *Voy. Cass.*, 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 358, *R.G.D.C.*, p. 602, note A. DE BOECK, et comp. le revirement opéré depuis Cass., 9 janvier 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 110 et Cass., 16 novembre 1916, *Pas.*, 1917, I, p. 316.

(2019) *Voy. en ce sens Cass.*, 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181 (second moyen, troisième branche), *R.C.J.B.*, 2011, p. 329, note S. NUDELHOLC ; **en France**, *voy. Cass. fr.*, 21 septembre 2011, n° 10-21.900, *D.*, 2011, p. 2711, note D. MAZEAUD, « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. ».

solennités imposées par la loi (2020) doivent être sanctionnées par la nullité plutôt que par l'inexistence, conformément à la théorie moderne des nullités (2021).

On oublie cependant un peu vite que les promoteurs de cette théorie eux-mêmes n'avaient nullement l'intention de condamner entièrement le concept d'inexistence. Ils entendaient uniquement lutter, en effet, contre les abus de cette notion qui, à force d'extension, avait fini par englober entièrement la catégorie des nullités absolues. Ils faisaient ainsi observer qu'il n'existe aucun critère sûr permettant de distinguer une irrégularité bénigne, censée permettre la naissance provisoire de l'acte sous la menace d'une action en nullité, d'un vice plus grave empêchant entièrement l'acte de venir à existence. En revanche, ces auteurs ont toujours considéré que lorsqu'il n'existait même pas une ébauche d'acte juridique, rien ne justifie d'imposer aux parties d'agir en justice pour en faire constater la nullité (2022). Il leur suffit en ce cas de se comporter comme si aucun acte juridique n'avait jamais été accompli, quitte à ce que l'une d'elles saisisse néanmoins le juge si un désaccord devait s'élever à ce propos.

Dans ce contexte, le critère utilisé pour déterminer si une action en nullité est nécessaire est celui de l'*apparence d'un acte juridique* (2023). Cette apparence doit être comprise dans le sens le plus large : il suffit qu'il existe une (ou, dans le cas d'un contrat, au moins deux) déclaration(s) de volonté, aussi ténue(s) ou

(2020) Voy. H. JACQMAIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 83 et s., n° 9, p. 95, qui critique la formulation utilisée par certains auteurs qui laisse croire à une résurgence de la théorie de l'inexistence.

(2021) Voy. *supra*, n° 88.

(2022) E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 149 ; *R.P.D.B.*, tome IX, v° *Nullité*, o.c., n° 234, p. 22 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 261 ; comp., avec des nuances, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 371 et s. Comp., en **droit allemand**, la notion de *Nicht-Rechtsgeschäft*, qui paraît cependant entendue de manière plus large, puisqu'on en donne comme exemple le cas d'un contrat de vente dont le prix est indéterminable (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 30, p. 550).

(2023) Comp. dans le même sens le critère utilisé en droit pénal pour décider si un acte constitue un écrit protégé : « Un écrit illisible ou informe déborde le champ d'application des articles 193 et suivants. En effet, parce qu'il ne présente pas même l'apparence d'un acte régulier, ceux qui en prennent connaissance ne sauraient lui accorder foi. Il ne peut donc avoir aucune valeur probatoire ni produire aucun effet juridique [...] Tout autre est l'hypothèse d'un acte nul ou annulable qui peut passer pour un acte valide » (A. LORENT, « Faux en écritures et usage de faux », *Droit pénal et procédure pénal*, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, n° 29, p. 21).

illégal(e) soi(en)t-elle(s), pour que toute idée d'inexistence soit exclue et qu'une action en nullité soit, en règle, nécessaire pour faire disparaître cette apparence. Nous ajouterons que la preuve de cette apparence doit être régulièrement rapportée.

La solution, qui ne concerne il est vrai que des cas à la marge, est de bon sens. Ainsi, par exemple, la déclaration d'un dément ou d'un homme ivre qui serait à ce point incompréhensible qu'on ne pourrait même pas y discerner l'apparence de l'intention de créer des effets de droit, ne mérite pas que le système juridique s'y attarde en lui reconnaissant une validité, même provisoire, dans l'attente de l'exercice d'une action en nullité (2024). On peut également parler d'inexistence d'un contrat lorsque la preuve n'en est pas régulièrement rapportée (2025) ou lorsque l'offre a été rejetée ou n'a pas été acceptée (2026) ; en ces cas, la question de sa validité ne se pose même pas. En revanche, c'est précisément parce que le contrat signé par la cafetière ivre avait au moins l'apparence d'être un contrat – en raison en l'espèce de la rédaction d'un écrit intelligible – que la Cour de cassation a, à juste titre, considéré dans son arrêt précité du 21 octobre 1971 qu'une action en nullité était nécessaire.

Par ailleurs, il est bien acquis en droit positif qu'une personne n'est pas tenue d'agir en justice pour faire écarter un acte juridique qui, quoiqu'établi en son nom, a été accompli sans son autorisation (2027). Il convient dès lors à notre sens d'admettre *a fortiori* qu'un acte qui, pour toute personne raisonnablement diligente et prudente, n'a même pas l'apparence d'un acte juridique ne devrait contraindre personne à agir en justice pour écarter cet acte.

(2024) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 721 et s. ; *R.P.D.B.*, tome IX, v^o *Nullité, o.c.*, n^o 454, p. 37. Même De Page, farouchement hostile à la théorie de l'inexistence (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n^o 101, pp. 150 et s.), est bien obligé d'admettre en matière de mariage que « s'il n'y a eu aucune espèce de célébration, aucun signe extérieur constituant une apparence de célébration (même contraire à ce que prescrit la loi), il n'y a, dans l'objectivité des choses, aucun titre dont on puisse se prévaloir. Il y a mariage *in mente*, en réalité union libre, et la nullité ne se conçoit même pas » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, vol. I, 4^e éd. par J.-P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, n^o 565, p. 582).

(2025) Voy. en ce sens Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 726 et le commentaire de M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n^o 9, p. 576.

(2026) Voy. D. MAZEAUD, *o.c.*, *D.*, 2011, n^o 5, p. 2713 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 261.

(2027) Voy. *supra*, n^o 121, II. Certes, il ne s'agit pas d'inexistence au sens strict, puisque l'acte produit déjà certains effets, mais ce qui compte ici est le fait que le représenté peut refuser d'être tenu par l'acte sans avoir besoin d'attaquer celui-ci en justice.

Ainsi circonscrite, la théorie de l'inexistence, admise en France (2028), trouve également certains échos dans la jurisprudence belge au-delà du droit des obligations.

Ainsi, en présence d'une *assurance obligatoire de responsabilité*, il résulte de l'article 87, § 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre que la nullité du contrat prononcée après le sinistre est inopposable à la victime agissant directement contre l'assureur. En revanche, les exceptions déduites de l'inexistence du contrat, de sa portée ou de la couverture du risque lui sont parfaitement opposables (2029).

Par ailleurs, dans le domaine du *droit judiciaire*, la récusation d'une chambre de la cour du travail avait été demandée par simple message électronique. Quoique non nominativement désignée par le message, une magistrate avait fait la déclaration prescrite à l'article 836, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire portant son refus motivé et celui de la chambre concernée de s'abstenir. Cependant, la Cour de cassation « [d]it n'y avoir lieu à statuer » pour le motif lapidaire suivant : « un message électronique ne répond à aucune des conditions requises pour constituer une demande en justice, et spécialement une demande en récusation, en sorte qu'il ne produit aucun effet et qu'aucune suite judiciaire ne doit lui être réservée » (2030). Cette décision est intéressante parce qu'en considérant que le message électronique était dépourvu de tout effet et qu'aucune suite judiciaire ne devait lui être réservée, la Cour de cassation semble considérer qu'il n'était même pas nécessaire d'annuler l'acte de procédure : celui-ci était tellement informé qu'il devait être tenu – quoique le terme ne soit pas expressément utilisé – pour inexistant. La solution est d'autant plus remarquable que le droit judiciaire, qui ignore les nullités non comminées par un texte exprès (article 860 du Code judiciaire), devrait être d'autant plus rétif à la reconnaissance de la théorie de l'inexistence. Même si la solution retenue en l'espèce peut être discutée (2031), elle indique en tout cas que le fait de tenir un acte pour inexistant peut encore aujourd'hui, dans certains cas, répondre aux besoins de la pratique.

La *jurisprudence administrative*, également, n'est pas insensible à l'idée d'inexistence, envisagée comme exception à l'interdiction du

(2028) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 204, p. 158 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 672, pp. 340 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 390, p. 396.

(2029) Voy. Cass., 19 octobre 2001, *Pas.*, 2001, n° 559, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER, et les références citées par celui-ci.

(2030) Cass., 25 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 66.

(2031) Voy. D. MOUGENOT, « Pourquoi ne peut-on pas former de demande en récusation par courrier électronique? », note sous Cass., 25 janvier 2008, *R.D.J.P.*, 2008, p. 217.

retrait des actes administratifs à l'expiration des délais de recours (2032). Elle précise à cet égard que « ne peut être qualifié d'acte inexistant qu'un acte qui, soit ne constitue qu'une apparence d'acte administratif, soit est affecté d'une irrégularité particulièrement grave, au point "que chacun, dans le commerce juridique, peut aisément la discerner" » (2033). La notion d'irrégularité particulièrement grave, par son imprécision, risque toutefois de donner lieu aux mêmes difficultés que la notion d'inexistence dans la théorie classique des nullités.

En définitive, la notion apparemment contradictoire d'acte inexistant (2034) – mieux vaudrait sans doute parler d'absence ou d'inexistence de tout acte – conserve une utilité parce qu'elle permet à la jurisprudence, dans des cas marginaux, d'écarter l'application du régime de la nullité (2035), jugée inopportune en l'espèce (2036). On peut y voir, au passage, l'expression du caractère fonctionnel de la nullité (2037).

230. Deuxième tempérament – Nullité amiable. Il est par ailleurs très généralement admis que, lorsque toutes les parties à un acte marquent leur accord, celui-ci peut être annulé par elles sans qu'il soit nécessaire de s'adresser au juge (2038). La solution se fonde sur l'idée qu'en ce cas, nul ne se fait justice à soi-même, puisqu'au contraire justice est faite avec l'assentiment de tous les intéressés. Cette possibilité n'est écartée que dans les rares cas où la loi s'y oppose.

(2032) C.E., 24 novembre 2004, *Leroi*, n° 137.585.

(2033) C.E., 25 septembre 2003, *S.A. Mobistar*, n° 123.480, p. 6.

(2034) « Mais la raison majeure pour laquelle il faut repousser la théorie de l'inexistence est que la notion d'"acte inexistant" est une *notion contradictoire*. S'il n'y a rien (sens du mot inexistant), il n'y a plus lieu de parler d'acte. » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 101, p. 151).

(2035) Ainsi, dans les trois cas précités, le principe de l'inopposabilité des exceptions, le respect de la procédure de récusation et la théorie du retrait des actes administratifs.

(2036) Voy. *supra*, note n° 768.

(2037) Sur l'approche fonctionnelle, voy. *supra*, n° 5 ; à propos de la nullité, voy. également *infra*, n° 240.

(2038) Voy. déjà l'extrait de DOMAT cité *supra*, n° 227 ; J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 7, p. 328 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 23 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 487 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, o.c., n° 296, p. 410 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 264 ; S. STJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 64, p. 407 ; P. WÉRY, o.c., *R.C.J.B.*, 2003, n° 32, p. 345 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 322, p. 292 ; voy. également l'article 1130-1 du **Projet Catala** et l'article 85 du **Projet Terré** ; implicitement, l'article 209, 2° *bis* (tel qu'applicable en Région flamande) et 3° *ter* (tel qu'applicable en Région wallonne) du Code des droits d'enregistrement ; *contra* : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 540, p. 321.

Ainsi, un mariage ne pourrait être annulé de commun accord sans recours au juge, car ce serait contourner le principe selon lequel le lien matrimonial, sanctionné par l'autorité publique, ne peut être dissous que dans le respect des procédures prévues par la loi (2039).

Dans le même ordre d'idées, on peut songer à l'article 14 de la loi sur les baux à ferme aux termes duquel « [L]es parties peuvent mettre fin au bail en cours à condition que leur accord soit constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge de paix, sur son interpellation ». En excluant, dans un but de protection des parties, la résiliation amiable par acte sous seing privé, le législateur a à notre sens également entendu exclure l'annulation amiable conclue autrement que dans les formes ainsi prévues.

Plus délicate est la question de savoir quels effets attribuer à une telle annulation. La doctrine est à cet égard partagée. Pour certains, il ne s'agirait pas d'une véritable annulation, mais plutôt d'une résiliation amiable visée à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, et dotée des mêmes effets que celle-ci (2040) ; pour d'autres, au contraire, l'annulation amiable aurait exactement les mêmes effets qu'une annulation judiciaire, et pourrait à ce titre porter atteinte aux droits des tiers (2041).

À notre sens, rien ne justifie de pénaliser les parties qui auraient décidé de recourir à une annulation amiable en les privant du bénéfice des effets normalement reconnus à une annulation judiciaire. Celle-ci ne s'impose en effet, comme nous l'avons vu, qu'au nom de l'interdiction faite à chacun de se faire justice à soi-même. Au cas où les parties parviendraient à s'entendre pour constater ensemble l'annulation et rétablir ainsi elle-mêmes la légalité, rien ne justifie de les traiter plus défavorablement que si elles s'étaient adressées au juge. Il en va d'autant plus ainsi que la solution contraire, outre

(2039) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 453 et s. et 488 et s.

(2040) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 7, p. 328 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 557, p. 701 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 697, p. 344 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, n° 30, p. 6 ; S. STJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 64, p. 407, note n° 307. Nous réservons à cet égard la question d'un éventuel effet rétroactif de la résiliation de commun accord, qui sera examiné *infra*, n° 565, mais notons déjà que, dans l'esprit de ces auteurs, une telle résiliation aurait des effets moins étendus qu'une annulation judiciaire, notamment en ce qui concerne les droits des tiers.

(2041) V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, pp. 23 et 114 (qui réservent le cas de l'action paulienne) ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 286 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 389, p. 396.

qu'elle paraît malaisée à justifier en ces temps d'arriéré judiciaire, pourrait être aisément contournée par les parties en introduisant une action en annulation contre laquelle la partie défenderesse déclarerait se référer à justice (2042).

Si jamais l'annulation amiable était utilisée abusivement par les parties au détriment des droits des tiers, il resterait loisible à ceux-ci de saisir les tribunaux pour contester la convention d'annulation amiable. S'il devait s'avérer que les parties ont faussement invoqué une prétendue cause d'annulation afin en réalité de porter atteinte aux droits des tiers, ceux-ci pourraient dès lors à notre sens faire annuler cette convention en raison de sa cause illicite, à savoir la fraude aux droits des tiers (2043). Du reste, si jamais les tiers refusaient de tirer les conséquences concrètes d'une annulation amiable en s'abstenant par exemple de donner suite à la revendication qui en découle, les parties n'auraient d'autre choix que d'assigner les tiers en justice, ne pouvant se faire justice à elles-mêmes. Le juge serait ainsi amené à apprécier lui-même le bien-fondé de l'annulation amiable.

231. Troisième tempérament – Dérogations légales. Une troisième exception au caractère judiciaire de la nullité est le cas où le législateur aurait lui-même dispensé les parties de s'adresser à la justice. Le problème se pose en particulier à propos du nombre croissant de dispositions qui réputent non écrites un certain nombre de clauses jugées illégales (2044).

De telles dispositions suscitent en réalité deux questions distinctes. Premièrement, il s'agit en effet de savoir si la clause réputée non écrite est véritablement nulle de plein droit, en ce sens qu'aucune action en justice ne serait nécessaire pour faire disparaître l'illégalité. Deuxièmement, et en toute hypothèse, se pose la

(2042) Si, techniquement, le référé à justice demeure une contestation, on sait qu'en pratique le juge a tendance en ce cas à faire droit aux prétentions du demandeur.

(2043) Comp. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 493, qui envisage l'hypothèse où la nullité amiable serait contestée par l'une des parties elles-mêmes, en démontrant l'absence de vice de la convention.

(2044) Voy. not. les articles 900, 1153 *in fine*, 1231, § 3, et 1762*bis* du Code civil, 2 de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association, 56 de la loi sur les baux à ferme, 455 du Code des sociétés et 28 et s. de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ; voy. également l'article 1676, § 5, du Code judiciaire (tel que modifié par la loi du 24 juin 2013) qui répute « nulle de plein droit » la convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige relevant de la compétence du tribunal du travail.

question de savoir si la nullité – judiciaire ou de plein droit – est nécessairement limitée à la seule partie illégale du contrat, ou au contraire si la totalité de celui-ci peut de la sorte être anéanti. C'est donc le problème de la divisibilité du contrat qui est alors en cause.

Ici également, les auteurs sont partagés quant au sens à donner aux dispositions légales précitées. Pour les uns, principalement représentés en France, le législateur aurait ainsi manifesté l'intention de supprimer purement et simplement les clauses litigieuses des contrats en cause, sans qu'aucune action en justice ne soit nécessaire. Le contrat serait en quelque sorte réécrit par la main même du législateur ; il s'agirait de la consécration légale d'une forme d'inexistence partielle, sanction autonome et distincte de la nullité judiciaire (2045). L'accent est donc mis sur la première question épinglée ci-avant, à savoir celle de la nullité de plein droit, même si la deuxième question – à savoir celle de divisibilité du contrat – n'est pas entièrement absente de leur raisonnement.

Pour les autres, en revanche, qui représentent la position majoritaire en Belgique, on ne peut prêter au législateur, du seul fait qu'il utilise l'expression « réputée non écrite », l'intention de tenir ces clauses pour véritablement inexistantes. Dans cette perspective, la nullité demeurerait donc en principe judiciaire. En revanche, de telles dispositions sont considérées comme révélatrices de la volonté de donner une indication au juge quant à l'étendue de la nullité à prononcer. En ce sens, ces dispositions légales s'inséreraient, sauf intention contraire manifestée clairement par le législateur, dans la théorie des nullités partielles (2046).

(2045) Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1019, p. 2096 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 540, p. 678 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, o.c., n° 104, p. 196 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 329, p. 323 ; W. VAN GERVEN, o.c., *Liber Amicorum Jacques Herbots*, n° 6, p. 487 ; de manière plus hésitante : A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 204, p. 152. Cette thèse a reçu une certaine consécration **en France** en matière de règlements de copropriété : voy. Cass. fr., 20 décembre 2000, *Bull.*, 2000, III, n° 198 ; Cass., 26 avril 1989, *Bull.*, 1989, III, n° 93 ; Cass. fr., 9 mars 1988, *Bull.*, 1988, III, n° 54 ; *contra* : Cass. fr., 20 mai 2009, n° 07-22051 : « [l']arrêt retient à bon droit que, même s'ils ont été institués par une clause du règlement de copropriété ultérieurement réputée non écrite, les syndicats secondaires n'en ont pas moins acquis dès leur constitution et jusqu'à la décision ordonnant leur suppression, une personnalité juridique opposable aux tiers ».

(2046) Voy. I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 26, pp. 286 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, o.c., n° 357, p. 294 (comp. cependant n° 326, p. 261) ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 60, p. 185 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, o.c., n° 98, p. 15 ; S. STIJNS,

Cette seconde thèse, qui a notre préférence, se justifie parfaitement si l'on se souvient que la nullité demeure la sanction de droit commun qu'il ne convient d'écarter qu'en présence d'une volonté certaine du législateur (2047). Il est par ailleurs préférable d'éviter, autant que possible, la multiplication de sanctions de nature différente en cas d'illégalité du contrat (2048).

Très significatif est à cet égard un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1967 (2049). Le juge du fond avait estimé que l'ancien article 1764^{ter} du Code civil, en vertu duquel étaient « réputées inexistantes » les clauses contraires aux principes qu'il édictait, entraînait, non la simple nullité de ces clauses, mais un véritable « effacement » non susceptible de confirmation. Cette décision est censurée par la Cour. En des termes formels, elle décide que « cette distinction est arbitraire » et que « sans doute, pour établir les sanctions qui assurent le respect de ses prescriptions, la loi du 7 juillet 1951 emploie des formules différentes, mais qu'il résulte des travaux préparatoires et du but poursuivi par le législateur que, quels que soient les termes employés par la loi du 7 juillet 1951, ces sanctions sont de même nature », à savoir la nullité relative. On mesure ainsi toute la distance parcourue depuis la théorie classique des nullités que l'École de l'exégèse avait édifiée sur la base de quelques variations dans la terminologie utilisée par les rédacteurs du Code civil (2050).

La Cour de cassation a confirmé cette manière de voir dans un arrêt du 30 juin 2003 appelé à interpréter l'article 65 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (2051). Selon qu'elles remplissent ou non les conditions énoncées par la loi, cette disposition énonce successivement que la clause de non-concurrence est « réputée inexistante », qu'elle « ne peut s'appliquer » ou au contraire « peut valablement

o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n^{os} 75 et s., pp. 420 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n^o 5, p. 7 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n^o 9, p. 576 ; P. WÉRY, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n^o 12, pp. 25 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n^o 339, p. 309 ; voy. également Cass. fr., 13 mars 2007, *Bull.*, 2007, I, n^o 102, où la Cour qualifie une clause de « réputée non écrite » pour indiquer que seule cette partie de la convention est annulée, et l'avis de la section de législation du Conseil d'État du n^o 47.359/2 du 24 novembre 2009, *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2009-2010, n^o 4-1409/3, p. 4, où le Conseil d'État estime que la disposition par laquelle une clause compromissoire est réputée non écrite est une règle impérative dont la violation est soumise au régime de la nullité relative. Sur la nullité partielle, voy. *infra*, n^{os} 307 et s.

(2047) Voy. *supra*, n^o 226, IV.

(2048) Sur la réticence à admettre des solutions *sui generis*, voy. *supra*, n^o 26, I.

(2049) Cass., 16 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 858, et la note (1) signée R.H., p. 859.

(2050) Comp. *supra*, n^o 87.

(2051) Cass., 30 juin 2003, *Pas.*, 2003, n^o 387, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général.

figurer » dans le contrat, que les conditions légales concernent sa « validité » et sont énoncées « [s]ous peine de nullité » et qu'enfin la clause non conforme « ne produit pas ses effets ». Loin de se laisser intimider par un tel florilège, la Cour de cassation décide cependant « qu'il résulte de l'économie de ces dispositions que les conditions de rémunération visées aux quatre premiers alinéas de l'article 65, § 2, sont, au même titre que les conditions prescrites au cinquième alinéa, des conditions de validité de la clause de non-concurrence, dont l'inobservation entraîne la nullité de celle-ci », rejetant ainsi le moyen qui faisait dépendre de ces conditions l'existence même de la clause.

Ce tableau doit cependant être quelque peu nuancé sous l'influence croissante du droit européen (2052). En revanche, un intéressant arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 2003 ne nous paraît pas, contrairement à ce qui a pu être écrit, remettre en cause le régime des clauses réputées non écrites (2053).

232. Suite – Droit européen de la consommation. La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs impose aux États membres de prévoir que « les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Ce renvoi au droit national, conforme au principe de l'autonomie procédurale (2054), semblait permettre aux États membres de choisir parmi une large gamme de sanctions, et notamment entre l'annulation et la nullité de plein droit (2055). C'est ainsi que le législateur belge a opté pour la sanction de la nullité – c'est-à-dire, en réalité, de l'annulation – partielle. En effet, l'article 75, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur prévoit que « [t]oute clause abusive est interdite et nulle » et que « [l]e contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives » (2056).

(2052) Voy. *infra*, n° 232.

(2053) Voy. *infra*, n° 233.

(2054) Sur ce principe, limité par les principes d'équivalence et d'effectivité, voy. C.J.C.E (gr. ch.), 8 septembre 2009, *Budějovický Budvar*, C-478/07, point 88.

(2055) En ce sens, conclusions de M. l'avocat général A. SAGGIO avant C.J.C.E., 27 juin 2000, *Océano Grupo*, C-240/98 e.a., point 23.

(2056) Voy. également l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

C'était toutefois sans compter sur l'interprétation extensive donnée à la directive par la Cour de justice. Celle-ci a décidé que le juge devait se voir reconnaître la faculté de soulever d'office l'illégalité d'une clause abusive (2057), et ce, même si le droit national prévoit un délai de forclusion dans lequel le consommateur doit soulever l'illégalité de la clause et que ce délai est expiré (2058). Cette simple faculté du juge est depuis lors devenue pour lui une véritable obligation (2059), tout en respectant bien sûr les droits de la défense (2060). Par ailleurs, répondant à la question de savoir si la directive peut être interprétée « en ce sens que le fait que le consommateur n'est pas lié par une clause abusive introduite par le professionnel ne résulte pas de plein droit de la loi, mais suppose que le consommateur conteste avec succès ladite clause abusive en introduisant une demande à cet effet », la Cour a jugé que « l'expression "dans les conditions fixées par leurs droits nationaux", énoncée à l'article 6, paragraphe 1, de la directive, ne saurait être comprise comme permettant aux États membres de subordonner le caractère non contraignant d'une clause abusive à une condition telle que celle évoquée dans la première question préjudicielle. Partant, il y a lieu de répondre à la première question que l'article 6, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur, et qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause » (2061). On notera enfin que le juge national qui constate le caractère abusif d'une clause

(2057) C.J.C.E., 27 juin 2000, *Océano Grupo*, C-240/98 e.a., point 26. Comp. dans le même sens, lorsque le consommateur n'a pas été informé de l'existence de son droit de rétractation en méconnaissance de l'article 4 de la directive 85/577/CEE, C.J.U.E., 17 décembre 2009, *Martín Martín*, C-227/08, et, pour un commentaire de cette décision, J. VAN ZUYLEN, o.c., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 15, pp. 116 et s.

(2058) C.J.C.E., 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, point 36.

(2059) Voy. C.J.U.E., 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, point 41 ; C.J.U.E., 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, point 28 (le juge n'est pas tenu d'attendre que le consommateur sollicite la nullité de la clause pour la prononcer) ; C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, points 45 et s. (cette obligation s'applique également au premier stade d'une procédure d'injonction de payer, avant même que le consommateur ait pu faire opposition) ; C.J.U.E., 26 avril 2012, *Invitel*, C-472/10, point 41 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, point 49 ; C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, point 38, en matière d'annulation d'une sentence arbitrale ; voy. également, en matière d'exécution forcée d'une sentence arbitrale passée en force de chose jugée, C.J.U.E. (ord.), 16 novembre 2010, *Pohotovost*, C-76/10, point 53 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, point 53.

(2060) C.J.U.E., 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, point 52 ; C.J.U.E., 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, point 29.

(2061) C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, points 27 et s.

doit se borner à en écarter l'application sans pouvoir réviser ni modérer celle-ci (2062).

En définitive, il semble bien que nonobstant l'apparente marge de manœuvre laissée aux États membres, la directive impose à ceux-ci de priver d'effet *ab initio* les clauses abusives sans qu'une action en justice du consommateur ne soit requise à cet effet (2063). Ce résultat nous paraît pouvoir être atteint dès aujourd'hui en droit belge, sans attendre une modification législative, par la technique de l'interprétation conforme (2064). En effet, il est possible d'interpréter l'article 75, §1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 comme n'ayant pas seulement offert au consommateur la voie de l'action en nullité, mais comme ayant, plus radicalement, frappé de nullité de plein droit les clauses litigieuses.

Le même raisonnement peut être tenu, *mutatis mutandis*, à propos de l'article 7.1 de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, transposé par l'article 1649*octies* du Code civil (2065).

233. Suite – Arrêt du 25 avril 2003. On ne peut examiner la portée des clauses « réputées non écrites » sans mentionner un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 2003, lequel se prête à plusieurs lectures (2066).

Aux termes de l'article 6 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, « [à] l'expiration de chaque triennat, les parties ont le droit de demander au juge de paix la révision du loyer, à charge d'établir que, par le fait de circonstances nouvelles, la valeur locative normale de l'immeuble loué est supérieure ou inférieure d'au moins 15 p.c. au loyer stipulé dans le bail ou fixé lors de la dernière révision ».

(2062) C.J.U.E., 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, point 59 ; C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, points 65 et s.

(2063) Voy. M. TENREIRO, « The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms », *Rev. eur. dr. priv.*, 1995, pp. 273 et s., spéc. p. 282, avec les explications fournies sur l'origine de l'article 6.1 de la directive par l'auteur, alors directeur général à la Commission européenne ; comp. en ce sens C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, point 33, où la Cour insiste sur la passivité totale du consommateur dans cette affaire, n'ayant pas comparu et n'ayant introduit aucun recours contre la sentence arbitrale rendue sur le fondement d'une clause abusive ; voy. également S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 73, p. 419 ; J. VAN ZUYLEN, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 25, p. 131.

(2064) Sur ce procédé et ses limites, voy. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Mono Car Styling*, C-12/08, points 59 et s.

(2065) Pour ce rapprochement, voy. J. VAN ZUYLEN, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 28, p. 135.

(2066) Cass., 25 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 265.

En l'occurrence, les parties avaient conclu en 1962 un bail commercial dont les stipulations excluait la révision triennale du loyer. Dans le courant des années 1990, le bailleur avait cependant introduit une telle action en révision. Il fut débouté de son action par le juge du fond au motif que, bien que les stipulations du contrat de bail fussent contraires aux dispositions impératives de la loi sur les baux commerciaux, la prescription de l'action en nullité de ces stipulation était acquise au jour de l'introduction de l'action en révision.

La Cour de cassation censura cependant cette décision pour les motifs suivants :

« Attendu qu'en vertu de l'article 6 de la loi du 29 juin 1955 [lire : 30 avril 1951] sur les baux commerciaux, à l'expiration de chaque triennat, les parties ont le droit de demander la révision du loyer moyennant le respect des conditions précisées au même article ;

Que cette disposition est impérative tant en faveur du preneur que du bailleur et s'applique nonobstant toute stipulation contraire du contrat de bail ;

Que le bailleur puise la protection de l'article 6 directement dans la loi et non dans une stipulation conventionnelle du contrat de bail ;

Que, pour exiger l'application de ce droit, il n'est pas obligé de demander d'abord l'annulation des stipulations du contrat de bail qui sont contraires à ce droit ; [...] ».

Deux lectures différentes paraissent pouvoir être données de cette décision dont la portée exacte demeure à ce jour incertaine.

Dans une première interprétation, la Cour aurait considéré que les clauses contraires à l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux devaient être réputées non écrites, ce qui constituerait une sanction autonome distincte de la nullité (2067). En d'autres termes, de telles clauses seraient de plein droit supprimées de la convention sans que les parties doivent introduire à cet effet une action en nullité. Cette dernière s'avérerait dès lors imprescriptible, de même que la clause illicite inconfirmable, puisque l'action en nullité serait en toute hypothèse dépourvue d'objet (2068).

Cette interprétation peut s'autoriser tant du texte du moyen que de l'avis du ministère public – non publiés à la *Pasicrisis* –, qui se réfèrent tous deux à la notion de clause réputée non écrite. On observera toutefois que la Cour elle-même ne recourt pas expressément à

(2067) En ce sens, P. WÉRY, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 14, p. 31 ; de manière plus prudente, J. VAN ZUYLEN, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 33, p. 143.

(2068) Voy. P. WÉRY, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 14, p. 31.

cette notion (2069). Aussi une autre lecture de sa décision, sans doute plus proche du texte de celle-ci, nous paraît-elle possible (2070).

Il pourrait en effet être soutenu que la Cour n'a pas considéré que la clause du contrat contraire à l'article 6 devait être réputée non écrite, mais seulement que cette clause, quoique devenue non critiquable en raison de la prescription de l'action en nullité, ne pouvait empêcher le bailleur de se prévaloir directement de la loi sur les baux commerciaux. Sans doute l'action en nullité de cette clause n'aurait-elle pas été dépourvue d'objet si elle n'avait pas été prescrite, mais une telle action aurait en toute hypothèse été largement superflue, dès lors qu'elle ne devait pas être préalablement introduite pour obtenir la révision du loyer.

Bien qu'il n'y fasse aucune référence expresse, l'arrêt du 25 avril 2003 s'inscrit ainsi à notre sens dans le prolongement des enseignements de M. le conseiller émérite Meeùs sur la notion de loi impérative, eux-mêmes inspirés des enseignements du professeur Dabin (2071).

Le savant magistrat explique en substance que les lois impératives peuvent être réparties en deux catégories. Les premières, qu'il qualifie de négatives, se bornent à interdire de déroger à leurs dispositions ou imposent le respect d'une formalité, et sanctionnent les stipulations qui y sont contraires d'une nullité relative. Les secondes, qu'il qualifie de positives, ne se limitent pas à édicter pareille interdiction ou formalité, mais prescrivent en outre des obligations positives d'une partie envers l'autre qui « s'incorporent au contrat, en vertu de la loi, et lient certains contractants, dans le but de protéger leurs cocontractants, et cela même en l'absence de toute clause du contrat qui les prévoirait et nonobstant toute clause qui y dérogerait ». Il expose ensuite que « Pour cette seconde catégorie de lois impératives [...], ne se pose pas seulement la question de la *dérogation* à la loi par des conventions contraires, mais celle de la violation de la loi par la méconnaissance des obligations que celle-ci impose. » Prenant l'exemple de l'employeur qui modifie unilatéralement un élément essentiel du contrat de travail au mépris de l'article 20, 1^o, de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, il relève que « dans ce cas concret de l'application d'une loi impérative, ne se pose en aucune façon le problème de la nullité d'un acte juridique, mais uniquement celui de la sanction d'un fait illicite ». Tout au plus la partie protégée pourrait-elle renoncer au bénéfice de

(2069) Si ce n'est peut-être en décidant que l'article 6 de la loi « s'applique nonobstant toute stipulation contraire du contrat de bail ».

(2070) Dans le même sens, S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n^o 77, pp. 424 et s.

(2071) A. MEEÛS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n^o 19, pp. 514 et s.

la loi impérative, « mais cette renonciation est de stricte interprétation et n'est valable, d'une part, qu'aux conditions de droit commun, notamment la connaissance du vice d'illicéité, et d'autre part, aux conditions spéciales prévues par la loi applicable, notamment quant au temps et à la forme ».

On ne peut qu'être frappé par la similitude des termes utilisés par l'arrêt du 25 avril 2003 et ceux du conseiller Meeùs. De la même manière que celui-ci soutenait que les dispositions impératives de type positif « s'incorporent au contrat [...] nonobstant toute clause qui y dérogerait », la Cour décide que l'article 6 de la loi sur le bail commercial « s'applique nonobstant toute stipulation contraire » du contrat de bail. Par ailleurs, la Cour décide que « pour exiger l'application de ce droit, [le bailleur] n'est pas obligé de demander d'abord l'annulation des stipulations du contrat de bail qui sont contraires à ce droit », ce qui fait directement écho à l'idée selon laquelle la méconnaissance d'une loi impérative positive ne suscite pas seulement une question de nullité, mais également de sanction d'un acte illicite. Enfin, l'obligation positive décrite par le conseiller Meeùs se traduit en l'espèce par le droit pour le bailleur de demander le renouvellement du bail.

Si cette interprétation est correcte et s'il faut voir dans cet arrêt une décision de principe, sa portée pourrait s'étendre à toutes les hypothèses où « la loi règle d'autorité et de manière positive le contenu du contrat » (2072).

(2072) *Ibid.* L'auteur donne, p. 515, l'exemple des baux à ferme, baux commerciaux, contrats de travail, etc. On pense également à l'article 16, alinéa 2, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, aux termes duquel « [t]out contrat d'assurance conclu en vue de l'exécution de la présente loi est réputé couvrir de plein droit, à l'égard de la personne lésée, tous les risques qui doivent obligatoirement être assurés ». À la lumière de l'arrêt du 25 avril 2003, cette disposition aurait dès lors pour conséquence que la personne lésée pourrait toujours se prévaloir de la protection légale sans devoir, au préalable, soulever la nullité de la clause du contrat qui exclurait certains risques obligatoirement couverts. — Dans le même sens, on peut citer Cass., 13 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 512, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général J.-M. GENICOT. Dans cette affaire, la Cour casse l'arrêt attaqué pour avoir fait application d'une disposition contractuelle contraire à une disposition impérative de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre qui fait peser la charge de la preuve sur la tête de l'assureur, et ce, sans qu'apparemment la nullité de cette disposition contractuelle n'ait été prononcée ni même invoquée. Voy. également Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 477, et la lecture qu'en propose J. VAN ZUYLEN, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 34, p. 144. — En revanche, et comme le relève S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 77, p. 425, cette jurisprudence ne concernerait pas les dispositions formulant de simples interdictions, telles que les articles 73 et suivants de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur qui prohibent le recours à des clauses abusives. Celles-ci sont de toute façon déjà visées par le régime autonome imposé par le droit européen (voy. *supra*, n° 232).

On notera que, dans cette seconde interprétation, si les parties peuvent se dispenser d'agir en nullité des stipulations du bail pour bénéficiaire de la protection de la loi, rien ne les empêche cependant d'introduire une telle action en nullité. Celle-ci pourrait encore présenter un intérêt dès lors que l'annulation des stipulations litigieuses pourrait en principe entraîner l'annulation de toute la convention, à condition qu'elles aient été déterminantes de la volonté des parties (2073).

234. Quatrième tempérament – Annulation unilatérale.

I. Il reste à examiner si, plus fondamentalement, il est possible de concevoir une nullité à la fois unilatérale et extrajudiciaire, découlant de la notification adressée par une partie à une autre de sa décision d'annuler le contrat.

D'un point de vue théorique, le droit comparé permet de répondre aisément à cette question par l'affirmative.

Ainsi, **en droit allemand**, l'annulation (2074) est en règle exclusivement extrajudiciaire et découle toujours d'une notification adressée par une partie à une autre (§ 143 du BGB). **En droit néerlandais**, le NBW prévoit, à côté de l'annulation judiciaire (article 3:51), la possibilité pour les parties de provoquer l'annulation par simple notification (article. 3:50) (2075). Lorsque le destinataire de l'acte d'annulation conteste celle-ci, ou que les parties sont en désaccord sur l'étendue des restitutions, un tribunal est alors appelé à décider sur ces questions (2076). En cas de vice de consentement, l'annulation intervient également par voie de notification extrajudiciaire dans le **DCFR** (article II. – 7:209), dans la proposition de **DCEV** (article 52) et dans les **Principes d'Unidroit 2010** (article 3.2.11).

(2073) Voy., sur le caractère total ou partiel de la nullité, *infra*, n^{os} 307 et s.

(2074) À ne pas confondre, pour rappel, avec la nullité de plein droit, la même distinction existant en droit néerlandais (voy. *supra*, n^{os} 91 et s.).

(2075) Une exception est prévue par l'alinéa 2 de cette disposition à l'égard des actes juridiques relatifs à un bien inscrit dans un registre. En ce cas, l'annulation ne peut prendre la forme extrajudiciaire que commun accord entre toutes les parties (voy. à ce propos C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n^o 619).

(2076) Voy., **en droit allemand**, K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 44, n^o 30, p. 803 ; **en droit néerlandais**, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n^o 620 ; J. HILMA, « Art. 3:50 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 58 et s., n^o 2, p. 58.

En droit belge également, nous sommes tenté d'admettre la possibilité d'une annulation unilatérale sur le modèle de la résolution unilatérale. On sait en effet qu'une part importante de la doctrine, soutenue par la jurisprudence des juges du fond, a admis qu'une partie à un contrat puisse, à certaines conditions et en dehors de toute clause résolutoire expresse, résoudre unilatéralement ce contrat aux torts de l'autre partie en raison d'un manquement commis par cette dernière. L'hésitation est toutefois permise dès lors qu'une certaine ambiguïté demeure dans la reconnaissance de la figure de la résolution unilatérale dans la jurisprudence de la Cour de cassation (2077).

Compte tenu de cette jurisprudence, les seuls auteurs belges qui se déclarent en principe favorables à la reconnaissance de l'annulation unilatérale estiment cependant qu'il est encore trop tôt pour accueillir celle-ci en droit positif (2078).

Nous ne partageons pas cette vue pessimiste. Après avoir brièvement rappelé les inconvénients de la nullité judiciaire (II) et repoussé les objections avancées à l'encontre de la reconnaissance de l'annulation unilatérale en droit belge (III), nous tenterons de préciser le fondement sur lequel elle pourrait reposer (IV).

II. Les inconvénients de la nullité judiciaire correspondent dans une large mesure aux reproches adressés classiquement à la résolution judiciaire, à savoir les lenteurs de la procédure, spécialement en période d'arriéré judiciaire, et les coûts qui y sont associés (2079).

Certes, lorsque le contrat a déjà été exécuté, une action en justice demeure indispensable, ainsi qu'il sera exposé ci-après, pour obtenir la restitution des prestations déjà effectuées. En revanche, lorsque le contrat n'a pas encore été entièrement exécuté, la partie convaincue de sa nullité refusera probablement unilatéralement d'en poursuivre l'exécution, alors même que sa nullité n'a pas encore été prononcée. Or, nous avons vu que, loin de condamner une telle attitude, le droit positif, s'il ne consacre pas, en tant que

(2077) Voy. à ce propos *infra*, n° 361.

(2078) S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 68, pp. 410 et s. ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2003, n° 32, p. 346 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 322, p. 292 ; adde I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 25, p. 285, note n° 65.

(2079) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 387, p. 521.

telle, l'existence d'une telle « exception de nullité », lui reconnaît néanmoins une existence de fait dans la mesure où le caractère fautif du refus d'exécution sera rétroactivement effacé au cas où la nullité du contrat est ultérieurement établie en justice (2080). Certes, un contrôle judiciaire de la réalité de la cause de nullité invoquée demeure donc possible, mais rien n'indique qu'il doive s'exercer *a priori* (2081).

L'action en nullité apparaît dans ce contexte largement artificielle, puisqu'elle ne fait que conforter une situation déjà acquise dans les faits et indirectement protégée par le droit. Il serait sans doute plus simple d'admettre que le contrat puisse être annulé par déclaration unilatérale.

III. Contre cette possibilité, plusieurs arguments sont généralement avancés.

A. La principale objection est généralement déduite du principe de *l'interdiction de se faire justice à soi-même* (2082), classiquement également invoqué à l'appui du caractère judiciaire de la résolution (2083). Un détour par le droit comparé permet à cet égard de mieux cerner la portée de cette exigence.

Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer en **droit allemand** la notion de *Gestaltungsrechte* (2084), à savoir des droits subjectifs ayant pour caractéristique commune de permettre à leur titulaire de modifier la situation juridique d'autrui sans le consentement de celui-ci par la notification d'un acte juridique unilatéral nommé *Gestaltungserklärung* (2085). Le droit d'annulation (*Anfechtungsrecht*) appartient à cette catégorie. Sans doute le pouvoir conféré par un *Gestaltungsrecht* apparaît-il comme exorbitant, parce que le titulaire du droit est admis à agir sans titre exécutoire ni procédure d'exécution forcée. L'exercice de ce droit constitue ainsi une forme de justice privée (*Selbsthilfe*) en dehors des conditions limitativement fixées par les §§ 229 et 230 du BGB. Toutefois – et cette justification nous intéresse tout particulièrement pour notre propos –, cette situation est

(2080) Voy. *supra*, n° 228.

(2081) Comp. dans le même sens, à propos de la résolution, S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 387, p. 521.

(2082) Voy. *supra*, n° 227

(2083) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 116, p. 187.

(2084) Littéralement « droits d'organisation » ou « droits d'aménagement », expression traduite en droit suisse par « droits formateurs ».

(2085) Voy. *supra*, n° 157, II.

admissible parce que le *Gestaltungsrecht* tend uniquement à opérer un changement dans la sphère du droit, et qu'il n'y a dès lors pas à craindre qu'il donne lieu à des actes de violence privée. Dès que le titulaire du *Gestaltungsrecht* entend se prévaloir des créances résultant de l'exercice de ce droit (pour obtenir le paiement d'une somme, la restitution d'une chose, etc.), il doit toujours s'adresser à la justice, conformément au droit commun (2086).

En droit belge également, il existe des situations dans lesquelles une partie est habilitée à modifier unilatéralement la situation juridique d'une autre partie. Pareille intervention unilatérale ne porte pas atteinte à l'interdiction de se faire justice à soi-même à condition qu'elle demeure cantonnée sur le pur terrain du droit, n'impliquant donc aucune contrainte matérielle sur une autre personne. En effet, se faire justice à soi-même, c'est uniquement « accomplir, sans la permission du juge, les *actes matériels* qui restituent au titulaire d'un droit les prérogatives *attachées à la jouissance de ce droit et dont il se trouvait privé par le fait d'autrui* » (2087).

(2086) Sur tout ceci, voy. E. BÖTTICHER, *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, Berlin, De Gruyter, 1964, pp. 2 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 83, pp. 40 et s.

(2087) F. RIGAUX, « Rapport sur le principe “Nul ne peut se faire justice à soi-même” en droit privé belge », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, Paris, Dalloz, 1970, pp. 11 et s., spéc. p. 24 (nous soulignons ; l'auteur observe, p. 26, que dans une seconde acception, « [s]e fait encore justice, celui qui réussit, par une voie légale, à détourner ou à empêcher un autre à faire valoir son droit devant un juge impartial, magistrat étatique ou arbitre privé ») ; voy. dans le même sens J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 4, p. 326 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1106, p. 2238 (à propos de la résolution unilatérale) ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 390 et s. ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, o.c., n° 114, p. 69 (« le concept de justice privée n'intervient qu'au stade de l'exécution d'un droit et non pas à celui de sa création ») ; R. NERSON, « Rapport de synthèse sur “Nul ne peut se faire justice à soi-même, le principe et ses limites” en droit privé », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, Paris, Dalloz, 1970, pp. 135 et s., spéc. p. 136. — Il est vrai que pareille restriction à la sphère des actes matériels n'apparaît pas dans un arrêt du 24 mai 1976 qui a élevé l'interdiction de se faire justice à soi-même au rang de principe général du droit et précisé que « si, exceptionnellement, la résistance individuelle à un acte du pouvoir est juridiquement reconnue, c'est aux conditions, notamment, que l'illégalité de l'acte soit flagrante et qu'elle nécessite une réaction sans retard » (Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1014, avec les conclusions de M. l'avocat général BALLET). Cet arrêt, rendu en matière pénale à propos d'un acte de l'autorité, ne nous paraît cependant pas transposable tel quel dans les rapports civils. — Comp. la position plus réservée de T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n°s 585 et s., pp. 416 et s., qui admet cependant que le principe de l'interdiction de se faire justice à soi-même n'est « pas décisif », pouvant céder face à des intérêts supérieurs.

À cet égard, les exemples de modification unilatérale de la situation d'autrui sans recours à justice abondent (2088). On songe à l'acceptation qui, acte unilatéral, fait naître le contrat qui lie tant l'offrant que l'acceptant, sans que ce dernier n'ait besoin de faire reconnaître l'existence de ce contrat en justice ; au contraire, c'est l'offrant qui sera normalement tenu d'agir en nullité s'il conteste être lié par le contrat qui présente au moins une apparence d'existence (2089). On pense également à la résiliation unilatérale qui est de droit dans certains contrats (2090) ou aux différentes hypothèses de *partijbeslissing*.

Par ailleurs, le droit belge admet certains actes de justice privés, pour autant qu'ils n'impliquent aucun recours à la violence. Ainsi, en cas de manquement d'une partie à un contrat synallagmatique à ses obligations, « le principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques autorise le contractant à différer, *sans intervention judiciaire*, l'exécution de ses propres obligations » (2091). Il s'agit donc bien d'un acte de justice privée (2092), autorisé parce qu'il n'implique aucune contrainte matérielle sur la personne ou sur les biens d'autrui (2093). Le droit de rétention, dont on connaît l'étroite parenté avec l'exception d'inexécution, porte certes sur le bien d'autrui, mais le créancier rétenteur détient alors déjà entre ses mains l'objet qu'il retient ; pour autant qu'il ne pose lui-même aucun acte de violence pour obtenir cet avantage, il ne s'écarte donc pas de l'interdiction de se faire justice à soi-même (2094). On peut encore voir une forme de justice privée dans l'institution de la compensation légale (2095).

(2088) Nous laissons pour le moment de côté le cas controversé de la résolution unilatérale (voy. à ce propos *infra*, n^{os} 360 et s.).

(2089) Voy. *supra*, n^o 229.

(2090) Contrats à durée indéterminée (arg. art. 1780 du Code civil), dépôt (art. 1944 du Code civil), mandat (art. 2004 du Code civil), etc.

(2091) Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, n^o 586. Nous soulignons.

(2092) J. BÉGUIN, « L'adage "Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit français" », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, Paris, Dalloz, 1970, pp. 41 et s., spéc. p. 51 ; F. RIGAUX, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, p. 15 et s. ; adde R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 644 (qui y voit plutôt une forme d'exécution privée).

(2093) Voy. dans un sens similaire J. BÉGUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, p. 50.

(2094) Voy. dans le même sens J. BÉGUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, p. 57.

(2095) J. BÉGUIN, *o.c.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, p. 66.

Dans ces conditions, le principe de l'interdiction de se faire justice à soi-même nous paraît constituer une justification insuffisante du rejet de la figure de l'annulation unilatérale (2096). Celui-ci ne nous paraît en effet pas parvenir à expliquer pourquoi une partie devrait se voir refuser la possibilité de prendre le risque d'annuler le contrat en invoquant unilatéralement une cause de nullité notifiée en dehors de toute procédure judiciaire, cet acte demeurant limité dans ses effets à la seule sphère du droit. Ce n'est qu'au cas où le cocontractant ou les tiers contesteraient le bien-fondé de cette annulation ou refuseraient de s'y conformer dans les faits, en s'abstenant par exemple de procéder aux restitutions requises, qu'une action en justice serait nécessaire pour faire reconnaître judiciairement tant l'existence que les conséquences de la nullité déjà provoquée.

B. Un second argument qui pourrait être opposé à la possibilité d'une annulation unilatérale est *l'article 1117 du Code civil*, aux termes duquel « [l]a convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ». Celui-ci ne consacre-t-il pas la nécessité d'introduire une action en justice pour provoquer la nullité du contrat ?

Cet argument de texte ne doit cependant pas nous effrayer outre mesure. Tout d'abord, sa portée paraît tout au plus s'étendre aux vices de consentements, voire aux nullités relatives, par opposition aux nullités absolues qui pourraient quant à elles être privées d'effet sans recours à justice, comme paraît l'impliquer l'article 1131 aux termes duquel « [l]'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » (2097). Mais surtout, l'article 1117 s'avère, compte tenu de son ancienneté, hautement malléable (2098). C'est ainsi qu'il pourrait être interprété comme visant le *quod plerumque fit*, sans exclure pour autant que

(2096) Voy. dans le même sens J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 4, p. 326, qui rejette cependant cette possibilité pour d'autres motifs discutés ci-après. D'ailleurs, « si la confirmation d'un acte annulable peut avoir lieu par acte unilatéral, n'est-il pas d'une symétrie logique qu'il en soit de même de son annulation ? » (J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations, o.c.*, n° 108, p. 202).

(2097) C'est du moins ainsi qu'étaient entendues ces dispositions sous l'empire de la théorie classique des nullités : voy. *supra*, n° 87.

(2098) Sur ce que la marge d'interprétation d'un texte augmente avec le passage du temps, voy. *supra*, n° 25.

le contrat soit également dissous de manière unilatérale. Telle est du moins la manière dont le texte, similaire, de l'article 1184, qui prévoit que « [l]a résolution doit être demandée en justice », est aujourd'hui compris (2099). Par ailleurs, nous verrons que le texte pourtant clair des articles 900 et 1172 du Code civil a, au terme d'une évolution, été interprété, non plus comme visant respectivement les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, mais comme consacrant deux solutions distinctes – à savoir la nullité partielle et la nullité totale –, applicables chacune à l'ensemble des actes juridiques en fonction des circonstances (2100). De la même manière, les articles 1117 et 1131, lus conjointement, pourraient, avec un brin d'inventivité, se comprendre comme consacrant la possibilité tant d'une annulation judiciaire que d'une annulation unilatérale.

C. D'autres objections sont encore avancées à l'encontre de la reconnaissance de l'annulation unilatérale en droit belge (2101).

Ainsi, la nullité aurait des conséquences tellement étendues, et en particulier rétroactives, tant pour les parties et que pour les tiers, qu'elle ne pourrait être prononcée que par le juge. En outre, la nullité extrajudiciaire serait contraire à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, qui interdit qu'une partie mette fin unilatéralement au contrat hors des cas prévus par la loi. Enfin, cette figure serait difficilement compatible avec la réticence à admettre celle de la résolution unilatérale.

En remettant l'examen détaillé de ce dernier argument à plus tard (2102), qu'il nous soit permis d'avouer que les autres éléments avancés nous paraissent peu convaincants.

Ainsi, s'il est exact que la nullité produit des conséquences étendues pour les parties et pour les tiers, il n'en demeure pas moins, comme on l'a déjà souligné, qu'aucune mesure concrète ne pourra être prise à leur encontre sans l'intervention d'un juge. Jusqu'à ce moment, l'effet rétroactif de la nullité se trouve donc largement entravé (2103).

(2099) Voy. *infra*, n^{os} 360 et s.

(2100) Voy. *infra*, n^o 307.

(2101) Voy. J. БАЕЦК, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n^o 12, pp. 330 et s.

(2102) Voy. *infra*, n^{os} 360 et s.

(2103) *Adde* l'objection formulée *supra*, note n^o 1998.

Par ailleurs, le prescrit de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil ne nous paraît pas méconnu dès lors que l'on veut bien voir dans la loi violée la cause légale autorisant précisément la dissolution unilatérale du contrat. Cette idée apparaît d'autant plus facile à admettre que le principe de la convention-loi ne s'applique, aux termes de l'alinéa 1^{er} de cette disposition, qu'aux « conventions légalement formées », c'est-à-dire exemptes de toute cause de nullité.

IV. C'est en effet le respect de la loi violée qui nous paraît constituer le meilleur *fondement juridique* de la reconnaissance de l'annulation unilatérale en droit belge. Nous avons vu à cet égard que, dans la conception moderne, la nullité n'est qu'un instrument mis au service de la réparation de la légalité (2104). Or, précisément, l'annulation unilatérale nous paraît constituer la meilleure manière de renforcer *l'efficacité de la sanction*, en évitant que le rétablissement de la légalité ne soit entravé par les risques de lenteur et les coûts inhérents à l'obligation d'introduire une action en justice. Cette solution apparaît d'autant plus légitime qu'à la différence de la résolution, la nullité n'implique en règle aucun pouvoir d'appréciation du juge, qui n'a d'autre choix que de la prononcer si les conditions en sont réunies (2105).

Le pouvoir ainsi reconnu à la partie qui annule le contrat n'apparaît pas si exorbitant que cela. Tout d'abord, on sait que la *condition résolutoire*, lorsqu'elle se réalise, met fin au contrat de plein droit (2106). Or, n'est-il pas paradoxal de conférer ainsi à la condition une efficacité supérieure à celle de la nullité qui, quant à elle, supposerait toujours l'introduction d'une action en justice ? (2107) Ensuite, on a vu que lorsque le *représentant a agi sans pouvoir*, le représenté peut refuser de se considérer lié par l'acte accompli en son nom sans avoir besoin d'introduire la moindre action en justice à cet effet (2108). Par ailleurs, nous avons déjà souligné que sous l'empire de la *théorie classique des nullités*, un certain nombre de vices étaient considérés comme tellement graves qu'ils entraînaient la nullité de plein droit du contrat,

(2104) Voy. *supra*, n° 88.

(2105) Voy. en ce sens P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations, o.c.*, n° 623, p. 961, et comp. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 324, p. 316, qui réserve le cas des nullités virtuelles résultant de la transgression de lois particulières ; mais voy. à ce propos *supra*, n° 88, III.

(2106) Voy. *infra*, n° 495.

(2107) Comp. à ce propos *infra*, n° 500.

(2108) Voy. *supra*, n° 121, II.

sans nécessité de faire constater celle-ci en justice (2109). Dans cette mesure, l'admission de la nullité extrajudiciaire constituerait plus un retour aux sources qu'une véritable révolution. L'engouement que suscite chez certains auteurs le « réputé non écrit », conçu comme une sanction autonome (2110), peut également être vu comme une forme de consécration partielle de l'annulation unilatérale (2111). Enfin, on admet généralement que l'adoption d'une *loi nouvelle rendant illégal le contrat* constitue un cas de force majeure entraînant de plein droit sa dissolution, par application de la théorie des risques (2112). À cet égard, on n'aperçoit pas pourquoi l'illégalité acquise permettrait aux parties de se délier de la sorte alors que l'illégalité initiale leur imposerait en toutes circonstances de saisir au préalable la justice.

Certes, la réflexion sur le sujet n'en est encore qu'à ses débuts, et il paraîtra peut-être préférable à certains d'entourer l'exercice de l'annulation unilatérale de certaines conditions, telles que l'existence d'une situation d'urgence ou d'une illégalité manifeste (2113). Quoiqu'il en soit, il nous paraît en tout cas que la figure de l'annulation unilatérale mériterait à l'avenir d'être considérée sous un jour plus favorable.

En toute hypothèse, et dès lors que l'annulation judiciaire constitue encore le *quod plerumque fit*, nous nous référerons uniquement dans la suite de l'exposé au prononcé de l'annulation par un juge, étant entendu qu'une annulation extrajudiciaire suivrait en principe le même régime.

235. Incidence sur le domaine de l'effet rétroactif de la nullité. Les tempéraments apportés ci-avant à la nécessité de faire prononcer en justice la nullité ne sont pas sans conséquence sur la détermination du domaine de son effet rétroactif.

En effet, en cas d'inexistence dans le sens restreint que nous avons retenu (premier tempérament), on se situe en dehors du champ d'application de la théorie des nullités. Si la décision du juge qui constate l'inexistence de tout acte juridique peut se voir reconnaître un quelconque effet rétroactif, ce dernier ne sera pas

(2109) Voy. *supra*, n° 87.

(2110) Voy. *supra*, n°s 231 et s.

(2111) Dans le même sens, A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 4, p. 6.

(2112) Voy. à ce propos P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, o.c., n° 30, p. 35.

(2113) Comp., à propos de la résolution unilatérale, *infra*, n° 360.

le même que celui attaché à la nullité d'un acte, mais correspondrait tout au plus à l'effet déclaratif qui s'attacherait à toute décision de justice (2114).

En revanche, en cas de nullité amiable (deuxième tempérament), nous avons estimé que celle-ci devait produire les mêmes effets qu'une nullité judiciaire, car la seule différence entre ces deux situations est la dispense de saisir un juge, compte tenu de la portée limitée de l'interdiction de se faire justice à soi-même. L'effet rétroactif sera donc dans les deux cas identiques. Il doit logiquement en aller de même en cas d'annulation unilatérale (quatrième tempérament), par identité de motifs.

Enfin, les clauses réputées non écrites (troisième tempérament) recouvrent une pluralité d'hypothèses. Dans la plupart des cas, le législateur s'est borné à indiquer par cette formule que la nullité doit rester cantonnée aux clauses litigieuses du contrat, si celui-ci peut subsister pour le surplus nonobstant cette ablation. En ce cas, le recours à justice demeure en règle nécessaire pour faire prononcer la nullité ; mais celle-ci ne sera que partielle et, dans les limites ainsi tracées, elle produira les mêmes effets qu'une nullité ordinaire, et sera dès lors dotée du même effet rétroactif.

Plus délicate est en revanche l'hypothèse où la clause réputée non écrite sera omise *ab initio* du contrat par la seule volonté de la loi et sans qu'il soit nécessaire de recourir à cet effet à justice. Peut-on en ce cas parler d'effet rétroactif ?

Certains auteurs le pensent, sans cependant s'étendre sur le régime de cet effet (2115). Dans la rigueur des principes, il ne pourrait toutefois être question de rétroactivité au sens strict. En effet, celle-ci suppose que certains effets d'un acte qui se sont déployés au cours d'une période intermédiaire soient par la suite remis en cause depuis l'origine par un événement subséquent (2116). Or, si l'on admet que certaines clauses puissent être réputées non écrites *ab initio* et que les parties aient été autorisées à se prévaloir de cette correction imposée par la loi depuis la formation

(2114) Cette question, qui touche à la matière des « droits révélés », a été exclue du champ de notre recherche (voy. *supra*, n° 8).

(2115) Voy. S. STIENS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 72, p. 416 ; M. TENREIRO, *o.c.*, *Rev. eur. dr. priv.*, 1995, p. 282 ; W. VAN GERVEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jacques Herbots*, n° 10, p. 491 ; P. WÉRY, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 11, p. 25.

(2116) Voy. *supra*, n°s 58 et s.

du contrat, il faut alors considérer que le juge qui décide dans un second temps que telle clause était réputée non écrite ne modifie pas rétroactivement les effets du contrat ; il se borne à constater les effets que celui-ci a toujours eus selon le vœu de la loi. Tout au plus pourrait-on parler de rétroactivité dans un sens large et non technique.

Quoi qu'il en soit, il reste à déterminer le régime exact de ce constat effectué par le juge. C'est en effet avoir une vision un peu théorique que de considérer que la clause litigieuse serait, par le seul effet de la loi et fût-ce à l'insu de tous, retirée du contrat depuis l'origine. En pratique, la clause aura parfois déjà reçu une exécution avant qu'une contestation ne survienne entre les parties (2117). En ce cas, le juge appelé à intervenir joue à notre sens le même rôle qu'en matière de nullité : il est le gardien de la loi, de sorte que le constat du caractère non écrit d'une clause est une sanction au même titre que la nullité. Par conséquent – et bien qu'il ne s'agisse pas d'un effet rétroactif au sens technique du terme puisque la clause était censée être déjà dépourvue d'effets avant l'intervention du juge –, il nous paraît raisonnable d'accorder, par analogie, à la décision du juge le même effet que lorsqu'il prononce la nullité d'un contrat (2118).

On observera que, de même, **en droits allemand et néerlandais**, la nullité de plein droit et l'annulabilité ont en règle des effets identiques alors qu'en théorie, seule la seconde pourrait se voir reconnaître un effet rétroactif au sens technique du terme (2119).

(2117) Par exemple, le consommateur aura pu payer un prix que le vendeur a fait varier en contravention avec l'article 74, 2^o ou 3^o, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, le vendeur aura pu livrer un bien dont il aura fait varier les caractéristiques en contravention avec l'article 74, 4^o, de la même loi, le contrat aura pu être prorogé en contravention avec l'article 74, 19^o, etc.

(2118) Voy. dans un sens analogue H. ADIDA-CANAC, *o.c.*, *Rapport de la Cour de cassation de France*, 2004, p. 111, pour qui « en règle générale l'inexistence [dont le "réputé non écrit" constitue pour cet auteur une application] produit des effets aussi ou plus rigoureux que la nullité ». Le caractère non judiciaire de cette sanction ne suffit donc pas à notre sens à lui conférer une nature totalement autonome de la nullité (comp. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n^o 6, p. 327).

(2119) Voy. *infra*, n^{os} 237 et s.

§ 3. – *Effets de la nullité*I. – *Aperçu général*

236. Droits belge et français. L'effet rétroactif de la nullité est presque unanimement reconnu (2120).

(2120) Voy. Cass., 28 novembre 2013, n° C.12.0556.N, point 10 ; Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 22 ; Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 498, point 6, A.C., 2012, n° 498, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL ; Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, point 2 ; Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 5, point 3 ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 525, point 4 ; Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 622, R.W., 2008-2009, p. 20, note J. DE CONINCK, *R.G.D.C.*, 2009, p. 359, note J. BAECK ; Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 262, point 6 ; Cass., 25 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 119 ; Cass., 21 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 274, R.A.B.G., 2006, p. 5, note B. VEECKMANS ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 100 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 221, p. 172 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1021, p. 2099 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats, o.c.*, n° 97, p. 75 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 261, p. 185 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 561, p. 707 ; L. CORNELIS et V. SAGAERT, « Postcontractuele bedingen », *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, pp. 291 et s., n° 9, p. 295 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 162 et s., n° 33, p. 174 ; P. HARMEL, « Théorie générale de la vente », *Rép. not.*, tome VII, L. I^{er}, Bruxelles, Larcier, 1985, n° 512, p. 342 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 351, p. 477 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, *o.c.*, n° 361, p. 170 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, *o.c.*, n° 570, p. 509 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 722, p. 358 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, n° 331, p. 324 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 77, p. 91 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 81, p. 12 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 285 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 2, p. 237 ; T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, pp. 193 et s., n° 2 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 174, p. 127 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 423, p. 424 ; B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2010, n° 10, p. 243 ; W. VAN GERVEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jacques Herbots*, n° 8, p. 489 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 19, p. 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 645, p. 965 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 39, pp. 610 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *o.c.*, n° 343, p. 313 ; voy. également l'article 1130-3 du **Projet Catala** et l'article 88 du **Projet Terré**. — Comp. C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 739, p. 429, pour qui seules les restitutions consécutives à la nullité seraient rétroactives. — *Contra* : R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 280 et s., spéc. note n° 2, pour qui la nullité ne peut être qualifiée de véritablement rétroactive dès lors qu'elle existe déjà à la formation de l'acte et ne dépend que d'une manifestation de volonté du titulaire du droit de critique. Ainsi, au cours de la période intermédiaire, l'acte ne serait ni valable ni nul, mais se trouverait dans un « état indéterminé ». Cette conception n'est cependant pas accueillie par le droit positif qui considère toute obligation comme valable jusqu'à son éventuelle annulation, laquelle, en revenant sur cette apparente validité, est donc bien rétroactive. En outre, il s'agit apparemment d'une querelle de mots, puisque Japiot admet par ailleurs que

Qu'elle soit absolue ou relative (2121), amiable ou judiciaire (2122), totale ou partielle (2123), invoquée par voie d'action ou d'exception (2124), la nullité ou rescision (2125) a pour objectif de replacer les parties dans la même situation que si le contrat – ou, en cas de nullité partielle, les clauses entachées de nullité – n'avait jamais été conclu. On parle encore, en termes savants, de remise en pristin état, de retour au *statu quo ante* ou de *restitutio in integrum*.

À rebours de cette quasi-unanimité, on relèvera toutefois que dans sa récente thèse de doctorat, Joke Baeck propose, *de lege lata*, d'abandonner entièrement l'effet rétroactif de la nullité et de la résolution pour inexécution (2126). Plutôt que d'examiner d'emblée cette proposition, nous préférons dresser d'abord l'état le plus complet possible des effets de la nullité, de la résolution pour inexécution et de la condition résolutoire en droit positif. Ce n'est qu'ensuite qu'il nous sera possible de poser un jugement informé sur la thèse ainsi défendue (2127).

Si le principe même de la rétroactivité de la nullité est donc très largement admis, il n'en cache pas moins d'importantes nuances

« les conséquences de l'acte tombent depuis la date de sa passation de fait » (*ibid.*, p. 510, note n° 1). – Comp. aussi la position de DE PAGE, *infra*, n° 239.

(2121) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 215, p. 169 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1021, p. 2099 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 33, p. 291 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats, o.c.*, n° 97, p. 75 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 261, p. 185 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 561, p. 707 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, p. 293 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 376, p. 224 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, *o.c.*, n° 542, p. 485 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 351, p. 476 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 177, p. 128 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 418, p. 418 ; W. VAN GERVEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jacques Herbots*, n° 8, p. 489 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 135, p. 431 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 11, p. 9.

(2122) La question est cependant discutée : voy. *supra*, n° 230.

(2123) Voy. *infra*, n° 313.

(2124) Voy. *infra*, n° 251.

(2125) On tend à réserver le terme « rescision » pour désigner la nullité trouvant sa source dans un vice de lésion. En droit positif, nullité et rescision ont cependant des effets en principe identiques (voy. not. P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 4, p. 163 ; D. MAZEAUD, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz, o.c.*, n° 82 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 317, p. 324 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *o.c.*, n° 967, p. 814).

(2126) Voy. J. BAECK, *Restitutio na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, nos 138 et s., p. 97.

(2127) Voy. *infra*, nos 537 et s.

et, parfois, de graves incertitudes. Elles concernent au premier chef le fondement même de la rétroactivité (II). Nous étudierons ensuite la manière dont elle déploie ses effets tant entre parties (III) qu'à l'égard des tiers (IV).

Conscientes à la fois de la force et des dangers du régime ainsi tracé de la nullité, doctrine et jurisprudence se sont efforcées, tantôt, d'en étendre l'influence au-delà du seul contrat vicié, tantôt au contraire, de le restreindre aux seules clauses critiquables, voire même d'en faire entièrement l'économie au profit d'autres sanctions jugées plus adaptées. Nous aborderons ces questions en traitant de l'étendue de la nullité (V).

Nous examinerons enfin dans quelle mesure les règles de la responsabilité civile sont de nature à corriger ou à compléter l'effet rétroactif de la nullité (VI).

237. Droit allemand. Comme on l'a déjà signalé, le droit allemand distingue deux formes d'inefficacité (*Unwirksamkeit*) des actes juridiques, à savoir la nullité de plein droit (*Nichtigkeit*) et l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*) (2128). Cette distinction ne correspond pas exactement à celle faite en droit belge entre nullité absolue et nullité relative. Ainsi, la violation de la loi et des bonnes mœurs est certes sanctionnée par la nullité de plein droit (§§ 134 et 138 du BGB) tandis que les actes atteints d'un vice de consentement sont simplement annulables (§§ 119, 120 et 123 du BGB). Toutefois, sont également considérées comme nulles de plein droit les déclarations de volonté émanant d'un incapable (§ 105 BGB) ou, par exemple, la violation des règles du droit du travail (2129), alors que de telles règles sont considérées comme simplement impératives en droit belge.

I. Un *acte nul* est, dès l'origine, privé de tout effet à l'égard de toute personne par l'effet de la loi (2130). En règle, chacun peut donc se prévaloir de cette nullité et il incombe au juge de l'élever d'office, même si aucune partie ne l'a invoquée (2131). Ceci n'empêche pas

(2128) Voy. *supra*, n° 91.

(2129) Voy. not. M. AHRENS, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 134, n°s 37 et s., p. 152.

(2130) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 556 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 4, p. 796 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 34, n° 487, p. 194.

(2131) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 556 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 5, p. 797.

néanmoins une partie d'attaquer l'acte en justice afin de dissiper tout doute quant à sa nullité (2132).

De manière analogue à la théorie classique des nullités telle qu'elle s'est développée en Belgique et en France (2133), la doctrine allemande a, dans un premier temps, tenté de résoudre les questions suscitées par la nullité en se fondant sur une conception naturaliste de l'acte juridique, enfermé dans l'alternative d'« être » ou « ne pas être » (2134). Par la suite, cette approche conceptuelle a cependant été remise en cause au profit d'une démarche plus fonctionnelle (2135). Ainsi, malgré l'effet étendu de la nullité, une partie de la doctrine conteste que l'acte nul soit véritablement inexistant. Déjà, dans le premier projet du BGB, il était prévu qu'un acte juridique nul n'était considéré comme n'ayant pas été adopté qu'en ce qui concerne ses effets juridiques voulus (2136). L'acte existe néanmoins, non seulement en tant que fait matériel, mais également en tant que fait juridique susceptible de se voir reconnaître des effets juridiques non voulus (par exemple, une responsabilité pour *culpa in contrahendo*) (2137). C'est ainsi que le droit allemand accepte, dans une large mesure, de maintenir les effets des contrats successifs (*Dauerschuldverhältnisse*) déjà exécutés (2138) et qu'on admet, à certaines conditions, qu'un acte déjà nul puisse encore être annulé (*Doppelwirkung*) (2139).

II. À l'inverse des actes nuls de plein droit, l'acte annulable est valable tant qu'il n'a pas été attaqué, par la voie d'une déclaration (extrajudiciaire) d'annulation. Dans l'intervalle, l'acte a donc pu se

(2132) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 7, p. 797.

(2133) Voy. *supra*, n° 87.

(2134) Pour cette analyse, voy. M. SCHERMAIER, « §§ 142-144. Anfechtung und Anfechtungsfolgen », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 803 et s., n° 8 et s., pp. 806 et s.

(2135) Sur ces deux angles d'analyse, voy. *supra*, n° 5.

(2136) Voy. le projet de § 108 : « Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre » (B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, tome I, Berlin, Decker's Verlag, 1899, p. LXXXVI). Celui-ci fut cependant supprimé par la seconde commission, à la fois parce que le concept de nullité paraissait suffisamment bien défini en doctrine et parce que les termes « in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen » auraient pu être contestés, alors cependant qu'il était difficile de trouver une formulation incontestable (*ibid.*, p. 726).

(2137) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 548 ; L. ENNECERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 202, I, n° 4, p. 1211 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 7, p. 797 ; B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, o.c.*, p. 472.

(2138) Voy. *infra*, n° 261.

(2139) Voy. *infra*, n° 289.

former et produire des effets : son annulation ne dépend que de la volonté de la partie protégée (2140). Mais, une fois déclarée, l'annulation rend rétroactivement nul l'acte attaqué (§ 142, alinéa 1^{er}, BGB) (2141), y compris à l'égard des tiers (2142). Elle fait donc par exemple tomber l'obligation de payer les intérêts (2143). On notera qu'en cas de contestation, le juge pourra toujours se prononcer sur le bien-fondé de l'annulation et, s'il décide que celle-ci repose sur un vice inexistant, considérer que l'acte est demeuré valable (2144).

III. Une fois mise en oeuvre, l'annulation produit donc des effets identiques à ceux de la nullité. À cet égard, la question cruciale est celle de la détermination de ces *effets sur le plan réel*, c'est-à-dire à l'égard des choses sur lesquelles des droits réels ont été constitués, modifiés, transférés ou éteints en vertu de l'acte frappé de nullité.

Nous avons déjà souligné qu'alors que la vente est, en droit belge, par elle-même translatrice de propriété (système moniste et causaliste), le droit allemand se caractérise par les principes de séparation et d'abstraction (2145). En vertu du principe de séparation (*Trennungsprinzip*), l'opération se décompose en deux actes juridiques différents, à savoir le titre créateur d'obligations entre les parties (*Verpflichtungsgeschäft*) et l'acte de disposition – concomitant ou postérieur – qui transfère la propriété de la chose à l'acheteur (*Verfügungsgeschäft*) (2146). En outre, le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*), dont l'homme de la rue n'a certes sans doute pas conscience (2147), signifie que les actes de disposition sortissent leurs effets, indépendamment de la question de savoir s'ils sont ou non fondés sur un titre valable (2148). Ce principe a pour objectif d'assurer

(2140) Voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 21, pp. 800 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 34, n° 488, p. 194.

(2141) Voy. de même l'article II. – 7:212, alinéa 1^{er}, du **DCFR** ; l'article 54.1 de la proposition de **DCEV** ; l'article 3.2.14 des **Principes d'Unidroit 2010**.

(2142) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 558.

(2143) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 47, n° 726, p. 290.

(2144) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 30, p. 803, qui soulignent que la loi impose dès lors parfois, dans un but de sécurité juridique, l'introduction d'une action en justice en annulation (par exemple, contre les délibérations des assemblées générales).

(2145) Voy. *supra*, n° 176.

(2146) En réalité, pour être tout à fait précis, *trois* actes juridiques sont en cause si l'on envisage un contrat de vente ordinaire : outre le titre et l'acte de disposition accompli par le vendeur sur la chose, il faut encore tenir compte de l'acte de disposition accompli par l'acheteur sur le prix. Par souci de simplification, nous n'insisterons pas sur ce troisième acte.

(2147) Voy., en ce sens, BGH, 19 juin 2007, X ZR 5/07, point 8.

(2148) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 224, p. 94. On notera que le principe d'abstraction n'avait pas cours dans le droit de l'ancienne R.D.A. (voy. BGH, 22 juin 2007, V ZR 260/06, point 10). Il est également écarté dans le **DCFR** (art. VIII. – 2:202, alinéa 1^{er} et 2).

la rapidité et la sécurité de la vie des affaires, en dispensant l'acquéreur d'un droit réel de devoir s'assurer de la validité du titre de son auteur (2149).

À première vue, le principe d'abstraction paraît donc impliquer que l'annulation d'une vente demeurerait sans conséquence sur les transferts de propriété effectués en vertu de celle-ci. À l'égard des tiers, le principe d'abstraction remplit donc une fonction équivalente aux dispositions protectrices des tiers de bonne foi (comme l'article 2279 du Code civil belge), lesquelles existent également en Allemagne (2150). L'abstraction présente donc surtout un intérêt lorsque de telles dispositions font défaut, par exemple en matière de cession de créance (2151). Quoi qu'il en soit, la portée de ce principe doit être fortement nuancée en pratique.

Ainsi, dans les rapports entre parties, même si le droit de propriété de l'acheteur n'est pas remis en cause par l'annulation de sa vente, celui-ci n'est pas pour autant autorisé à la conserver. Il sera en effet tenu, en vertu de la théorie de l'*enrichissement sans cause*, de la restituer au vendeur (2152). En réalité, la différence avec le droit belge se marque alors dans les rapports avec les tiers. En effet, le vendeur ne dispose que d'une action personnelle et non d'une action en revendication, de sorte qu'il ne pourra, en règle (2153), pas agir contre un tiers au profit duquel l'acheteur aurait disposé de la chose dans l'intervalle et devra subir la loi du concours en cas d'insolvabilité de l'acheteur (2154).

Toutefois, même dans les rapports avec les tiers, le principe d'abstraction connaît un certain nombre d'exceptions (2155).

La principale d'entre elles est l'hypothèse d'une *Fehleridentität*, c'est-à-dire le cas où le même vice affecte à la fois le titre et l'acte de disposition (2156). Dans de telles circonstances, la partie qui a dis-

(2149) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 226, p. 94.

(2150) Voy. en ce sens D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 228, p. 95.

(2151) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 229, p. 95.

(2152) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 30, p. 555 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 8, p. 797 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 227, p. 95.

(2153) Le vendeur dispose néanmoins d'un recours contre le tiers au cas où l'acheteur a disposé au profit de ce dernier à titre gratuit (§ 816, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, du BGB ; sur cette disposition, voy. not. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 137, n°s 1191 et s., pp. 406 et s.).

(2154) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 227, p. 95.

(2155) Le principe d'abstraction est également assoupli en matière de licences de droits intellectuels : voy. BGH, 19 juillet 2012, I ZR 70/10, points 17 et s.

(2156) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 231, p. 96 ; voy. aussi K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 43, p. 806.

posé d'une chose en vertu d'un contrat nul bénéficie alors d'une action en revendication, y compris en cas d'insolvabilité du débiteur de la restitution (2157). Tel est ainsi généralement le cas lorsque le vice consiste en une cause d'incapacité (2158). En cas de dol ou de violence, le même vice contamine généralement le titre et l'acte de disposition accompli par la victime, mais non l'acte de disposition accompli par l'auteur du dol ou de la violence (2159). En cas d'erreur, celle-ci ne contaminera généralement pas l'acte de disposition (2160). En cas de violation de la loi ou des bonnes moeurs, il faut interpréter celle-ci pour savoir si elle vicie le titre et/ou l'acte de disposition (2161).

D'autres dérogations au principe d'abstraction sont également envisageables. Ainsi, l'acte de disposition peut être conclu sous la condition résolutoire de la disparition du titre (2162), pour autant qu'une telle condition soit licite (2163). Mais, en l'absence d'une clause expresse en ce sens, on ne peut admettre, compte tenu du principe d'abstraction, que la volonté hypothétique des parties soit systématiquement de lier le sort de l'acte de disposition à celui du titre (2164). Dans le même ordre d'idées, il apparaît critiquable de considérer que ces deux actes juridiques distincts n'en formeraient qu'un dans l'esprit des parties, en sorte que la disparition de l'un devrait entraîner celle de l'autre (2165). À nouveau, une telle construction paraît contraire aux principes de séparation et d'abstraction (2166).

Pour une discussion et un affinement des solutions exposées au texte, voy. M. SCHERMAIER, *o.c.*, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, §§ 142-144, n^{os} 10 et s., pp. 809 et s.

(2157) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 46, n^o 712, p. 284 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 44, n^o 44, p. 806.

(2158) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 232, p. 97.

(2159) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 234, p. 97 ; voy. également K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 44, n^o 44, p. 806.

(2160) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 233, p. 97 ; voy. également K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 44, n^o 44, p. 806, qui donnent comme exemple le cas d'une erreur dans la fixation du prix (seul le titre est alors annulable), mais distinguent cette hypothèse du cas où le vendeur se trompe en livrant une chose différente de celle convenue (en ce cas, seul l'acte de disposition est annulable).

(2161) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 236, p. 97.

(2162) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 45, n^o 11, p. 820 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 239, p. 98.

(2163) Ce qui n'est pas le cas en matière immobilière (§ 925, alinéa 2, du BGB, voy. *supra*, n^o 202, D).

(2164) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 239, p. 98.

(2165) Sur ce raisonnement propre à la matière des groupes de contrats, voy. *infra*, n^o 332.

(2166) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 20, n^o 241, p. 98. De manière plus radicale, certains auteurs considèrent que, même en présence d'une clause expresse en ce sens, les parties n'auraient pas le pouvoir d'écarter le principe de l'abstraction : voy. ainsi K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 45, n^{os} 9 et s., pp. 820 et s. ; adde W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 571.

238. Droit néerlandais. Tout comme le droit allemand, le droit néerlandais distingue les actes juridiques nuls de plein droit (*nietig*) des actes simplement annulables (*vernietigbaar*) (2167). Ici également, cette distinction ne correspond pas exactement à celle existant en droit belge entre nullités absolues et relatives, même s'il existe une tendance à considérer que les règles édictées pour la protection de l'intérêt général sont sanctionnées par la nullité de plein droit (2168).

I. Lorsqu'un acte est *nul*, sa nullité existe de plein droit, sans qu'il soit nécessaire que quiconque s'en prévale ni qu'elle soit déclarée par le juge (2169). La nullité d'un acte signifie que celui-ci est privé des effets de droit visés par les parties, mais ceci n'empêche pas que l'acte nul puisse parfois encore déployer d'autres effets de droits que ceux initialement voulus (2170). Ainsi, par exemple, la conclusion d'un acte nul peut dans certaines circonstances donner lieu à une action en responsabilité extracontractuelle (2171) ou entraîner des restitutions fondées sur la théorie du paiement indu (2172). Dans certains cas, l'acte nul peut même se voir reconnaître certains des effets voulus par les parties (2173), notamment en cas de nullité partielle ou de conversion (articles 3:41 et 3:42 du NBW).

II. Lorsque l'acte est *annulable*, son sort dépend du choix effectué par la personne habilitée par la loi à se prévaloir du vice qui l'affecte. Dans l'intervalle, l'acte sortit provisoirement les effets juridiques voulus (2174). L'annulation proprement dite a un effet rétroactif au jour de l'accomplissement de l'acte juridique (article 3:53, alinéa 1^{er}), en ce sens qu'il est censé avoir été nul depuis l'origine (2175).

(2167) Voy. *supra*, n° 92.

(2168) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 615

(2169) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 607.

(2170) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 634.

(2171) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 643.

(2172) J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 199, p. 218.

(2173) J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 199, p. 217.

(2174) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 608.

(2175) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 636 ; J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 211, p. 229.

III. En pratique, la différence entre actes nuls et actes annulables est cependant assez ténue. En effet, si l'acte nul a été exécuté, une remise en pristin état sera nécessaire, tout comme en cas d'annulation (2176). Dans l'un et l'autre cas, le vice entachant le contrat produit un effet absolu, à l'égard de l'ensemble du contrat et de toute personne, partie ou tiers (2177). Mais ce principe connaît de très nombreux aménagements.

A. *Sur le plan personnel*, les parties au contrat nul ou annulé sont tenues de se restituer ce qu'elles ont reçu sur la base de la théorie du paiement indu (articles 6:203 et suivants) (2178). Ces dispositions comportent un régime complet qui règle notamment le sort des fruits, de la perte de la chose, de l'évaluation des prestations non restituables en nature, etc.

À ce stade, relevons simplement l'existence d'une disposition de portée générale permettant d'écarter l'effet rétroactif de l'annulation (2179). L'article 3:53, alinéa 2, du NBW prévoit en effet que « [i]ndien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt ». Ainsi, lorsque l'effet rétroactif de l'annulation est source de difficultés pratiques, le juge peut déroger en tout ou en partie à celui-ci, en accordant le cas échéant le paiement d'une somme d'argent à la partie lésée par cette dérogation. On considère à cet égard que cette disposition ne peut être invoquée lorsque les restitutions sont impossibles en droit, par exemple dans les contrats

(2176) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 643.

(2177) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 615.

(2178) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 634 ; J. HLJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 199, p. 218 et n° 211, p. 230.

(2179) L'application analogique de cette disposition est également admise en cas de nullité, en se fondant le cas échéant sur le principe de bonne foi (*redelijkheid en billijkheid*) : voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 644. Comp., de manière encore plus large, l'article 176 de la proposition de DCEV, qui permet de modifier toute obligation de restitution ou de paiement consécutive à l'annulation « dans la mesure où son exécution serait manifestement inéquitable, compte tenu notamment du point de savoir si la partie obligée n'a pas été à l'origine de l'annulation [...] ou en ignorait le motif ». On notera que la traduction est approximative dans la mesure où, plutôt que vérifier si la partie était ou non « à l'origine de l'annulation », il s'agit plutôt de savoir si « the party did not cause [...] the ground for avoidance » (comp., à propos de l'article 174, *infra*, note n° 2438).

successifs (2180). En revanche, elle peut trouver à s'appliquer en cas d'impossibilité ou de difficulté de fait, par exemple dans le cas où la chose a été travaillée en sorte que son enlèvement entraînerait des coûts et dégâts déraisonnables, ou parce que sa restitution porterait atteinte aux droits d'un tiers sous-acquéreur qui ne pourrait pas se prévaloir d'une disposition protectrice, ou encore dans le cas de l'annulation de la résiliation d'un bail alors que les lieux auraient déjà été reloués (2181). Même si une telle disposition permet de résoudre certaines des difficultés multiples auxquelles l'effet rétroactif de l'annulation peut donner lieu, nous avouons néanmoins une certaine réticence à l'égard d'une solution accordant un aussi large pouvoir d'appréciation au magistrat (2182).

B. *Sur le plan réel*, enfin, la nullité et l'annulation produisent également leurs effets rétroactivement. Lorsque l'acquéreur d'un bien a revendu celui-ci, l'annulation du contrat initial fait donc tomber le titre du sous-acquéreur, le système de transfert de propriété applicable aux Pays-Bas étant causal (article 3:84) (2183).

II. – Fondement

239. Fondement traditionnel – Approche conceptuelle. Le fondement traditionnellement donné à l'effet rétroactif de la nullité s'exprime communément par l'adage – formulé dans un latin approximatif (2184) – *quod nullum est nullum effectum producit* (2185). Il s'agit donc d'une approche conceptuelle de l'effet rétroactif, puisque celui-ci est analysé comme une conséquence

(2180) Voy. *infra*, n° 260.

(2181) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 639.

(2182) Voy. dans le même sens la critique sévère de M. LEHMANN, « Article 176 », *Common European Sales Law (CESL)*, o.c., n° 24, p. 718 à propos du DCEV et les réserve formulées par R. WINTGEN, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Rev. contrats*, 2008, pp. 73 et s., spéc. p. 82, envers la souplesse des PECL Comp., sur la tentation casuistique, *supra*, n° 5 et, spéc. à propos du droit néerlandais, *supra*, n° 44.

(2183) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 637 ; J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 211, p. 230 ; sur le caractère causal du droit néerlandais, voy. *supra*, n° 176.

(2184) Dans la langue classique, le verbe *producere* ne signifie en effet « produire » que dans le sens de « produire un témoin » (F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français*, Paris, Hachette, 1934, v° *produco*, p. 1246).

(2185) Voy. également, en France, « le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » (Cass. fr., 22 juin 2005, *Bull.*, 2005, III, n° 143, rendu curieusement en matière de résolution pour inexécution ; Cass. fr., 2 octobre 2002, n° 01-02.924 ; Cass. fr., 15 mai 2001, *Bull.*, 2001, I, n° 133, rendu à propos de l'effet d'un arrêt du Conseil d'État).

logique et automatique déjà comprise en germe dans la définition même de la nullité (2186). Ainsi, puisque le contrat est nul, il n'a pu produire aucun effet, et ce, depuis l'origine, puisque sa nullité est, par définition, contemporaine à la formation de l'acte (2187). Le jugement de nullité serait en ce sens déclaratif (2188). Non sans paradoxe, De Page en vient ainsi à douter de l'existence même d'un effet rétroactif :

« Un contrat nul ou rescindé n'a *jamais* existé aux yeux de la loi ; il n'a jamais été juridiquement valable. Il n'a eu qu'une existence et des destinées *de fait* et non *de droit*. La nullité ne "rétroagit" donc pas. Elle existe *ab initio* ; elle a donc *toujours* existé, et on ne peut que la *constater*. La seule conséquence est que ce qui a été accompli *en fait* donne lieu à restitution. Cela *ressemble* aux effets de la rétroactivité mais, strictement, ce n'est pas la même chose » (2189).

Point n'est besoin d'insister sur la contradiction entre ces développements et les prémisses de la théorie moderne des nullités, à laquelle cet auteur déclare pourtant adhérer (2190). En effet, il est aujourd'hui acquis que la nullité ne produit pas ses effets de plein

(2186) Sur l'approche conceptuelle, voy. *supra*, n° 5.

(2187) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 336, p. 427 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 221, p. 166 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1021, p. 2099 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 561, p. 707 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 361, p. 297 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 33, p. 174 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, o.c., n° 240, p. 388 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, o.c., n° 576, p. 515 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 61, p. 64 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 716, p. 355 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 331, p. 324 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité, o.c., n° 78, p. 12 ; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 123, p. 161 ; S. STIJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 61, p. 401 (qui se réfère également, p. 402, à la nature de sanction de la nullité) ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 418, p. 418 ; C. TUAILLON, « Annulation, restitution, réparation : l'explication », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *D.*, 2004, pp. 2175 et s., I, B.

(2188) J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, o.c., n° 106, p. 199 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 331, p. 324.

(2189) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 809, p. 780 ; pour une observation similaire, R. WINTGEN, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Rev. contrats*, 2008, pp. 73 et s., spéc. p. 79 ; *contra* : R. JAMBU-MERLIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 6, p. 275, qui voit dans un raisonnement de ce type une « pure querelle de mots ».

(2190) Voy. en particulier le passage reproduit *supra*, n° 97.

droit (2191). « *Quod nullum est* » est donc un leurre (2192), auquel la Cour de cassation de Belgique a dès lors justement refusé la qualité de principe général du droit (2193) : sauf par un raccourci de langage, un contrat n'est jamais nul en soi mais seulement annulable, sa nullité devant toujours être provoquée, le plus souvent par l'intervention d'un juge et, exceptionnellement, à l'initiative des parties seules. Or, si l'on admet qu'un contrat provisoirement considéré comme valable soit ensuite effacé au point que tout ou partie de ses effets passés soient remis en cause, il faut alors y voir une forme de rétroactivité (2194).

La seconde partie de l'adage n'est pas moins critiquable (2195). Comment affirmer, en effet, que le contrat, qui pour rappel n'était pas nul tant que sa nullité n'a pas été prononcée, n'aurait produit aucun effet, ou qu'il ne s'agirait que d'effets « de fait » et non « de droit » ? (2196) En réalité, le propre de l'obligation nulle – ou, plus exactement, annulable – est bien de sortir des effets identiques à une obligation valable, dans l'attente de son hypothétique annulation. C'est ce qui explique que son exécution puisse être poursuivie à ce stade (2197) et que – comme De Page l'enseigne lui-même – la confirmation n'ajoute rien à l'obligation, mais se borne à éteindre pour l'avenir le droit de critique (2198).

Pour le surplus, doctrine et jurisprudence ont élaboré de nombreux tempéraments à l'effet rétroactif de la nullité, lesquels sont autant de contradictions apportées au principe, énoncé en termes trompeusement absolus, que ce qui est nul serait de nul effet. Pour ne citer qu'un exemple, le refus des restitutions fondé sur l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* aboutit, au moins indirectement, à reconnaître une force obligatoire au contrat nul (2199). De cet état du droit positif, l'adage *quod nul-*

(2191) Sur ce principe et ses tempéraments, voy. *supra*, n° 227 et s.

(2192) Voy. C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 730, p. 421 ; J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 7, p. 219 ; dans le même sens, la critique de L. AYNÈS, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 2, p. 9, à l'encontre de la règle posée par la Cour de cassation de France : « Ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » (voy. *supra*, note n° 2185).

(2193) Cass., 26 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n° 62.

(2194) Sur la définition de la rétroactivité, voy. *supra*, n° 54 et s.

(2195) Voy. J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 7, pp. 218 et s.

(2196) Nous avons déjà eu l'occasion de souligner le caractère artificiel de cette distinction *supra*, n° 98.

(2197) Voy. *supra*, n° 228.

(2198) Voy. *supra*, n° 97.

(2199) F. RIGAUX, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1972, n° 19, p. 426 ; sur cet adage, voy. *infra*, n° 278 et s.

lum est et l'approche conceptuelle de l'effet rétroactif de la nullité ne rendent qu'imparfaitement compte (2200).

240. Fondement moderne – Nature et fonctions de la nullité. I. Avec l'avènement de la théorie dite moderne des nullités au tournant du XX^e siècle, l'accent a été mis sur le caractère de *sanction* de la nullité, sorte de bras armé de la loi blessée, là où la théorie classique l'envisageait plutôt comme simple conséquence logique d'une insuffisance de l'acte juridique (2201).

Ce glissement a entraîné un assouplissement du régime de la nullité – non pas dans le sens où celui-ci serait devenu moins sévère qu'autrefois, mais où il est désormais conçu de manière moins rigide, moins dogmatique. Comme l'exprimait en termes particulièrement nets le père de la théorie moderne :

« La nullité doit être organisée d'après sa nature et le but pratique qui l'a fait créer. [...] La nullité est une sanction ; elle n'a pour utilité et pour raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne, et, si l'on passe outre, de réparer le mieux possible cette violation en préservant contre les conséquences de celle-ci les intérêts que la règle violée était destinée à protéger. [...] Il ne faut envisager la nullité que comme *un accessoire des règles juridiques* » (2202).

De la même manière, le **Hoge Raad** s'est référé au « *aan het thans geldende Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt* » (2203).

(2200) De la même manière, A. LAGERWALL a démontré qu'en droit international public, « [o]n ne saurait [...] prétendre que le principe *ex injuria jus non oritur* présente la portée absolutiste qui se dégage de sa traduction littérale et selon laquelle il faudrait exclure systématiquement que *tout* droit puisse être créé à partir de *tout* fait illicite. On doit plutôt assigner au principe une portée plus restreinte qui consisterait à sanctionner les faits illicites différemment selon leur gravité et à empêcher que de tels faits puissent générer des droits uniquement lorsque ces droits sont si intimement liés aux faits illicites en question que la reconnaissance de ces droits aurait immanquablement pour effet de consolider la situation créée illégalement » (A. LAGERWALL, *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international contemporain*, thèse U.L.B., 2008-2009, tome II, p. 392).

(2201) Voy. *supra*, n° 88.

(2202) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 166 et s.

(2203) Voy. Hoge Raad, 5 janvier 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221, point 3.4.2, avec les conclusions de M. l'avocat général J. SPIER ; Hoge Raad, 17 février 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, point 4.7, avec les conclusions de M. l'avocat général J. SPIER. Voy., dans le même sens, **en droit allemand**, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 30, p. 548 (« Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäft ist stets zu sehen in Hinsicht auf den Nichtigkeitsgrund. Aus dem Nichtigkeitsgrund ergibt sich, welche Rechtsfolgen statt der gesetzten rechtsgeschäftlichen Regelung im Fall der Nichtigkeit eintreten »).

De même encore, l'article II. – 7:302 du **DCFR** prévoit que, lorsqu'une règle impérative ne prévoit pas expressément sa sanction, le tribunal peut, soit déclarer le contrat valable, soit l'annuler, en tout ou en partie, avec effet rétroactif, soit encore modifier le contrat ou ses effets. La décision prise à cet égard « should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances » (2204).

La doctrine contemporaine a emboîté le pas à ces conceptions, dont l'adoption a sans doute été facilitée par l'absence de codification législative des effets de la nullité. Le régime de la nullité est ainsi guidé par un principe de *proportionnalité* entre les effets de la sanction et le souci d'assurer le respect de la loi (2205). Compte tenu de son but pratique, le régime de la nullité doit également tenir compte du « milieu » dans lequel elle se déploie, c'est-à-dire des différents intérêts en présence dans une situation factuelle donnée (2206). Nous verrons nombreuses applications de cette conception, doctrine et jurisprudence s'étant efforcées d'enserrer le régime de la nullité, perçue comme « un mal nécessaire » (2207), dans des limites strictes permettant d'éviter que le rétablissement aveugle de la légalité ne compromette le respect d'autres valeurs, au premier rang desquels figure la sécurité juridique (2208).

II. Qualifier la nullité de sanction ne suffit cependant pas à en épuiser toute la richesse. Il convient en effet de garder à l'esprit qu'une sanction peut elle-même poursuivre concurremment

(2204) Parmi celles-ci, le texte cite à titre exemplatif : « (a) the purpose of the rule which has been infringed ; (b) the category of persons for whose protection the rule exists ; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed ; (d) the seriousness of the infringement ; (e) whether the infringement was intentional ; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract ». Comp. également les articles 3.3.1 et 3.3.2 des **Principes d'Unidroit 2010**.

(2205) Voy. les références citées *supra*, note n° 782 ; **en droit néerlandais**, J. HJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst, o.c.*, n° 199, p. 218. Nous avons déjà rencontré une application de ces conceptions dans la tendance à relativiser la distinction entre nullités absolue et relative (voy. *supra*, n° 86).

(2206) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 176 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 128, p. 404.

(2207) P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 666, p. 335 ; dans le même sens, W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 127, p. 399.

(2208) Dans certains cas, la nullité est d'ailleurs tellement attentatoire à la sécurité juridique que le législateur préfère y substituer une sanction pénale ou administrative (J.B.M. VRANKEN, « "Nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt" », *N.J.B.*, 1990, pp. 485 et s., n° 3, p. 486 ; ainsi, par exemple, les causes de nullité d'une société anonyme sont limitativement énumérées par l'article 454 du Code des sociétés, mais l'article 647, 3°, sanctionne pénalement l'omission de certaines mentions dans l'acte constitutif).

plusieurs objectifs distincts. Il ne paraît pas inutile, à cet égard, de tenter dès à présent de cerner plus précisément les différentes fonctions remplies par la nullité, dès lors que nous les retrouverons lors de l'examen détaillé du régime de celle-ci.

En droit civil, le but premier de toute sanction est généralement *réparateur*, par opposition à la sanction pénale (2209). Tel est ainsi l'objectif de la responsabilité civile, qui vise à replacer la victime dans la même situation que si la faute ou, plus généralement, le fait générateur de la responsabilité n'avait pas été commis (2210). De manière similaire, l'annulation d'un contrat visent à replacer les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (2211). Ainsi, la nullité apparaît donc principalement comme une sanction réparatrice (2212).

Mais la sanction civile peut également, à titre exceptionnel, poursuivre une finalité *répressive*. Tel est le cas, par exemple, en droit de la responsabilité, des articles 1151 et 1153, alinéa 4, du Code civil (2213). En droit des nullités, nous verrons une manifestation de cette tendance dans la règle traditionnelle *in pari causa* (2214).

Enfin, le régime de la nullité n'est pas non plus exempt de toute considération préventive ou *dissuasive*. Ceci se comprend aisément lorsque la nullité poursuit déjà un but répressif, car la peine présente toujours à la fois une finalité répressive et dissuasive (2215). Mais même la sanction purement réparatrice peut, en

(2209) K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 25, p. 219.

(2210) Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 146, point 8 ; sur le caractère non répressif d'une telle sanction, voy. expressément C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, point B.26.8.

(2211) Voy. *supra*, n° 236. Sur ce rapprochement entre le but de la nullité et celui des dommages-intérêts, voy. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 405, pp. 240 et s. ; R. JAMBU-MERLIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 24, p. 290, note n° 2 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 41 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 129, p. 406.

(2212) Voy. en ce sens C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, point B.26.6 : les nullités prévues par la loi anti-discrimination relèvent des mesures civiles qui « ne sont en rien répressives. Elles visent, d'une part, à mettre fin à la discrimination interdite et, d'autre part, à mettre à néant les conséquences de celle-ci ».

(2213) De manière plus générale, la multiplication des cas où des dommages-intérêts punitifs peuvent être octroyés en droit positif conduit à s'interroger sur le point de savoir si l'interdiction de principe de ceux-ci relève encore de l'ordre public international belge ; voy. à ce propos R. JAFFERALI, « Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie) », *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.399, p. 10, n° 47.

(2214) Voy. *infra*, n° 283.

(2215) Voy. not J. CEDRAS, « Peine », *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., 2008, p. 751.

un certain sens, être dissuasive (2216). En effet, « [e]lle a pour effet, par sa simple perspective, de décourager de l'accomplissement d'irrégularités ; si les justiciables savent que le contrat qu'ils envisagent de conclure est destiné à être annulé, ils seront dissuadés de le faire » (2217). Nous retrouverons cette question en abordant la portée de la règle *in pari causa* (2218) ainsi que la problématique de la réduction des actes nuls (2219).

241. Suite – Approche fonctionnelle de l'effet rétroactif.

Si l'on admet que le juge ne se limite pas à constater une nullité préexistante – qui aurait en quelque sorte existé au vu mais à l'insu de tous, à la manière des habits neufs de l'empereur dans la fable d'Andersen (2220) –, mais prononce véritablement celle-ci en mettant par sa décision un terme aux effets produits jusque là par le contrat, alors se pose inévitablement la question du fondement de l'effet rétroactif de ce jugement. Que celui-ci vaille pour l'avenir, soit ; mais pourquoi devrait-il également affecter le passé ?

I. Un premier élément de réponse pourrait provenir, comme dans la conception classique, du *caractère originnaire* de la nullité, qui sanctionne un vice contemporain de la nullité du contrat (2221). Le caractère rétroactif du jugement d'annulation trouverait dès lors son origine dans le fait qu'il se borne à constater l'existence d'une nullité préexistante (2222). L'argument est cependant loin d'être décisif (2223). Tout au plus le caractère originnaire de la

(2216) K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 25, p. 219.

(2217) P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 674, p. 341 ; voy. aussi L. CORNELIS, *Algemeene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 574, p. 727, et les réflexions nuancées de D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., § 43, n°s 643 et s., pp. 253 et s. Comp. C.J.C.E., 27 juin 2000, *Océano Grupo*, C-240/98 e.a., *Rec.*, 2000, I, p. 4941, point 28 : le juge doit être autorisé à examiner d'office la légalité d'une clause abusive parce qu'« un tel examen peut avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel » ; voy. également C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, point 69.

(2218) Voy. *infra*, n° 279.

(2219) Voy. *infra*, n° 316.

(2220) Voy. H.C. ANDERSEN, *Contes d'Andersen* (trad. D. SOLDI), Paris, Hachette, 1856, pp. 9 et s.

(2221) En ce sens, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 513, p. 310 ; sur cette caractéristique de la nullité, voy. *supra*, n° 226, III.

(2222) En ce sens, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 81, p. 95.

(2223) Dans le même sens, R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 1402 et s., note n° 2.

cause de dissolution rend-il plus aisément acceptable son effet rétroactif (2224).

II. D'autres se sont efforcés de faire reposer l'effet rétroactif de la nullité sur la nature de *sanction* de celle-ci (2225). L'explication appelle à être précisée dès lors que de nombreuses sanctions sont dépourvues de tout effet rétroactif.

Ainsi par exemple, nous verrons qu'**en droit allemand**, la résolution pour faute (*Rücktritt*), quoiqu'assurément constitutive de sanction, n'en est pas moins dépourvue de tout effet rétroactif (2226).

En tant que sanction, la nullité attache des conséquences juridiques à la méconnaissance de la loi. Afin d'assurer le respect des objectifs poursuivis par celle-ci, les choses doivent être remises dans le même état que si la loi n'avait pas été violée. À cet effet, les restitutions jouent un rôle central : en contraignant chaque partie à rendre à l'autre ce qu'elle a reçu en exécution du contrat annulé, on vise à défaire ce qui n'aurait pas dû être. Théoriquement, rien n'impose de situer ces restitutions dans un cadre rétroactif. On pourrait dès être lors tenté de ne voir en celui-ci qu'une simple image, censée faire mieux saisir le but des restitutions (2227).

Ainsi, nous avons déjà relevé qu'en droit de la responsabilité civile, la réparation du dommage vise également à replacer les parties dans la même situation que si la faute n'avait pas été commise (2228), sans qu'il ait été jugé nécessaire ni même opportun d'octroyer à cette réparation un caractère rétroactif. La même observation pourrait être faite à propos de l'indemnité versée à la suite d'un enrichissement sans cause ou d'un paiement indu, censée rétablir l'équilibre rompu sans pour autant intervenir *ex tunc* (2229).

On aurait cependant tort de croire que l'effet de la nullité se limite aux restitutions. Comme nous le verrons, l'annulation du contrat intéresse également les tiers, en faisant tomber leur titre d'acquisition fondé sur le contrat nul (2230). Par ailleurs, même

(2224) Comp. dans le même sens *supra*, n° 147.

(2225) Voy. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, o.c., n° 175, p. 127 ; S. STIJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 61, p. 402.

(2226) Voy. *infra*, n° 364.

(2227) Comp. *supra*, n° 56.

(2228) Voy. *supra*, n° 240, II.

(2229) R. WINTGEN, o.c., *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n° 3.

(2230) Voy. *infra*, n°s 291 et s.

entre les parties, elle déploie des effets qui sont loin de se résumer aux seules restitutions (2231).

En réalité, l'effet rétroactif de la nullité est étroitement lié à son but réparateur (2232). Plus précisément, la rétroactivité de la nullité ne constitue pas seulement une image didactique, mais surtout un procédé technique de *renforcement de l'efficacité de la sanction* destiné à garantir, dans toute la mesure jugée souhaitable, l'effacement des conséquences juridiques et matérielles du contrat annulé (2233). Justifiée et modelée par son but, la rétroactivité de la nullité doit donc être envisagée dans une perspective fonctionnelle (2234).

III. Cette approche ouvre la voie à une *application nuancée de l'effet rétroactif* (2235). Loin de constituer une conséquence dogmatique de la nullité comme la solution classique semblait l'imposer – ce qui est nul ne pouvant avoir produit le moindre effet –, l'effet rétroactif ne trouvera en effet à s'appliquer que lorsque les circonstances le justifient, conformément à la tendance contemporaine qui va dans le sens d'une flexibilisation du droit des nullités et de sa mise au service des intérêts protégés (2236). Pour le dire encore autrement :

(2231) Voy. *infra*, n° 289.

(2232) Voy. *supra*, n° 240, II.

(2233) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 5, p. 39 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n°s 452 et s., pp. 631 et s. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 161 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 79, p. 92 ; comp. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 285 (« Il convient d'ajouter que cette rétroactivité résulte de la nature de l'institution et non d'une sanction juridique : c'est à ce prix seulement que la nullité atteint son but, car elle serait souvent une sanction illusoire, si elle laissait subsister les conséquences que l'acte a eues dans le passé »).

(2234) Voy. B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.G.D.C.*, n° 9, p. 242. Sur la différence entre approches conceptuelle et fonctionnelle, voy. *supra*, n°s 5 et s.

(2235) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 10, p. 42 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 454, p. 635 ; P. MALINVAUD, « Observations conclusives », *Rev. contrats*, 2008, pp. 103 et s., spéc. p. 105 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 89, pp. 104 et s. ; S. STJENS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 61, p. 402 ; S. STJENS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 254 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 128, p. 405. Ces deux derniers auteurs paraissent même préconiser une approche plus radicale en vertu de laquelle le juge aurait le pouvoir de moduler l'effet rétroactif de la nullité dans chaque cas d'espèce en fonction des circonstances de la cause (voy. également l'article II. – 7:302 du **DCFR** reproduit *supra*, n° 240, I). Une telle approche, qui est au demeurant contredite par l'idée largement admise selon laquelle nullité absolue et nullité relative sont dotées des mêmes effets (voy. *supra*, n° 236), nous paraît toutefois excessivement casuistique (voy. *supra*, n° 5, III, et 88, III).

(2236) Sur cette tendance, voy. *supra*, n° 240.

« La rétroactivité apparaît ainsi comme un *renforcement du droit de critique*, une garantie supplémentaire accordée à celui qui en jouit. Elle peut donc se modeler suivant diverses circonstances d'opportunité qu'il appartient au législateur ou au juge de dégager. *Elle ne possède donc pas le caractère automatique, absolu, que l'on serait, dès l'abord, tenté de lui attribuer.* » (2237)

On trouve une expression de cette idée dans un arrêt de la Cour de cassation décidant que « [l']annulation d'une convention implique que les parties seront, *si possible*, placées dans une situation identique à celle qui aurait été la leur si elles n'avaient pas conclu de convention » (2238).

Cela étant, cette approche flexible ne va pas jusqu'à commander que la nullité ne puisse être appliquée qu'à la partie qui a violé la loi (2239).

C'est ainsi que l'effet rétroactif de la nullité devra être combiné et concilié avec l'application de certaines règles issues du droit commun, tels que le principe de l'exception d'inexécution (2240), l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (2241) ou la théorie des risques (2242). Une approche conceptuelle de la rétroactivité aurait au contraire eu tendance à écarter automatiquement l'ensemble de ces règles comme étant contraires au principe de la remise en pristin état.

Parmi les intérêts concurrents avec lesquels l'effet rétroactif devra compter, le principal d'entre eux est assurément le respect de la *sécurité juridique*, dont les revendications pourront s'exprimer sous différentes formes (respect des situations de fait, protection de la bonne foi, de l'apparence, des attentes légitimes des parties et des tiers, etc.). Cet objectif se mêlera souvent à des considérations pratiques visant à simplifier les opérations de restitution. À cet égard, la matière nous paraît cependant dominée par un principe qui peut être formulé comme suit : lorsque le respect de la légalité entre en conflit avec celui de la sécurité juridique à l'état pur, c'est-à-dire en l'absence d'autre circonstance pertinente, alors le premier de ces objectifs doit en principe l'emporter.

(2237) R. JAMBU-MERLIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 13, p. 282.

(2238) Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, point 2 (nous soulignons) ; voy. de même Cass., 28 novembre 2013, n° C.12.0556.N, point 10.

(2239) Voy. Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, n° 288, point 8, analysé *infra*, n° 278.

(2240) Voy. *infra*, n° 243.

(2241) Voy. *infra*, n° 257.

(2242) Voy. *infra*, n°s 264 et s.

Ainsi, la loi et la jurisprudence ont consacré un certain nombre de dérogations à l'effet rétroactif de la nullité, qui tentent de s'adapter au mieux aux particularités de la situation : protection du possesseur de bonne foi qui a consommé les fruits, mais non les produits ; protection du sous-acquéreur de bonne foi d'un meuble, mais non d'un immeuble ; exclusion des restitutions à égalité de turpitude des parties, mais uniquement lorsque la protection de l'ordre public l'exige, etc. Toutes ces solutions se justifient par des circonstances qui vont au-delà du seul souci du respect de la sécurité juridique. C'est ainsi, par exemple, que le possesseur de bonne foi est autorisé à conserver les fruits pour des motifs d'équité, parce qu'ils sont censés se consommer au jour le jour ; que la propriété des meubles doit jouir d'une protection particulière, parce que par nature ils sont appelés à circuler rapidement sans vérification du titre du vendeur ; ou que des objectifs de répression et de dissuasion sont invoqués à l'appui de la règle *in pari causa*. Mais, en dehors de toutes ces hypothèses particulières, le principe demeure celui de la remise en pristin état, afin d'effacer les conséquences de l'acte illégal.

Nous trouvons la confirmation de l'existence de ce principe en élargissant le cadre de notre réflexion au-delà du domaine strict du droit des contrats (2243). En effet, si l'on se réfère à la question plus vaste des rapports entre le principe de légalité et celui de la sécurité juridique ou de confiance légitime, on constate pareillement que la sécurité juridique ne constitue jamais à elle seule, sauf circonstances particulières et complémentaires, un motif suffisant pour écarter le principe de légalité (2244). Dans un ordre d'idées voisin, on verra que la théorie de l'apparence ne peut trouver à s'appliquer toutes les fois que le législateur a déjà réglé les conséquences de la discordance entre la réalité juridique et la réalité

(2243) Sur l'importance de cette réflexion en cercles concentriques, voy. *supra*, n° 26.

(2244) Pour une primauté absolue du principe de légalité, voy. Cass., 11 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 123, points 2 et 3, *A.C.*, 2011, n° 123, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUS ; Cass., 10 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 736, point 1, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUS ; Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 232, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DE KOSTER ; pour une approche plus nuancée, impliquant une mise en balance des principes de légalité et de confiance légitime, voy. C.C., 9 juillet 2013, n° 97/2013, point B.9 et s. ; C.C., 30 mai 2013, n° 73/2013, points B.8 et s. ; C.C., 9 février 2012, n° 18/2012, points B.8.1 et s., *T.B.P.*, 2012, p. 354, note S. VERSTRAELEN ; C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011, points B.5.4 et s. ; Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 512, point 5, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL ; Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 139, *A.C.*, 2010, n° 139, point 4, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 346, point 3 ; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 653, point 3, *R.W.*, 2007-2008, p. 1368, note P. POPELIER ; voy. également Cass., 6 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 455.

matérielle : de la sorte, le respect de la légalité l'emporte sur le souci de protéger les attentes légitimes des acteurs (2245).

Reste à préciser les solutions concrètes auxquelles cette approche souple de l'effet rétroactif permet d'aboutir. C'est à ce projet que les prochaines sections seront consacrées.

III. – Effets entre parties

242. Plan. Dans les relations entre les parties, la nullité prend principalement la forme des restitutions qui en découlent (A). Il conviendra d'en rechercher le fondement exact (1) avant de s'interroger sur le sort des fruits (2), des contrats successifs (3), des moins-values et plus-values affectant la chose à restituer (4), de la sanction particulière pouvant frapper la partie coupable de la cause de nullité (5) et de la protection dont jouit au contraire l'incapable (6).

Quoique d'une importance pratique considérable, les restitutions ne suffisent cependant pas à effacer entièrement les conséquences du contrat, raison pour laquelle la nullité produit également des effets complémentaires (B).

A. – Restitutions

1. – Principe et fondement

243. Principe. L'effet rétroactif de la nullité a pour objectif, en règle, de replacer les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (2246). Par conséquent, lorsque le contrat a déjà reçu une exécution totale ou partielle, cet effacement du passé nécessitera de défaire ce qui a été fait : toutes les prestations effectuées par les parties en exécution du contrat annulé vont devoir leur être restituées.

Selon une image parlante, le « film du contrat » est ainsi « rejoué à l'envers » (2247). On admet ainsi que, lorsque le contrat

(2245) Voy. *infra*, n° 297, V.

(2246) Voy. *supra*, n° 236.

(2247) Voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 222, p. 173 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 561, p. 707 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991, p. 33 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil*.

annulé présentait un caractère synallagmatique, les obligations réciproques de restitution conservent la même nature (2248). Elles devront dès lors être exécutées trait pour trait, ce qui permettra notamment à l'une des parties d'opposer à l'autre l'*exception d'inexécution* lorsque cette dernière s'abstient de restituer ce qu'elle a elle-même reçu (2249), voire même un véritable droit de rétention (2250) produisant ses effets sur le plan réel à l'encontre d'une action en revendication pour autant que le rétenteur ait été de bonne foi lors de l'entrée en possession (2251).

Les obligations, o.c., n° 723, p. 360 ; S. NUDELHOLE, « Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », note sous Cass., 13 septembre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 223 et s., n° 7, p. 228 ; voy. également l'article 1162 du **Projet Catala** et l'article 92, alinéa 1^{er}, du **Projet de la Chancellerie**.

(2248) *Contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 108, p. 73. Curieusement, cet auteur considère que la théorie des risques ne serait pas applicable aux obligations de restitution (voy. à ce propos *infra*, n°s 266 et s.), mais qu'en revanche l'exception d'inexécution pourrait être invoquée (*ibid.*, n° 399, p. 251), alors pourtant qu'elles reposent toutes deux sur l'idée de connexité entre les obligations (voy. not. à ce propos M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges, o.c.*, n°s 1704 et s., pp. 736 et s.). Plus conséquente, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n°s 842 et s., pp. 482 et s., dénie tout caractère de réciprocité aux obligations de restitution.

(2249) Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305 (« Attendu [...] que la nullité de la convention [...] existe *ex tunc* ; mais que c'est le jugement qui la reconnaît qui fait naître des obligations nouvelles, les parties devant se restituer tout ce qu'elles ont obtenu ; que ces obligations réciproques nouvelles étant de nature synallagmatique, l'exception *non adimpleti contractus* est susceptible d'être invoquée, de sorte que le rétablissement du pristin état pourrait se trouver différé ») ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 101 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 820, p. 791 ; F. GLANSORFF, « Les obligations de restitution », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 72 et s., n° 32, p. 99, note n° 179 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 146, p. 161 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 7, p. 228 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 5 ; A. VAN OEVELEN, « *Nietigheid* », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 23, p. 20 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 563, p. 845 ; voy. de même l'article 3.2.15, alinéa 1^{er}, des **Principes d'Unité 2010**.

(2250) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 422, p. 180 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 146, p. 161. Le droit de rétention est désormais consacré par l'article 73 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(2251) À cet égard, « [l]e créancier est de bonne foi lorsqu'il pouvait croire lors de la réception des marchandises que son débiteur était le propriétaire de ces biens ou, à tout le moins, était compétent pour conclure quant à ces biens des conventions susceptibles de donner lieu à l'exercice d'un droit de rétention sur ceux-ci » (Cass., 27 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 245, point 11). Sur l'opposabilité du droit de rétention au *verus dominus*, voy. Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 19 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 607, pp. 933 et s. ; voy. depuis lors l'article 75 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

La question de l'office du juge ainsi que celle de l'objet, de la forme et de l'étendue des restitutions suscitent de nombreuses difficultés pratiques, dont la plupart ne trouvent aucune réponse dans le Code civil. Avant d'examiner ces questions, il convient cependant de déterminer le fondement juridique des restitutions consécutives à la nullité d'un contrat.

244. Fondement personnel – Responsabilité précontractuelle. Pas moins de quatre fondements différents ont été proposés pour justifier les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat.

Tout d'abord, il est constant que lorsqu'une *faute précontractuelle* a été commise par une partie, l'autre peut se fonder sur celle-ci pour réclamer la réparation de la totalité du dommage causé par cette faute. En ce cas, les restitutions découlant de la nullité d'un contrat peuvent se trouver absorbées par les règles de la responsabilité civile, qui permettent en règle d'octroyer une satisfaction plus grande au créancier de la restitution. Ce fondement suscite cependant des difficultés particulières que nous examinerons ci-après (2252). En outre, il est loin d'épuiser la question, car il arrive fréquemment que tout ou partie des contractants n'ait commis aucune faute précontractuelle. Il faut alors se tourner vers d'autres institutions.

245. Suite – Enrichissement sans cause. La première d'entre elles, qui jouit des faveurs d'une partie de la jurisprudence, est la théorie de l'enrichissement sans cause (2253). En transférant la propriété d'un bien ou, plus largement, en exécutant une obligation, une partie s'appauvrit et enrichit corrélativement le créancier de ce bien ou de cette obligation. Lorsque le contrat dont ce transfert de richesses est issu est ensuite annulé, l'obligation perdrait rétroactivement sa cause, ce qui constituerait le fondement juridique de l'action en restitution ouverte à l'appauvri.

(2252) Voy. *infra*, n^{os} 335 et s.

(2253) Voy. Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n^o 291, point 5 (mais voy. néanmoins *infra*, n^o 247) ; Liège, 19 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1702 ; Liège, 25 mai 1994, *R.R.D.*, 1994, p. 513 ; Comm. Namur, 23 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 360 ; Comm. Charleroi, 25 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 24, obs. B. LOUVEAUX ; P. HARMEL, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VII, L. 1^{er}, n^{os} 512 et 514, p. 342 ; voy. aussi R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 1^{er}, *o.c.*, n^o 123, p. 161.

La théorie de l'enrichissement sans cause constitue le fondement des restitutions consécutives à la nullité ou l'annulation d'un contrat **en droit allemand** (2254) et dans le **DCFR** (2255).

En droit belge, cette théorie ne nous paraît cependant pas constituer un fondement satisfaisant pour justifier les restitutions consécutives à la nullité du contrat.

On avancera d'abord deux arguments d'ordre technique.

Ainsi, on sait que l'obligation de restitution est *doublement plafonnée* par le montant de l'appauvrissement et celui de l'enrichissement (2256). Il n'est pas certain, toutefois, que cette règle permette d'assurer en toute circonstance une restitution en nature, alors pourtant qu'on s'accorde à considérer qu'elle s'impose lorsqu'elle est possible (2257). L'on méconnaîtrait ainsi l'objectif d'une restitution intégrale (2258).

On pense ainsi au cas de la vente d'une chose ne présentant aucune valeur pour l'acheteur, soit d'un point de vue objectif (par exemple, en cas d'acquisition d'actions d'une société tombée depuis lors en faillite et dont la liquidation s'annonce déficitaire), soit d'un point de vue subjectif (par exemple, en cas d'acquisition illicite par un particulier d'un bien du domaine public, que l'acheteur ne pourrait pas légalement revendre). La logique de l'enrichissement sans cause voudrait sans doute que l'acheteur ne restitue rien, alors que, pour reprendre le second exemple donné, le pouvoir public qui a illégalement aliéné un bien relevant du domaine public aurait pourtant intérêt à en obtenir la restitution en nature.

Il est également permis de se demander pour quel motif chaque partie devrait restituer ce qu'elle a reçu. Ne serait-il pas plus conforme à la logique de l'enrichissement sans cause d'évaluer la valeur respective de chaque prestation, et de n'accorder à la partie qui a presté le plus qu'une somme destinée à couvrir la *différence de valeur* entre les deux prestations ? (2259) Du reste, même en admettant que la théorie de l'enrichissement sans cause donne lieu

(2254) Voy. *supra*, n° 237.

(2255) Art. II. – 7:212, alinéa 2, et II. – 7:303, alinéa 1^{er}.

(2256) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n° 47, p. 60 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 792, p. 1127.

(2257) Voy. sur ce point *infra*, n° 255.

(2258) T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 10.

(2259) Voy. en faveur de cette solution S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 141, p. 156 ; comp., **en droit allemand**, la *Saldotheorie*, *infra*, n° 267, II, B, 4.

à deux actions unilatérales en restitution, on peine alors à comprendre pourquoi le lien synallagmatique, qui permet notamment d'invoquer l'exception d'inexécution(2260) ou la théorie des risques(2261), se maintiendrait au stade des restitutions(2262).

Enfin, et plus fondamentalement, on rappellera que la théorie de l'enrichissement sans cause est, en droit belge, essentiellement *subsidaire*(2263). Or, il existe d'autres bases juridiques permettant de justifier les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat, de sorte qu'il ne reste en principe plus de place pour une action fondée sur l'enrichissement sans cause(2264).

246. Suite – Paiement indu. Ainsi, une fraction importante de la jurisprudence et de la doctrine se fonde plutôt sur la théorie du paiement indu(2265). L'idée est similaire à celle de l'enrichissement sans cause : au moment où il exécute le contrat, le paiement du débiteur est certes valable (de même que son appauvrissement

(2260) Voy. *supra*, n° 243

(2261) Voy. *infra*, n° 266.

(2262) Voy. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 75, p. 47.

(2263) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 21, p. 16 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 562, p. 709 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations », *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1957, n° 1990, p. 591.

(2264) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 648, p. 376 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 22, p. 19. – Il paraît cependant encore possible d'y faire appel dans des circonstances exceptionnelles, par exemple afin d'obtenir le remboursement des impenses (voy. *infra*, n° 276 ; *adde* n° 269, III, B), même si cette solution peut également s'expliquer par l'autonomie relative acquise par la théorie des impenses.

(2265) Voy. Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101 ; Cass., 11 mars 1915, *Pas.*, 1915-1916, p. 208, avec les conclusions de M. l'avocat général PHOLIEN ; Gent, 8 novembre 2006, *N.J.W.*, 2007, pp. 277, note R. STEENNOT, point 3 ; Bruxelles, 10 septembre 2004, *Dr. banc. fin.*, 2006, p. 25, point 18, note K. MACOURS ; Antwerpen, 31 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 892 (qui décide également que la restitution est une conséquence normale de la nullité, ce qui rejoint plutôt l'idée que les restitutions ont un fondement autonome par rapport aux règles du paiement indu) ; Civ. Gent, 23 mars 2010, *T.B.O.*, 2012, p. 75, note C. HEEB ; conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT avant Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., spéc. p. 19 ; J.-L. AUBERT, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », note sous Cass. fr., 24 septembre 2002, *D.*, 2003, pp. 369 et s., sous note n° 19, qui admet cependant que les règles du paiement indu doivent être parfois adaptées aux finalités spécifiques de l'annulation du contrat ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 223, p. 174 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1022, p. 2100 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 562, p. 710 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 400 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 156, p. 172 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 82, p. 12.

est doté d'une cause), puisque le contrat nul produit provisoirement tous ses effets jusqu'à son annulation (2266). Toutefois, du fait de l'annulation du contrat, l'obligation perd rétroactivement son existence, de sorte que le paiement effectué devrait être considéré comme indu et pourrait alors être répété sur la base des articles 1376 et suivants du Code civil.

Plusieurs critiques peuvent être adressées à ce raisonnement.

I. *D'un point de vue technique*, le régime du paiement indu paraît peu adapté à la matière des nullités (2267).

On sait, en effet, que ce régime repose sur la distinction entre l'*accipiens* de bonne ou de mauvaise foi. Toutefois, dans le second cas, les règles de la responsabilité civile suffisent à justifier l'étendue des restitutions ordonnées ; les règles du paiement indu ne présentent donc véritablement d'intérêt qu'en cas de bonne foi de l'*accipiens*. Or, elles aboutissent alors à des solutions peu opportunes. Ainsi, l'article 1380 du Code civil prévoit que « [S]i celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente ». Pourtant, on considère généralement dans ce cas que l'*accipiens* doit restituer la valeur de la chose plutôt que son prix, la discussion portant plutôt sur le moment auquel cette valeur doit être appréciée (2268).

Par ailleurs, il est admis que les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat sont tempérées par la règle *in pari causa*, laquelle ne présente aucun lien avec les règles du paiement indu (2269). De même, il n'apparaît pas que le législateur ait conçu le régime des restitutions dues par les incapables prévu à l'article 1312 du Code civil comme une exception aux articles 1376 et suivants du même Code.

Du reste, comme la théorie de l'enrichissement sans cause, celle du paiement indu ne permet pas d'expliquer pour quelle raison les obligations de restitution nées de l'annulation d'un contrat

(2266) Voy. *supra*, n° 227.

(2267) Voy. dans le même sens P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 345, p. 314.

(2268) J.-L. AUBERT, o.c., *D.*, 2003, pp. 369 et s., avant note (14) ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 68, p. 42 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 163 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 8. Voy. *infra*, n° 273.

(2269) Comp. dans le même sens T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 8.

synallagmatique présentent un caractère réciproque plutôt qu'unilatéral (2270).

Enfin, la théorie du paiement indu n'offre pas de point d'ancrage pour aborder la question de l'annulation des contrats successifs, dès lors qu'on considère classiquement que le paiement envisagé par cette théorie ne vise pas l'exécution d'une obligation de faire (2271).

II. D'un point de vue théorique, le recours à la théorie du paiement indu – comme, d'ailleurs, à celle de l'enrichissement sans cause – paraît bien constituer un reliquat de la théorie classique, qui voyait dans la validité et la nullité des états « passifs » de l'acte juridique, qui « est » ou « n'est pas », comme un corps peut se trouver à l'état solide ou gazeux (2272).

La théorie moderne part d'une vision plus dynamique : un acte a été passé, et parce qu'il présente au moins une apparence de validité, il produit déjà, dans un souci de sécurité juridique, des effets que les sujets de droit ne peuvent en règle prétendre ignorer ; en s'adressant au juge, ceux-ci lui demandent non seulement de constater la violation de la loi, mais aussi de sanctionner celle-ci, en ordonnant les mesures aptes à effacer, dans toute la mesure souhaitable, les conséquences de cette violation (2273).

Dans cette perspective, il paraît artificiel de voir après coup dans l'exécution d'une obligation, qui était à ce moment parfaitement valable, un paiement indu (2274). Il s'agit, si l'on veut, d'une fiction. Mais, celle-ci ayant mûri, il est maintenant possible d'aller au-delà de cette explication imagée et de rechercher dans le but même de la nullité le fondement des restitutions (2275).

247. Suite – Fondement autonome. On a déjà mis en évidence que l'effet rétroactif ne constitue pas tant une conséquence

(2270) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 35.

(2271) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 21, p. 15 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 8 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, tome II, o.c.*, n° 760, p. 1089 ; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 156, p. 172.

(2272) Voy. *supra*, n° 87.

(2273) Voy. *supra*, n° 88.

(2274) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, tome II, o.c.*, n° 817, p. 789, y voit « une explication forcée » ; voy. également C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 643, p. 372.

(2275) Sur le rôle historique de la fiction, voy. *supra*, n° 50.

logique ou automatique de la nullité qu'un renforcement de son efficacité (2276). Les restitutions constituent tout simplement le prolongement et la traduction concrète de cette efficacité.

Dès lors, les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat doivent à notre sens se voir reconnaître un *fondement autonome*, propre au droit des nullités (2277). Un tel fondement permet également d'aboutir à des solutions plus nuancées que l'application des règles générales du paiement indu ou de l'enrichissement sans cause (2278).

L'abandon du paiement indu comme fondement des restitutions s'explique également par la désaffection croissante dont souffre la méthode exégétique. Sous l'empire de celle-ci, une attention particulière était accordée à la nécessité de trouver un fondement textuel aux solutions données. En l'absence de toute disposition du Code civil prévoyant expressément que la nullité du contrat doit entraîner la restitution des prestations reçues (2279), les auteurs s'étaient alors tournés vers le seul texte qui leur paraissait applicable, à savoir les articles 1376 et suivants du Code civil (2280). Avec la reconnaissance croissante de la jurisprudence comme source du droit, cet artifice n'est aujourd'hui plus indispensable au raisonnement.

Ainsi, **en France**, la Cour de cassation a décidé, en termes tout à fait généraux, que « les restitutions consécutives à une annulation ne

(2276) Voy. *supra*, n° 241, II.

(2277) I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 73, p. 319 ; J. DABIN, « "In pari causa turpitudinis cessat repetitio" : fondement, conditions et champ d'application de l'adage. "Quid" pour les choses données en gage ? », note sous Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 25 et s., n° 10, p. 31 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 817, p. 789 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 33, p. 174 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 15, p. 234 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 285 ; S. STELINS, *o.c.*, *Verbintenissenrecht*, n° 22, p. 37 ; C. TUAILLON, *o.c.*, *D.*, 2004, pp. 2175 et s., I, B ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 22, p. 19 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *o.c.*, n° 345, p. 315. — Comp. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, nos 657 et s., pp. 380 et s., pour qui l'obligation de restituer trouverait plus précisément son fondement dans l'accomplissement d'une prestation en exécution d'un contrat annulé, et ne constituerait dès lors qu'une conséquence indirecte de la nullité (dans le même sens, T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 11). Nous avouons que la distinction ainsi tracée entre nullité et restitutions pêche à nos yeux par une certaine artificialité, les restitutions s'inscrivant plutôt à notre sens dans la continuité de la nullité dont elles constituent une manifestation concrète.

(2278) Voy. I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 73, p. 320.

(2279) Ce principe apparaît pourtant en filigrane dans les articles 1306 et suivants.

(2280) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 817, p. 789. Voy., encore aujourd'hui, l'opinion de L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *o.c.*, n° 562, pp. 710 et s., pour qui la jurisprudence doit s'en tenir à l'application des règles de droit existantes.

relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité » (2281).

En Belgique, après s'être dans un premier temps basée sur les règles du paiement indu (2282), la Cour de cassation semble désormais acquise à l'idée de fonder les restitutions sur le régime même des nullités.

Ainsi, un arrêt du 23 novembre 1956 décide sans la moindre référence à l'idée de paiement indu ou d'enrichissement sans cause que « la nullité de la convention [...] existe *ex tunc* ; mais que c'est le jugement qui la reconnaît qui fait naître des obligations nouvelles, les parties devant se restituer tout ce qu'elles ont obtenu » (2283). De cette décision, il ressort également à notre sens que l'obligation de restitution, qui ne naît qu'avec le jugement de nullité, n'est pas exigible antérieurement, de sorte que son délai de prescription ne commence donc à courir qu'avec le prononcé de la nullité (2284). On peut y avoir une application du caractère fonctionnel de l'effet rétroactif de la nullité (2285). Il serait en effet contraire au but de la rétroactivité, qui est de remédier de manière efficace aux conséquences de l'illégalité, de faire remonter le point de départ de la prescription de l'action en restitution jusqu'à la date de conclusion du contrat, avec la conséquence paradoxale que cette action pourrait être considérée comme rétroactivement prescrite avant même qu'elle ait été introduite (2286).

On a également voulu voir un signe de cette évolution dans un arrêt du 13 septembre 1985 (2287). Cette décision n'était pas à proprement

(2281) Cass. fr., 24 septembre 2002, *Bull.*, 2002, I, n° 218, *D.*, 2003, p. 369, note J.-L. Aubert.

(2282) *Voy. supra*, n° 246.

(2283) Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305 ; Antwerpen, 8 mars 2010, *N.J.W.*, 2010, p. 760, note R. Steennot, point 4.1.9 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 815, p. 787.

(2284) J.-L. AUBERT, *o.c.*, *D.*, 2003, pp. 369 et s., sous note n° 2 ; C. GUELFUCCI-THIBERGIE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 708, p. 408 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 22 ; T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, n° 19, note n° 56, p. 718.

(2285) *Voy. à ce propos supra*, n° 241.

(2286) **En droit suisse**, c'est pourtant à cette conclusion « logique mais insatisfaisante » (P. PIOTET, « À propos de l'arrêt *Picasso*. Annulation pour vice de la volonté et prescription de l'action en répétition de l'indu », *JdT*, 1988, I, p. 519) que le Tribunal fédéral a abouti (Trib. féd., 7 juin 1988, *BGE*, vol. 114, II, p. 131, point 3). Comp. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 101, p. 68, qui, partant d'une vision conceptuelle de l'effet rétroactif, considère que celui-ci aurait pour conséquence nécessaire de faire naître l'obligation de restitution au moment où la prestation à restituer a été effectuée, solution qu'elle critique par ailleurs ; *voy. de même* V. SAGAERT, « De verjaring van de vordering uit onverschuldigde betaling », *R.W.*, 2000-2001, pp. 257 et s., n° 16, p. 262.

(2287) Cass., 13 septembre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 220, note S. NUDELHOLE, *o.c.*, n° 15, p. 234.

parler relative aux effets de la nullité, mais à ceux de l'inopposabilité à la masse faillie, improprement qualifiée de nullité « relativement à la masse » par l'ancien article 445 du Code de commerce (2288). La Cour décide, sans aucune référence aux règles du paiement de l'indu et sous le seul visa de cette disposition, que celle-ci a pour conséquence que « c'est l'état existant avant la conclusion du contrat qui doit être rétabli » et que « lorsqu'il s'agit d'une cession de biens, la remise en son pristin état consiste dans la restitution des biens ou, lorsque cette restitution est impossible, dans le paiement de la valeur de ces biens ».

Des décisions ultérieures reconnaissent le principe de manière plus directe encore. Ainsi, saisie d'un moyen qui n'invoquait ni les règles du paiement indu, ni celles de l'enrichissement sans cause (2289), la Cour a décidé le 21 mai 2004 que « l'annulation d'une convention, qui produit ses effets *ex tunc*, oblige en règle chacune des parties à restituer les prestations reçues en vertu de la convention annulée » (2290). Dès lors, la thèse du fondement autonome des restitutions consécutives à la nullité d'un contrat paraît bien avoir triomphé.

On citera enfin un arrêt, plus ambigu, du 10 mai 2012 (2291). Dans un premier temps, celui-ci décide, au visa de l'article 1131 du Code civil, que « [l']annulation d'une convention implique que les parties seront, si possible, placées dans une situation identique à celle qui aurait été la leur si elles n'avaient pas conclu de convention », et casse dès lors le jugement qui avait refusé d'ordonner la restitution au preneur de la garantie locative. Mais, dans un second temps, la même décision se fonde sur la théorie de l'enrichissement sans cause pour accorder au bailleur une indemnité pour l'occupation du bien loué. On ne peut s'empêcher de penser qu'ici aussi, l'article 1131 du Code civil aurait constitué un fondement juridique suffisant.

248. Fondement réel. À côté de ce fondement personnel, on oublie trop souvent que les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat ont également un fondement réel. En effet, la nullité a pour effet d'effacer rétroactivement tous les transferts de propriété (et, de manière générale, la constitution, la modification,

(2288) Actuel article 17 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

(2289) Le moyen était pris de la violation des articles 1108, 1109, 1134, 1306, 1309, 1310, 1312 et 1313 du Code civil.

(2290) Cass., 21 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 274, *R.A.B.G.*, 2006, p. 5, note B. VEECKMANS, formule reprise depuis lors par Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 5, point 3 ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 525, point 4 ; voy. également Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 498, point 6, *A.C.*, 2012, n° 498, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL, et Cass., 25 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 119, analysés *infra*, n° 254.

(2291) Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, *N.J.W.*, 2013, p. 29, note M. DAMBRE.

le transfert et l'extinction de tous les *jura in re aliena*) résultant du contrat annulé (2292). Cette règle, qui intéresse surtout les tiers (2293), vaut également entre parties en permettant notamment au créancier de la restitution d'agir en revendication (2294) (ou, dans le cas d'un *jus in re aliena*, d'introduire l'action confessoire ou négatoire).

Cette action réelle est plus exigeante pour le demandeur, puisqu'elle lui impose de prouver qu'au jour de la conclusion du contrat, il était véritablement propriétaire de la chose (par exemple, en vertu d'un titre antérieur, ou par prescription acquisitive), alors que, dans le cas d'une action personnelle, il lui suffit de prouver avoir remis la chose à son cocontractant en exécution du contrat nul (2295). Dès lors, entre parties, l'action réelle présente surtout un intérêt lorsqu'il existe un concours sur le patrimoine du débiteur de la restitution. En ce cas, en effet, l'action en revendication permettra en règle au créancier de la restitution d'échapper

(2292) Voy. Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 622, point 1 (« Lorsqu'un contrat de vente est résolu ou annulé avec effet rétroactif, les parties sont alors replacées dans la situation qui existait antérieurement et le vendeur est censé avoir toujours été le propriétaire ») ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 336, p. 427 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *o.c.*, p. 161 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 78 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 357, p. 483 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 285.

(2293) Voy. *infra*, n° 294.

(2294) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1969, p. 333 ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 60, p. 38 (si l'on admet que la nullité ait un effet rétroactif, ce que cet auteur conteste) ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, *o.c.*, p. 364 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 400 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 77 ; voy. aussi E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *o.c.*, p. 163, pour qui l'action en annulation n'est pas à proprement parler une action en revendication, mais produit néanmoins les mêmes effets que celle-ci ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 711, p. 411. — En faveur du cumul possible de l'action réelle en revendication et de l'action personnelle en restitution, on cite parfois l'article 1926 du Code civil, qui paraît opposer l'action en revendication à l'action en restitution (« Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier ») ; mais cet argument textuel ne paraît toutefois pas déterminant, « l'action en revendication » visée par cette disposition étant décrite comme une « action en répétition » dans les travaux préparatoires (Discours de Favard devant le Corps législatif du 23 ventôse an XII, dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, *o.c.*, p. 512).

(2295) J. BAECK, « Ontbinding en derden: niet storen a.u.b. », *T.P.R.*, 2009, pp. 689 et s., n° 4, p. 696 ; voy. également C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 663, p. 386.

au concours (2296). Elle ne peut cependant être intentée que si la chose constitue une *species* (2297) et se trouve encore entre les mains du défendeur à l'action (2298). À défaut, le créancier ne pourra exercer qu'une action personnelle en restitution, qui constitue une dette dans la masse soumise à la loi du concours (2299).

Pour Japiot, la distinction entre les fondements réel et personnel de la restitution présente également un intérêt sur le plan de la prescription (2300). Cet intérêt demeurera cependant assez limité. Certes, pour Japiot, l'action en nullité n'est pas, en règle, une véritable action en justice : le « droit de critique » s'exerce toujours à l'occasion d'une action de droit commun (telle qu'une action en revendication ou en répétition de l'indu), au délai de prescription de laquelle il demeure dès lors soumis. Comme nous l'avons vu, cette conception n'est toutefois pas accueillie en droit positif, qui fait de l'exercice du droit de critique une véritable action en justice (2301), préalable nécessaire aux restitutions. Par conséquent, s'il est exact que le délai pour exiger les restitutions variera en fonction du fondement retenu (aucun délai de prescription extinctive pour une action en revendication (2302), dix ans pour une action personnelle (2303)) et qu'un tel délai ne pourra commencer à courir qu'à compter du jugement prononçant la nullité (2304), les restitutions ne pourront de toute façon plus être demandées après que l'action en nullité aura été prescrite.

(2296) Voy. art. 101, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 62, p. 39 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 400 et s., note n° 2, spéc. p. 402 ; comp. T. STAROSSELETS, o.c., *La nullité des contrats*, n° 8, p. 245 (qui qualifie d'action en restitution ce qui est, à notre sens, une action revendication). On observera en outre qu'en matière mobilière, les tiers en concours sur le patrimoine du détenteur de la chose ne pourraient opposer la règle de fond de l'article 2279 du Code civil au revendiquant (voy., *supra*, n° 203).

(2297) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 90 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution », *L'obligation de restitution du banquier. De restitutieverbintenissen van de bankier*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 5 et s., n° 21, p. 24.

(2298) En effet, l'action en revendication « existe contre tout tiers détenteur en vue de le contraindre à délaisser la chose » (Cass., 3 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 145).

(2299) Voy. sur ce point, *mutatis mutandis*, *infra*, n° 466.

(2300) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 400 et s., note n° 2, spéc. p. 402 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 91.

(2301) Voy. *supra*, n° 88.

(2302) En effet, nonobstant les termes de l'article 2262 du Code civil, on considère classiquement que le droit de propriété échappe à la prescription extinctive (voy. Cass., 4 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 512, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN), ce qui n'empêche pas cependant le possesseur de la chose de se prévaloir de la prescription acquisitive trentenaire ou abrégée si les conditions en sont remplies.

(2303) Voy. l'article 2262*bis* du Code civil.

(2304) Voy. *supra*, n° 247.

249. Office du juge – Pouvoir d'élever d'office une cause de nullité. L'office du juge en matière de restitutions consécutives à la nullité d'un contrat doit être abordé à plusieurs stades différents.

La première question est celle de savoir à quelles conditions le juge a le pouvoir, voire le devoir, d'*élever d'office une cause de nullité* que les parties auraient négligé d'invoquer devant lui.

La réponse à cette question repose classiquement sur une distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives : le juge aurait le devoir d'élever d'office les premières parce qu'elles intéressent l'ordre public, tandis que seule la partie protégée, dans l'intérêt de laquelle la sanction est édictée, aurait le pouvoir de se prévaloir des secondes (2305).

Cette distinction était toutefois déjà battue en brèche par la jurisprudence de la Cour de cassation décidant de manière constante que, sauf s'il ressort des pièces auxquelles elle peut avoir égard que le demandeur a renoncé à la protection qui lui est accordée par la loi, la violation d'une règle impérative peut être invoquée pour la première fois devant elle (2306). Cette jurisprudence s'explique en réalité par le fait que le moyen n'est pas nouveau dès lors que le juge du fond avait l'obligation de faire application aussi bien des règles d'ordre public qu'impératives, pour autant dans ce dernier cas que la partie protégée n'y ait pas renoncé de manière certaine (2307).

(2305) Voy. par exemple H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n^{os} 97 et s., pp. 145 et s. ; M. DUPONT, o.c., *La nullité des contrats*, n^o 24, p. 62 et n^o 26, p. 64 ; S. STIJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n^o 62, p. 404 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n^o 12, p. 10 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 220, p. 341 ; dans le même sens, **en droit néerlandais**, Hoge Raad, 16 janvier 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, avec les conclusions nuancées de M. l'avocat général L.A.D. KEUS. On rappellera que, dans le domaine du droit de la consommation, la Cour de justice impose au juge de soulever d'office la cause de nullité, alors pourtant qu'il s'agit de dispositions édictées dans l'intérêt d'une personne privée, donc normalement impératives (voy. *supra*, n^o 232).

(2306) Voy. Cass., 25 février 2010, *Pas.*, 2010, n^o 128, point 2 ; Cass., 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n^o 20, point 4 ; Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n^o 483 ; Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, n^o 72 ; Cass., 22 mai 2000, *Pas.*, 2000, n^o 311, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général ; Cass., 21 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n^o 692.

(2307) Voy. à cet égard les études pionnières de P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, pp. 99 et s., n^o 2, p. 152, et A. MEEÛS, o.c., *R.C.J.B.*, 1988, n^o 27, p. 524 ; cette interprétation est confirmée depuis lors par les conclusions précitées de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, *Pas.*, 2000, p. 946, ainsi que par le *Rapport annuel de la Cour de cassation*

De surcroît, la conception de l'office du juge est désormais fixée en ce sens que « le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions » (2308). Puisque, dans sa bienveillance (2309), le juge du fond est ainsi appelé à appliquer d'initiative des règles, même simplement supplétives, que les parties auraient négligé d'invoquer devant lui (2310), il doit *a fortiori* pouvoir appliquer d'office les règles impératives ou d'ordre public, et élever ainsi toute cause de nullité entachant la convention invoquée devant lui, qu'elle soit relative ou absolue (2311). Dès lors que le juge n'exerce pas ce faisant une action en justice qui lui serait propre, mais se borne à soumettre l'action en justice introduite par les parties aux règles qui lui sont applicables, ce pouvoir d'élever d'office une cause de nullité ne paraît pas être soumis à un quelconque délai de prescription (2312).

250. Suite – Portée de l'intervention du juge. I. La deuxième question qui se pose est celle de la portée de l'intervention du juge. On lit en effet généralement que le juge, saisi d'une demande en nullité, « prononce » ou « constate » celle-ci, tandis

de Belgique 2008 qui énonce, p. 118 : « Le moyen fondé sur la violation d'une disposition légale impérative ne peut davantage être considéré comme un moyen nouveau dès lors que le juge est tenu d'appliquer une telle disposition, sauf si la partie qui bénéficie de la protection de la loi renonce à cette protection. » Voy. également les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN avant Cass., 16 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 263.

(2308) Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 225, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué P. DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. DE LEVAL, *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE ; voy., plus récemment, Cass., 5 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 426, point 1 ; Cass., 6 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 146, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH ; Cass., 14 décembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 690 ; Cass., 2 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 246 ; Cass., 24 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 789 ; Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 619.

(2309) Comp. P. MARTENS, « Le juge bienveillant », obs. sous C.E., 11 octobre 2011, *R.*, n° 215.685, *J.L.M.B.*, 2012, p. 567.

(2310) Voy. M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, pp. 10 et s., n° 51, p. 34.

(2311) Voy. A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 2011-2012, n° 5, p. 57 ; J. VAN ZUYLEN, *o.c.*, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n° 13, p. 113. Pour une évolution semblable **en France**, voy. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 391, p. 397 ; **aux Pays-Bas**, voy. l'opinion minoritaire de C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 607.

(2312) Voy., dans le même sens, T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, nos 59 et s., pp. 745 et s.

qu'il ne fait que « soulever » la nullité lorsqu'il agit d'office. Y aurait-il, derrière ces écarts terminologiques, une différence de régime ? Dira-t-on, par exemple, que le juge, en élevant d'office la nullité du contrat, est en mesure de rejeter la demande ou la défense fondée sur ce contrat, mais qu'en l'absence de demande en ce sens, il n'aurait pas le pouvoir d'*annuler* celui-ci, c'est-à-dire de le faire disparaître de l'ordre juridique ? (2313) À l'appui de cette opinion, on fait valoir qu'en prononçant une annulation qui n'aurait pas été demandée par les parties, le juge statuerait *ultra petita*.

On cite à cet égard un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 2001 décidant que le juge, saisi d'une demande de divorce par consentement mutuel, ne peut, sans modifier illégalement l'objet de la demande, prononcer d'office l'annulation du mariage (2314). On fait également valoir que permettre au juge de prononcer d'office l'annulation du contrat serait problématique au regard de l'obligation prévue par l'article 3 de la loi hypothécaire de faire mention dans le registre de la conservation des hypothèques de toute demande en nullité dirigée contre un acte transcrit afin d'en informer les tiers et pourrait en outre susciter des difficultés dans le cas d'un contrat multipartite lorsque toutes les parties ne sont pas à la cause (2315).

II. Ce raisonnement ne nous paraît cependant pas entièrement convaincant.

Tout d'abord, on rappellera que la nullité est la sanction d'une illégalité (2316). Dès lors, il nous paraît inadmissible que les

(2313) Voy. en ce sens Bruxelles, 10 septembre 2004, *Dr. banc. fin.*, 2006, p. 25, point 22, note K. Macours (où la Cour s'abstient de prononcer la nullité d'une opération à défaut d'avoir été saisie d'une demande en ce sens) ; T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, n^{os} 50 et s., pp. 740 et s. ; comp. également, à propos de l'exception de nullité, C. EYBEN, « La prescription des actions en nullité et l'exception de nullité », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 163 et s., n^o 66, p. 223 : « L'exception constitue, au contraire, un moyen de défense destiné à obtenir le rejet de la demande d'exécution du créancier. Elle n'entraîne pas l'anéantissement rétroactif des effets de l'acte, mais en paralyse les seuls effets futurs. L'acte est privé de toute force exécutoire, mais subsiste dans l'ordonnement juridique » (*adde*, n^o 70, p. 226, où l'auteur distingue le fait de trancher le litige sur la base de l'exception de nullité et le fait de prononcer la nullité de l'acte irrégulièrement formé).

(2314) Cass., 21 juin 2001, *Pas.*, 2001, n^o 390. Comp. également Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n^o 500, *A.C.*, 2012, n^o 500, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL, où le juge du fond ne s'était pas borné à constater la nullité de la convention dont l'exécution forcée était sollicitée, mais avait annulé d'office celle-ci. Toutefois, en l'espèce, il nous semble que l'excès de pouvoir commis par le juge du fond consistait surtout dans le fait d'avoir ordonné les restitutions, alors qu'aucune partie ne les sollicitait (voy. *infra*, n^o 252).

(2315) T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, n^o 52, p. 741.

(2316) Voy. *supra*, n^o 240.

pouvoirs du juge en la matière varient selon que les parties l'aient ou non saisi d'une action en nullité, alors que son intervention d'office a précisément pour but d'assurer le respect de la légalité, insuffisamment défendue par l'initiative des parties.

Ensuite, lorsque le juge *soulève* une cause de nullité d'un contrat, il ne fait rien d'autre que *constater* l'existence de celle-ci. Or, dans la théorie moderne, ce constat ne se distingue en rien du *prononcé* de la nullité, puisque celle-ci doit toujours en règle être établie par une décision de justice (2317). Le maintien d'une distinction entre ces deux concepts pécherait donc par artificialité. Dès lors, rien ne s'oppose à admettre que chaque fois qu'il constate l'existence d'une cause de nullité, le juge *annule* en réalité le contrat, qu'il agisse d'initiative ou à la requête des parties (2318).

À cet égard, l'arrêt précité du 22 juin 2001 peut servir d'illustration aux difficultés qui peuvent résulter de la distinction entre constat de la nullité et annulation proprement dite. En effet, l'arrêt attaqué ne s'était pas contenté d'annuler d'office le mariage, il avait d'abord, dans un premier temps, débouté les époux de leur demande en divorce en constatant que leur mariage était un mariage blanc. Estimant que le juge du fond avait illégalement modifié l'objet de la demande, la Cour casse l'arrêt attaqué « en tant qu'il annule le mariage », ce dont il paraît résulter *a contrario* que la décision attaquée est maintenue en tant que la demande de divorce est rejetée pour cause de nullité du mariage (2319). Devant le juge de renvoi, les parties se trouvent dès lors dans une situation délicate : elles ne peuvent plus solliciter le divorce puisqu'il a été jugé, par une décision coulée en force de chose jugée, que leur mariage est nul ; mais elles demeurent cependant mariées tant que ni elles ni le ministère public ne sollicitent l'annula-

(2317) Voy. *supra*, n° 227.

(2318) En ce sens, en cas de violation de l'ordre public, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 327, B, p. 296. **En droit néerlandais**, on peut citer dans un sens comparable l'article 3:51, alinéa 1^{er}, du NBW (« Een rechterlijke uitspraak vernietigt een rechtshandeling, doordat zij een beroep in rechte op een vernietigingsgrond aanvaardt »). La doctrine en déduit que l'annulation ne doit pas nécessairement être expressément prononcée, elle peut par exemple résulter du fait que le juge rejette une demande en exécution forcée en se fondant sur un vice affectant le contrat (C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III⁸, o.c., n° 621).

(2319) Une certaine prudence est toutefois de mise, puisque, quel que soit le dispositif de l'arrêt de cassation, c'est au juge de renvoi qu'il incombe de se prononcer – sous le contrôle de la Cour de cassation – sur l'étendue de la cassation (Cass., 28 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 87, A.C., 2011, n° 87, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE), les arrêts de la Cour étant en principe dépourvus de l'autorité de la chose jugée (C. STORCK, « Remarque sur l'autorité des arrêts de la Cour de cassation », *Rev. not. belge*, 2007, pp. 250 et s.).

tion de leur union et que celle-ci n'a pas été formellement prononcée par le juge.

En réalité, la solution retenue par l'arrêt précité du 21 juin 2001 en matière de mariage ne nous paraît pas automatiquement transposable dans le domaine des contrats. En effet, le mariage n'est pas un acte juridique ordinaire, c'est également un statut donnant lieu à l'établissement d'un acte transcrit dans les registres de l'état civil (articles 75, 76 et 194 du Code civil). Pour des raisons de sécurité juridique et de permanence de l'état des personnes, la nullité du mariage est dès lors soumise à un ensemble de règles dérogatoires au droit commun (articles 180 et suivants du Code civil) (2320). On peut comprendre que, pour les mêmes motifs, un mariage ne puisse être annulé à l'occasion d'une demande en justice ayant un objet différent. Dans le domaine des contrats, en revanche, dès lors que la nullité a été constatée d'office pour rejeter par exemple une demande en exécution forcée, il nous semble que ce constat peut être pleinement assimilé à l'annulation dudit contrat.

Au demeurant, dût-on même considérer qu'il subsisterait théoriquement une distinction entre le constat de la nullité et l'annulation du contrat proprement dite, qui serait seule apte à faire disparaître celui-ci de l'ordonnancement juridique, il n'en demeure pas moins que, dès lors que le juge aura justifié le rejet d'une demande ou d'une défense proposée par l'une des parties en constatant la nullité du contrat invoqué par celle-ci, ce constat constituera un *motif décisoire* du jugement rendu. Or, en raison de l'autorité positive de chose jugée attachée à un tel motif (2321), l'existence de la cause de nullité et, par voie de conséquence, la nullité du contrat constitueront des faits irréfragablement établis entre parties. Même si l'annulation n'en a pas été formellement prononcée, le contrat ne devra pas moins être tenu pour rétroactivement effacé dans toute contestation ultérieure entre elles.

Enfin, les deux arguments supplémentaires évoqués ci-avant nous paraissent pouvoir être aisément réfutés. Ainsi, s'il est exact que la reconnaissance du pouvoir du juge d'annuler d'office un acte transcrit paraît contrecarrer l'objectif d'information des tiers attaché à la formalité prévue à l'article 3 de la loi hypothécaire, nous verrons que l'utilité de cette formalité s'avère en toute hypothèse fort réduite en

(2320) C'est ainsi que, par exception, la nullité amiable est exclue en ce domaine (voy. *supra*, n° 230).

(2321) Cons. à ce propos J.-F. VAN DROUGHENBROECK et F. BALOT, « L'effet positif de la chose jugée », *J.T.*, 2009, pp. 297 et s.

pratique (2322). Quant au risque que l'annulation d'un contrat multipartite puisse être prononcée sans que toutes les parties concernées soient présentes à la cause, il suffit de relever que le jugement d'annulation n'aura à l'égard des tiers au procès qu'une force probante réfragable, susceptible d'être attaquée par la voie de la tierce opposition (2323).

251. Suite – Effet rétroactif de l'exception de nullité.

Cette équation posée entre le constat judiciaire d'une cause de nullité et l'annulation proprement dite du contrat nous permet incidemment de prendre position dans la discussion relative aux conséquences de l'*exception de nullité* et d'affirmer avec la Cour de cassation de France que, tout comme la nullité prononcée à la demande d'une partie ou *ex officio*, l'exception de nullité est bien dotée d'un effet rétroactif (2324).

En effet, dût-on même admettre que l'exception de nullité ne puisse, par nature, entraîner l'annulation du contrat, le juge auquel le défendeur soumet une telle exception devrait en toute hypothèse se saisir de cette cause de nullité pour en constater lui-même l'existence, ce qui ne se distingue guère à notre sens d'une annulation du contrat (2325).

Cette solution a été critiquée au motif que conférer à l'exception de nullité un effet rétroactif aboutirait à lui faire produire des conséquences identiques à l'action en nullité ; or, à la différence de celle-ci, l'exception de nullité est tenue pour perpétuelle – c'est-à-dire imprescriptible – en vertu d'une règle prétorienne à base d'équité (*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*) (2326). On craint, dès lors, que par le détour de l'exception de nullité, les délais

(2322) Voy. *infra*, n° 296.

(2323) Voy. *infra*, n° 293.

(2324) Cass. fr., 16 juillet 1998, *Bull.*, 1998, I, n° 251 (« [l]a nullité, qu'elle soit invoquée par voie d'action ou par voie d'exception, emporte, en principe, l'effacement rétroactif du contrat ») ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 215, p. 169 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 722, p. 358 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 81, p. 94, note n° 316 ; *contra* : C. EYBEN, *o.c.*, *La nullité des contrats*, nos 68 et s., pp. 224 et s. ; T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, n° 29, p. 725.

(2325) Comp. C. EYBEN, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 70, pp. 225 et s., pour qui le juge devrait en ce cas se borner à rejeter la demande fondée sur le contrat nul sans avoir le pouvoir d'annuler formellement celui-ci.

(2326) Voy. à propos de cette règle Cass., 22 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1991, p. 258, avec la note de F. GLANSDORFF ; Cass., 7 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 683 ; Cass., 16 juin 1910, *Pas.*, 1910, I, p. 347, avec les conclusions de M. l'avocat général E. JANSSENS ; C. EYBEN, *o.c.*, *La nullité des contrats*, nos 29 et s., pp. 189 et s. ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 852 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 635, pp. 957 et

de prescription de l'action en nullité institués par le législateur ne soient tenus en échec (2327).

La portée de cette objection doit être relativisée. Tout d'abord, elle ne vaut que dans l'hypothèse où l'action en nullité est atteinte par la prescription. Avant ce moment, aucune fraude aux règles de la prescription ne doit être crainte et on n'aperçoit dès lors pas pour quel motif il y aurait lieu de refuser à l'exception de nullité un effet rétroactif (2328). Ensuite, on rappellera que la règle *quae temporalia* a été consacrée afin de déjouer la manœuvre consistant pour le créancier à attendre délibérément que l'action en nullité du contrat soit prescrite avant d'agir en exécution contre le débiteur (2329). Or, depuis la loi du 10 juin 1998 qui a réduit à 10 ans le délai de prescription de l'action en exécution du contrat (article 2262*bis*, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil) et l'a ainsi aligné sur le délai de prescription ordinaire de l'action en nullité, les hypothèses où la manœuvre précitée pourrait se produire s'avèrent exceptionnelles (2330). Enfin, on considère majoritairement que l'exception de nullité ne survit à la prescription de l'action qu'à la condition que le contrat n'ait pas déjà reçu une exécution même partielle (2331). En d'autres termes, l'exception de nullité ne survit à l'action en nullité que précisément dans les cas où il n'y aurait pas lieu à restitution, à défaut d'exécution du contrat. On peut dès lors reconnaître sans inconvénient un effet rétroactif à l'exception de nullité sans craindre que le défendeur n'en profite pour exiger des restitutions qu'il n'aurait normalement pas pu réclamer en raison de la prescription de l'action en nullité.

Cela étant, même en laissant de côté la question des restitutions, l'effet rétroactif de l'exception de nullité n'est pas dépourvu de tout intérêt pratique. L'effacement *ex tunc* du contrat pourrait ainsi, par exemple, faire renaître un précédent contrat résilié par le contrat nul (2332) ou se propager à d'autres contrats liés (2333).

s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 329, pp. 300 et s. ; **en droit néerlandais**, voy. l'article 3:51, alinéa 3, du NBW.

(2327) Voy. C. EYBEN, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 41, p. 197 ; comp. dans le même sens, T. TANGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 2012, n° 44, pp. 736 et s.

(2328) Comp. en ce sens Cass. fr., 4 mai 2012, *Bull.*, 2012, I, n° 99, *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, p. 526, note B. FAGES : « Attendu que la règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action ».

(2329) Voy. les références citées à la note n° 2326.

(2330) Voy. C. EYBEN, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 30, pp. 189 et s.

(2331) Cons. à ce propos C. EYBEN, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n°s 57 et s., pp. 212 et s.

(2332) Voy. *infra*, n° 289.

(2333) Voy. *infra*, n°s 325 et s.

252. Suite – Pouvoir d'ordonner d'office les restitutions.

Reste une dernière question, à savoir celle du rôle du juge vis-à-vis des restitutions consécutives à la nullité du contrat. Lorsque les parties se sont abstenues de demander au juge d'ordonner les restitutions qui s'imposent – soit que la nullité ait été prononcée d'office, soit même qu'elle l'ait été à la demande des parties, mais que celles-ci aient omis d'en tirer toutes les conséquences –, le juge peut-il, voire doit-il ordonner lui-même ces restitutions ?

Si l'on répond parfois affirmativement à cette question (2334), cette solution ne paraît en revanche pas compatible avec la conception de l'office du juge qui a cours en Belgique. Si le juge belge peut certes, dans le respect des droits de la défense, élever d'office tout moyen de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués devant lui (2335), il doit ce faisant s'abstenir de modifier lui-même l'objet du litige – à savoir les avantages dont l'octroi est concrètement postulé par les parties (2336) –, et ce, en vertu du principe dispositif qui veut que le procès civil demeure la chose des parties (2337). Saisi d'une action en exécution forcée d'une convention, le juge peut donc certes rejeter celle-ci au motif que la convention est entachée de nullité, mais ne peut pas pour autant ordonner d'office le remboursement du prix payé lorsqu'aucune des parties ne le sollicite (2338). Par ailleurs, il nous paraît excessif de considérer que la demande de restitution serait « virtuellement comprise » dans la demande en nullité (2339) dès

(2334) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 5, p. 241. En France, telle est en tout cas la solution retenue s'agissant des restitutions consécutives à la résolution du contrat : voy. *infra*, n° 421. Dans un ordre d'idées voisin, certains auteurs considèrent que les restitutions constituent une conséquence automatique du jugement de nullité, même si elles n'ont pas été demandées : voy. M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 48 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 158, p. 174.

(2335) Voy. *supra*, n° 249.

(2336) Voy. D. MOUGENOT, *o.c.*, *Rép. not.*, tome XIII, L. 0, n°s 52 et s., pp. 118 et s.

(2337) Voy. Cass., 14 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 129 : « En vertu du principe général du droit de l'autonomie des parties et de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, il est interdit au juge du fond de se prononcer sur des choses non demandées ou d'adjuger plus qu'il n'a été demandé, et ce, même dans l'hypothèse où la loi qui accorde le droit est d'ordre public ». C'est ainsi, par exemple, que le juge ne peut d'initiative accorder des intérêts, même légalement dus, sur les sommes qu'il alloue (voy. Cass., 4 novembre 2004, n° C.02.0623.F, www.juridat.be, second moyen non publié à la *Pasicrisis*).

(2338) Voy. Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 500, *A.C.*, 2012, n° 500, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL.

(2339) En ce sens, cependant, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 326, p. 212 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 11. L'arrêt de cassation cité à l'appui de cette opinion ne nous paraît toutefois pas

lors, d'une part, que les règles relatives à l'étendue des restitutions présentent une complexité telle qu'on ne peut déduire de la seule demande en nullité l'objet exact de la demande en restitution qui y serait incluse, et que, d'autre part, le demandeur en nullité peut préférer s'abstenir de demander une telle restitution en vue d'éviter de devoir lui-même restituer ce qu'il a reçu. Il faut donc à notre sens considérer que le juge belge ne peut condamner les parties aux restitutions consécutives au contrat dont il a prononcé la nullité que dans la mesure où elles ont pris des conclusions en ce sens (2340). Du reste, lorsque la chose a dans l'intervalle été réaliénée, sa « restitution » suppose alors la mise à la cause d'un tiers dans le cadre d'une demande en revendication, ce qui est également défendu au magistrat de faire d'initiative (article 811 du Code judiciaire).

Le fait que la nullité, d'une part, et les restitutions ou revendications qui en sont la suite, d'autre part, aient des objets différents signifie donc qu'il s'agit de demandes en justice différentes. L'observation n'est pas dépourvue d'intérêt sur le plan de la prescription, puisqu'elles seront soumises à un délai propre, potentiellement différent de celui de l'action en nullité (2341).

253. Objet des restitutions. On admet généralement que les restitutions portent, pour reprendre les termes d'un arrêt de la

déterminante dès lors qu'il décide uniquement qu'une « demande concernant le caractère abusif et illégal [d'une] inscription hypothécaire prise par le receveur des contributions directes contenue dans les conclusions de la défenderesse était virtuellement comprise dans sa demande originaire tendant à la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée par le même receveur » (Cass., 23 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 268, avec les conclusions de M. l'avocat général B. JANSSENS DE BISTHOVEN). La Cour ne devait donc pas se prononcer en tant que telle sur la recevabilité de la demande de restitution, qui concernait en outre une hypothèque d'origine légale et non conventionnelle.

(2340) Voy. J.-L. AUBERT, *o.c.*, *D.*, 2003, pp. 369 et s., sous note n° 4 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 73, p. 320 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 707, p. 407 ; B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2010, n° 10, p. 243 ; comp. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *o.c.*, n° 561, p. 707 ; pour une application, Brussel, 4 septembre 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 304, point 15 (la restitution est limitée au montant demandé par le curateur bien que la cour constate que les sommes remises en exécution de l'opération nulle présentaient un montant supérieur). – On réserve toutefois le cas où la convention serait la conséquence d'une infraction pénale et où son annulation, et les restitutions consécutives, pourraient être ordonnées d'office par le juge sur la base de l'article 44 du Code pénal (voy. en ce sens Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 19 ; Corr. Gent, 21 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 619 ; sur cette disposition, voy. également les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF, alors avocat général, avant Cass., 24 février 2004, *A.C.*, 2004, n° 96, points 14 et s.).

(2341) Voy. à ce propos *supra*, nos 247 et s.

Cour de cassation du 21 mai 2004, sur toutes « les prestations reçues en vertu de la convention annulée » (2342). Cette règle appelle cependant certaines précisions.

I. Tout d'abord, le terme « prestations » pourrait donner à penser que seuls sont visés les paiements effectués en exécution du contrat nul. On y assimile cependant la remise d'un bien, non à titre d'exécution d'une obligation contractuelle, mais de condition de formation d'un contrat réel (2343).

II. La notion de prestations « reçues » implique quant à elle que ne devront pas être restituées les sommes versées par une partie à un tiers (notamment les frais exposés en vue de la conclusion ou l'exécution du contrat) sans entrer dans le patrimoine de l'autre partie (2344). Ces sommes ne devront être remboursées par celle-ci que, le cas échéant, dans le cadre de sa responsabilité précontractuelle (2345).

A. Ainsi, lorsque les sommes ont été *perçues par une partie qui les a ensuite reversées à un tiers*, elles devront être restituées au cocontractant par cette partie, quitte à ce qu'elle se retourne ensuite contre le tiers. Dès lors, lorsque le prix incluait la TVA, celle-ci devra être restituée par le vendeur à l'acheteur, même si elle a entre-temps été payée au fisc (2346).

B. En revanche, les parties ne doivent restituer que ce qu'elles ont elles-mêmes reçu en exécution du contrat nul ; *les sommes versées directement à des tiers* à l'occasion de l'opération annulée ne doivent donc pas être restituées par les parties, à moins bien sûr que le tiers n'ait agi en qualité de mandataire d'une partie (2347). Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 21 mai 2004, le juge du fond, après avoir annulé une vente en raison d'un défaut de capa-

(2342) Voy. not. Cass., 21 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 274, *R.A.B.G.*, 2006, p. 5, note B. VEECKMANS.

(2343) Voy. ainsi Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., avec les concl. de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT, note J. Dabin (en l'espèce, il s'agissait de la restitution des titres remis en vertu d'un gage illicite, paralysée cependant par la règle *in pari causa*) ; Cass., 11 mars 1915, *Pas.*, 1915-1916, p. 208, avec les conclusions de M. l'avocat général PHOLIEN ; J. DABIN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1967, n° 20, p. 39 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, *o.c.*, n° 86, p. 13.

(2344) Voy. Cass. fr., 8 avril 2009, *Bull.*, 2009, III, n° 81 ; Cass. fr., 12 mars 2003, *Bull.*, 2003, III, n° 63 ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 186, p. 127 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *o.c.*, n° 424, p. 181 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 4, p. 239.

(2345) Voy. *infra*, n°s 335 et s.

(2346) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 224, p. 274.

(2347) Voy. Civ. Gent, 23 mars 2010, *T.B.O.*, 2012, p. 75, note C. HEEB.

cité du vendeur, avait condamné celui-ci à rembourser à l'acheteur les frais d'actes exposés par ce dernier pour la réalisation de la vente (apparemment, il s'agissait des honoraires du notaire et des droits d'enregistrement). La Cour cassa cette décision au motif que « l'obligation de restitution qui pèse sur le vendeur dans le cas où la vente est annulée n'implique pas, en tant que telle, celle de rembourser à l'acheteur les frais d'acte qu'il a exposés ».

La solution peut se comprendre, car ce serait dénaturer la notion de restitution que d'y inclure les prestations qui n'ont jamais été perçues par la partie tenue à restitution : restituer signifie en effet rendre ce qu'on a reçu (2348). La partie ayant décaissé des sommes au profit d'un tiers en exécution d'un contrat nul n'en est pas pour autant privée de tout recours. En effet, dès lors que, comme nous le verrons, la nullité produit ses effets tant entre parties qu'envers les tiers (2349), il en résulte que ces sommes devront en principe être restituées par ce tiers en vue de rétablir le *statu quo ante* (2350). On rappellera cependant qu'en matière de droits d'enregistrement, les restitutions par l'Administration fiscale sont soumises à la condition que la décision prononçant la nullité soit passée en force de chose jugée (2351) et qu'en matière d'impôts sur les revenus, même les revenus résultant d'un acte contraire à l'ordre public sont taxables (2352). Cette situation doit par ailleurs être distinguée de celle où les sommes ont été décaissées au profit d'un tiers, non en exécution du contrat nul, mais d'une relation juridique distincte, tel que par exemple un contrat de fourniture d'eau conclu par l'acquéreur du bien ; en ce cas, l'annulation de la vente de ce bien n'entraînera pas nécessairement celle du contrat de fourniture subséquent (2353).

(2348) Cette approche conceptuelle de la notion de restitution cède cependant parfois le pas à une démarche plus fonctionnelle : voy. *infra*, n° 254.

(2349) Voy. *infra*, n° 291.

(2350) Voy. F. COHET-CORDEY, « Nullité et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, pp. 331 et s., avant note n° 16 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 718, p. 415. Nous ne partageons pas dès lors l'opinion de B. VEECKMANS, « De gevolgen van de nietigverklaring van een in een authentieke akte verleden overeenkomst voor wat betreft de kosten van de authentieke akte », note sous Cass., 21 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2006, pp. 7 et s., n° 4, p. 8, pour qui les frais d'actes ne pourraient être répétés auprès du notaire. Cet auteur réserve cependant, n° 5, l'hypothèse d'une faute professionnelle de ce dernier.

(2351) Art. 209, 2°, du Code des droits d'enregistrement.

(2352) Cons. J. KIRKPATRICK, « L'opposabilité au fisc des conventions illicites non simulées. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1999 », *J.T.*, 2000, pp. 193 et s., n° 1, f), p. 194.

(2353) Voy. *infra*, n° 325, et, sur l'inopposabilité de ce contrat de fourniture au vendeur redevenu propriétaire de la chose, n° 301.

C. On notera enfin que, réciproquement, *les sommes payées par des tiers* en vertu du contrat annulé doivent leur être remboursées. Il faudrait dès lors en principe en déduire qu'en cas d'annulation d'une opération soumise à la TVA, l'assujetti qui a fait valoir vis-à-vis de l'Administration son droit à déduction devrait perdre ce droit en cas de nullité de l'opération, et donc rembourser les sommes éventuellement perçues par lui à ce titre. La Cour de justice des Communautés européennes a cependant estimé que cette règle du droit belge était contraire à la réglementation communautaire de la TVA et devait donc demeurer inappliquée, sauf dans l'hypothèse où « il est établi, au vu des éléments objectifs, que la livraison est effectuée à un assujetti qui savait ou aurait dû savoir que, par son acquisition, il participait à une opération impliquée dans une fraude à la taxe sur la valeur ajoutée » (2354).

254. Cas particulier – Restitution des sommes versées dans le cadre d'une action directe. La conséquence logique de ces principes serait qu'en cas d'action directe fondée sur un contrat d'assurance nul, l'assureur puisse répéter auprès de la personne lésée les sommes payées directement à celle-ci. Toutefois, le législateur a prévu dans certains cas que la nullité du contrat d'assurance est inopposable à la victime (2355). Quelle est en la conséquence sur le plan des restitutions ?

I. À la suite de l'annulation d'un contrat d'assurance RC automobile causée par les omissions ou inexactitudes intentionnelles de l'assuré, un assureur lui avait demandé – à défaut de pouvoir s'adresser à la personne lésée en raison de l'inopposabilité des exceptions – le remboursement des sommes décaissées au profit de la victime, ce qui lui fut octroyé par le juge du fond. Le pourvoi soutenait qu'en versant ces sommes à la victime, l'assureur ne payait pas la dette de l'assuré, mais bien une dette propre instituée par la loi qui « ne cesse pas d'exister ou n'est pas entachée par la nullité du contrat d'assurance ». Par un arrêt du 25 février 2005 (2356), la Cour de cassation rejette le pourvoi. Après avoir rappelé que « l'annulation du contrat

(2354) Voy. C.J.C.E., 6 juillet 2006, *Kittel*, C-439/04, *Rec.*, 2006, I, p. 6161 ; voy. également C.J.U.E., 21 juin 2012, *Mahagében*, C-80/11 et C-142/11, point 45 ; Cass., 22 mars 2007, *Pas.*, 2007, n° 150 ; Cass., 7 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 466, avec les conclusions de M. l'avocat général HENKES.

(2355) Voy. art. 16 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs et 87 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

(2356) Cass., 25 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 119 ; solution confirmée par Cass., 4 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 223, point 1 *in fine*, *R.D.C.*, 2007, p. 817, note G. JOUQUÉ ; voy. également Pol. Bruxelles, 19 juin 2008, *C.R.A.*, 2008, p. 421.

d'assurance a, en principe, pour effet que ce contrat est rendu rétroactivement non avenu et que ceci a pour effet que ce qui a été presté par les parties en vertu du contrat peut être répété », elle décide que « les effets de l'annulation du contrat d'assurance s'étendent à toutes les prestations que l'assureur a effectuées à la suite de l'existence du contrat d'assurance, y compris les indemnités qui ont été payées aux personnes lésées par l'accident qui, sur la base de la loi, disposent d'un droit d'action directe contre l'assureur ». À cet égard, « le moyen suppose erronément que l'assureur qui paye en de telles circonstances des indemnités paye, en vertu de la loi, sa propre dette à la victime, sans qu'il y ait le moindre rapport avec le contrat d'assurance » ; c'est en effet perdre de vue que « l'action directe visée suppose l'existence d'un contrat d'assurance ». Elle décide enfin que l'inopposabilité de la nullité du contrat d'assurance à la victime « n'a nullement pour effet que l'assureur ne pourrait pas invoquer la nullité du contrat d'assurance envers le preneur d'assurance ».

Cette décision aboutit ainsi à élargir l'objet des restitutions incombant aux parties au-delà des prestations « reçues » par celles-ci. En effet, le preneur d'assurance est ainsi condamné à rembourser à l'assureur les sommes décaissées par celui-ci au profit de la victime, alors que ces sommes n'ont jamais été « reçues » à proprement parler par le preneur. La Cour consacre cette solution en prenant par l'autre bout la règle énoncée dans son arrêt précité du 21 mai 2004. Dans celui-ci, en effet, chaque partie était tenue de restituer ce qu'elle avait *reçu*. Selon l'arrêt du 25 février 2005, au contraire, chaque partie peut répéter ce qu'elle a *presté*. Les deux formulations sont en apparence équivalentes, puisque ce qui a été presté par une partie correspondent en règle à ce qui a été reçu par l'autre. La différence apparaît toutefois lorsque, comme en l'espèce, les prestations sont effectuées, non au profit de l'autre partie mais d'un tiers.

La solution peut se comprendre dès lors que, comme le relève la Cour, même si l'assureur qui indemnise la victime paie une dette qui lui est imposée par la loi, cette dette n'est pas « sans le moindre rapport » avec le contrat d'assurance. En effet, en payant cette dette, l'assureur fait disparaître le dommage de la victime et exonère ainsi l'assuré de sa responsabilité, exécutant ainsi le contrat d'assurance vis-à-vis de celui-ci (2357). Cette solution apparaît en outre conforme à l'équité, car, à défaut de pouvoir se retourner contre l'assuré, on pourrait craindre que l'assureur n'obtienne jamais restitution des sommes qu'il a payées, puisque la nullité du contrat est en ce cas inopposable

(2357) Voy. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 336, p. 217.

à la victime. La conclusion serait choquante si l'on se souvient que le contrat d'assurance a été annulé en l'espèce en raison d'une omission ou d'une inexactitude intentionnelles de l'assuré (2358). Par conséquent, il ne paraît pas déraisonnable d'autoriser l'assureur à répéter les sommes versées directement à la victime auprès de l'assuré, même si cela implique de malmener quelque peu la notion de restitution. On peut donc y voir une nouvelle expression de la prééminence de l'approche fonctionnelle sur l'approche conceptuelle (2359).

On notera qu'à s'en tenir aux termes de l'arrêt du 25 février 2005, l'assureur devrait même pouvoir répéter auprès de l'assuré les sommes décaissées en faveur de la victime lorsque la nullité du contrat est opposable à cette dernière. En effet, cet arrêt commence par poser en principe que l'obligation de restitution de l'assuré s'étend aux indemnités versées aux personnes lésées et n'envisage que dans un second temps l'inopposabilité des exceptions, pour d'ailleurs en déduire qu'elle n'affecte pas la solution précédemment dégagée. L'assureur disposera donc à notre sens d'un choix et pourra s'adresser soit à l'assuré (sur la base de la notion élargie de restitution), soit à la victime (sur la base de l'effet *erga omnes* des nullités). Dans ce second cas, celle-ci se retournera alors vers l'assuré sur la base du droit commun de la responsabilité. Puisque la charge de la réparation pèsera en définitive toujours sur la tête de l'assuré, la jurisprudence de la Cour de cassation, qui offre en quelque sorte un « raccourci » en évitant le double recours assureur-victime et victime-assuré, nous paraît devoir être approuvée (2360).

II. Le principe posé par cette jurisprudence n'est cependant pas absolu. Ainsi, dans un arrêt ultérieur du 28 septembre 2012, la Cour de cassation a refusé d'en faire application aux indemnités versées à l'usager faible de la route en exécution de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 (2361). En l'espèce, le contrat d'assurance avait à nouveau été annulé en raison d'une omission intentionnelle de l'assuré. Toutefois, l'accident proprement dit s'était produit sans que la

(2358) Il est vrai que, dans ce cas précis, l'assureur pourrait cependant engager la responsabilité précontractuelle de l'assuré (voy. en ce sens T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 30, p. 273, pour qui la solution donnée par la Cour devrait plutôt s'expliquer par les règles de la responsabilité).

(2359) Voy. à ce propos *supra*, n°s 5 et s.

(2360) On notera qu'en cas d'insolvabilité de la victime, cette jurisprudence aboutira en pratique à accorder une sorte de privilège de fait à l'assureur, puisqu'il parviendra en principe à récupérer auprès de l'assuré la totalité des sommes payées à la victime plutôt que d'entrer en concours avec les créanciers de cette dernière.

(2361) Voy. Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 498, point 6, *A.C.*, 2012, n° 498, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL, *Bull. Ass.*, 2013, p. 179, obs. J.-L. FAGNART, « Les effets de la nullité du contrat d'assurance », *For. Ass.*, 2013, p. 28, obs. C. VERDURE.

responsabilité de l'assuré ne soit en rien engagée. La Cour décide à cet égard qu'« en cas d'annulation après l'accident du contrat d'assurance, l'assuré est uniquement tenu de restituer à l'assureur les dépenses qu'il a faites pour la victime en vertu de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, pour autant que l'assureur était aussi tenu d'indemniser la victime sur la base de son obligation contractuelle de couvrir l'assuré » (2362), ce qui n'était pas le cas en l'espèce en l'absence de toute responsabilité de l'assuré dans l'accident. Dès lors, l'assureur ne peut obtenir le remboursement des décaissements effectués sur la base de l'article 29bis précité, ni à charge de la victime (la nullité du contrat lui étant inopposable en vertu des articles 16 de la loi du 21 novembre 1989 et 87, § 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992), ni à charge de l'assuré lui-même (en vertu de l'exception apportée par cet arrêt à la règle dégagée par celui du 25 février 2005).

L'arrêt du 28 septembre 2012 est peu explicite sur le fondement juridique de la solution retenue. S'il considère en effet que l'obligation d'indemnisation fondée sur l'article 29bis constitue une obligation légale et non contractuelle, il relève néanmoins que « cette obligation d'indemnisation requiert notamment l'existence d'une assurance de la responsabilité en matière de véhicule automoteur au moment de l'accident » (2363). Or, puisque l'annulation du contrat d'assurance fait en principe disparaître celui-ci rétroactivement (2364), les décaissements effectués ne se trouvent-ils pas ainsi privés de fondement ? Vainement objecterait-on que les sommes versées à la victime ne l'ont pas véritablement été en exécution du contrat d'assurance, mais se trouvent seulement en lien avec celui-ci (2365), dès lors qu'au-delà des restitutions, la nullité fait en principe disparaître entièrement le contrat de l'ordre juridique, tant entre parties qu'à l'égard des tiers (2366). Si, donc, l'obligation d'indemnisation suppose l'existence d'une assurance de responsabilité, celle-ci devrait en principe être tenue pour inexistante en raison de son annulation. En d'autres termes, l'arrêt analysé reste muet sur les motifs qui le poussent à admettre ainsi une entorse à l'effet rétroactif de l'annulation (2367).

(2362) Point 11.

(2363) Point 9.

(2364) Point 6.

(2365) Comp. J.-L. FAGNART, *o.c.*, *Bull. Ass.*, 2013, n° 5, p. 179 ; *adde* C. VERDURE, *o.c.*, *For. Ass.*, 2013, p. 30.

(2366) Voy. *infra*, nos 289 et 291.

(2367) Contrairement à ce qui a été suggéré (C. VERDURE, *o.c.*, *For. Ass.*, 2013, p. 31, note n° 26 ; *adde* les réflexions de J.-L. FAGNART, *o.c.*, *Bull. Ass.*, 2013, n° 12, p. 180), la solution ne nous paraît pas pouvoir se justifier par une application implicite de la théorie de l'enrichissement sans cause, dès lors que le point 6 de l'arrêt paraît bien au contraire donner aux restitutions un fondement autonome (voy. à ce propos *supra*, n° 247).

Il semble, d'après les indications données dans les conclusions du ministère public, que la cause de cette exception doit être recherchée dans le système de l'article 29*bis*, qui reposerait sur l'idée que l'indemnisation qu'elle prévoit, détachée de toute idée de faute, ne pourrait jamais être mise à la charge de l'assuré lorsque sa responsabilité n'est pas engagée (2368). L'explication ne convainc toutefois qu'à moitié dès lors que le même système ne fait peser la charge de l'indemnisation sur la tête de l'assureur qu'en raison du contrat d'assurance qu'il a conclu (2369). On aurait aimé savoir pour quels motifs la première considération l'emporte sur la seconde.

Quoi qu'il en soit, le dol commis en l'espèce par l'assuré lors de la conclusion du contrat l'expose à notre sens à une action en responsabilité de l'assureur en raison du dommage que l'annulation n'est pas parvenue à effacer (2370).

III. Enfin, indépendamment de ces particularités propres à la responsabilité obligatoire des véhicules automoteurs, il est permis de se demander si la règle dégagée par l'arrêt du 25 février 2005 ne devrait pas être étendue, par identité de motifs, à d'autres hypothèses d'action directe. Ainsi, par exemple, lorsqu'un maître de l'ouvrage acquitte le salaire d'un sous-traitant sur la base l'article 1798 du Code civil et que le contrat principal d'entreprise est ensuite annulé, ne pourrait-il prétendre obtenir de l'entrepreneur principal la « restitution » (au sens large consacré par la jurisprudence de la Cour) des sommes versées au sous-traitant ? En effet, pour reprendre la terminologie de l'arrêt du 25 février 2005, l'action directe du sous-traitant « suppose l'existence » d'un contrat principal d'entreprise et n'est pas « sans le moindre rapport » avec ce contrat ; en outre, en payant le salaire du sous-traitant, le maître de l'ouvrage libère à due concurrence l'entrepreneur principal, de la même manière que l'assureur libère l'assuré vis-à-vis de la personne lésée.

255. Forme et étendue des restitutions. L'objet des restitutions ayant été précisé, il reste à en examiner la forme et l'étendue.

(2368) Voy. en ce sens les conclusions précitées, point 24.

(2369) Arrêt précité, point 9, et conclusions précitées, point 21.

(2370) J.-L. FAGNART, *o.c.*, *Bull. Ass.*, 2013, n° 15, p. 181.

I. Conformément au droit commun(2371), la chose, même transformée pour autant qu'elle demeure alors identifiable(2372), doit en principe être restituée *en nature*(2373), les frais de la restitution étant en principe à charge du restituant(2374).

Ce n'est qu'en cas d'impossibilité(2375) – ou d'accord des parties(2376) – qu'elle aura lieu, en règle, *par équivalent*, sans préjudice d'une éventuelle subrogation réelle(2377). Une telle impossibilité se présente notamment lorsque la restitution en nature serait constitutive d'abus de droit(2378) ou lorsque la chose

(2371) Sur le principe de l'exécution et de la réparation en nature en droit commun, voy. Cass., 17 décembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 695, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 69 ; Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, avec les conclusions de M. le procureur général J. VELU, alors avocat général ; Cass., 12 septembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 45 ; voy. également, en matière d'action paulienne, Cass., 9 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 86.

(2372) Voy. M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 10 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 217, p. 234. En ce cas, la théorie des impenses et les règles de l'accession peuvent trouver à s'appliquer : voy. *infra*, n° 276.

(2373) V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 102 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 425, p. 182 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 77, p. 324 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 562, p. 708 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 177, p. 190 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 800, p. 458 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 197, p. 215 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 8, p. 228 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 286 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 6, p. 242 ; S. STIJNS, *o.c.*, *Verbintenissenrecht*, n° 21, p. 37 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 21, p. 18. Voy. dans un cas similaire Cass., 13 septembre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 220, note S. NUDELHOLE (restitution consécutive à l'inopposabilité fondée sur l'article 445 du Code de commerce). — Toutefois, des voix s'élèvent pour conférer à la restitution par équivalent un statut concurrent à celui de la restitution en nature. Sur cette évolution possible, qui serait conforme aux exigences de la société de consommation, voy. M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 94 et s., spéc. p. 105.

(2374) Art. 1248 du Code civil, sous réserve d'une *culpa in contrahendo* (voy. à ce propos *infra*, nos 335 et s.) ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 411, p. 262 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 201 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 238, p. 255.

(2375) On réserve toutefois le cas où l'impossibilité de restitution est due à la force majeure ; pour plus de détails à ce propos, voy. *infra*, nos 266 et s.

(2376) *Contra* : F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100. Il nous paraît toutefois excessif de considérer que la cause de nullité irait jusqu'à vicier un accord des parties quant à la forme des restitutions. Sur le pouvoir des parties d'aménager conventionnellement les restitutions, voy. *infra*, n° 563.

(2377) L'examen détaillé de cette institution excéderait les bornes de cette étude : cons. à ce propos V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Groningen et Intersentia, 2003 ; voy. également M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 114 et s., ainsi que l'article 9 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(2378) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 206, p. 140 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100 ;

a été aliénée au profit d'un tiers (2379). En ce cas, la restitution par équivalent portera sur une somme d'argent égale à la valeur vénale de la chose qui aurait dû être restituée, indépendamment de sa valeur convenue (2380).

Lorsqu'elles portent sur des choses de genre, restitution en nature et restitution par équivalent se confondent. On rappellera que, dans ce cas, le débiteur de la restitution ne peut en principe se prévaloir de la perte de la chose en vertu de l'adage *genera non pereunt* (2381). Par ailleurs, dans le cas d'une somme d'argent, le principe du nominalisme monétaire trouve toujours à s'appliquer (2382).

II. Sur le plan de l'étendue des restitutions, de nombreuses difficultés pratiques surgissent lorsqu'il s'agit d'examiner la question de la restitution des fruits (2), des obligations de faire ou de ne pas faire (3) ou si la chose à restituer a subi une moins-value ou une plus-value depuis la conclusion du contrat (4). En outre, la cause de la nullité influence parfois l'étendue des restitutions, à savoir en cas de cause illicite (5) ou d'incapacité (6). Enfin, le jeu de la responsabilité précontractuelle peut venir perturber la détermination de l'étendue des restitutions (2383).

T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 7, p. 243. Tel pourrait notamment être le cas lorsque la restitution en nature engendre pour le débiteur de la restitution des frais importants sans qu'elle présente un intérêt véritable pour le créancier (S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 203, p. 220, qui donne comme exemple les frais d'extraction d'une cuve à pétrole mise à la disposition d'une station-service).

(2379) Voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 184, pp. 198 et s.

(2380) Cass. fr., 16 mars 1999, *Bull.*, 1999, I, n° 95 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 230, p. 178 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 800, p. 458 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 66 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 149, p. 166 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 38.

(2381) Voy. P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 241 et s., nos 28 et s., pp. 262 et s. ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 101 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 14.

(2382) Art. 1895 du Code civil (sur son application aux seules dettes de somme, voy. Cass., 27 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 493, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES) ; art. 1163-2 du **Projet Catala** ; Cass., 28 novembre 2013, n° C.12.0556.N, point 11 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 224, p. 174 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 801, p. 459 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 90 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1441, p. 2003 ; pour une critique de cette solution, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 207, p. 224.

(2383) Voy. *infra*, nos 335 et s.

Avant d'aborder en détail toutes ces questions, qui constituent en quelque sorte le droit commun des restitutions après nullité, on signalera toutefois l'existence de dispositions légales éparées, qui influencent au cas par cas l'étendue des restitutions.

Ainsi, en matière de jeux et paris, l'article 1967 du Code civil dispose que « [d]ans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. » Même si ce principe présente une certaine parenté avec la règle *in pari causa*, on considère généralement cette disposition comme n'étant pas une pure application de celle-ci, ne serait-ce qu'en raison de son caractère obligatoire pour le juge (2384).

On peut également citer l'article 6, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, aux termes duquel « [l]es primes échues jusqu'au moment où l'assureur a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude intentionnelles lui sont dues » (2385). Pour le surplus, les restitutions demeurent régies par le droit commun (2386).

On mentionnera encore les nombreuses dispositions insérées dans les lois protectrices du travailleur qui prévoient que la nullité du contrat ne peut être opposée aux droits du travailleur qui découlent de l'application de ces lois lorsque des prestations de travail sont fournies « 1° en vertu d'un contrat frappé de nullité du chef d'infraction aux dispositions ayant pour objet la réglementation des relations du travail ; 2° dans les salles de jeu » (2387). En revanche, la nullité du contrat de travail peut parfaitement être opposée au travailleur lorsqu'elle trouve son origine, par exemple, dans la méconnaissance

(2384) Voy. les conclusions de M. le procureur général R. HAYOT DE TERMICOURT av. Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., spéc. p. 25 ; J. DABIN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1967, n° 21, pp. 40 et s. ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 44, p. 180 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, n° 268, p. 509. Sur la règle *in pari causa*, voy. *infra*, n°s 278 et s.

(2385) Cette exclusion des restitutions à charge de l'assuré qui s'est rendu coupable d'une omission ou inexactitude intentionnelle constitue une peine privée (J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 463, p. 644).

(2386) Voy. Cass., 25 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 119.

(2387) Art. 14 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; art. 47 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération ; art. 5 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, qui protège également le jeune travailleur ; art. 2, § 2, de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires ; art. 3bis de la loi du 1^{er} avril 1936 sur les contrats d'engagement pour le service des bâtiments de navigation intérieure ; voy. aussi l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, rédigé en des termes plus généraux (« La nullité du contrat de louage de travail ne peut être opposée à l'application de la présente loi ») et dont la Cour de cassation en a déduit que la nullité du contrat ne pouvait être soulevée, même par le travailleur (Cass., 21 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 141).

des conditions imposées pour l'exercice d'une profession médicale ou paramédicale (2388).

2. – *Fruits et indemnité de jouissance*

256. Principe – Restitution des accessoires de la chose. Le droit d'accession permet au propriétaire d'une chose de prétendre aux fruits et produits de cette chose (article 546 du Code civil). Puisque l'annulation du contrat efface également, entre parties, les transferts de propriété opérés par le contrat annulé (2389), la partie ayant droit à la restitution de la chose devrait également pouvoir réclamer la restitution de tous ses accessoires (2390).

La règle est certaine s'agissant des produits (2391) ou – hypothèse plus anecdotique – des trésors (2392). Elle connaît en revanche d'importants aménagements en ce qui concerne les fruits.

257. Exception – Protection du possesseur de bonne foi. On sait qu'aux termes de l'article 549 du Code civil, le possesseur de bonne foi de la chose fait les fruits siens. La Cour de cassation a mis de longue date en évidence les considérations d'équité qui se trouvent à la base de cette dérogation aux principes de l'accession. En effet :

« [...] cette faveur accordée au possesseur de bonne foi est fondée sur la présomption que celui qui a eu de justes raisons de croire que ce qu'il détient est réellement sa propriété a consommé les fruits qu'il en a retirés en les employant comme ses autres revenus à ses dépenses journalières, et [...] il serait injuste, lorsque le propriétaire véritable de la chose ne se présente que tardivement pour la réclamer, d'obliger le possesseur de bonne foi à lui restituer des fruits qu'il est censé ne pas avoir conservés » (2393).

(2388) Voy. Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, n° 82.

(2389) Voy. *supra*, n° 248.

(2390) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 18 ; *contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 219, p. 147, se fondant sur l'absence d'effet rétroactif de la nullité. Sur cette opinion, voy. *infra*, n°s 537 et s.

(2391) Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 91, p. 14 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 10, p. 248, note n° 56.

(2392) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, Paris, Siffrein, 1821, n° 360, p. 227.

(2393) Cass., 17 juin 1852, *Pas.*, 1853, I, pp. 435 et s., spéc. p. 444 ; voy. aussi Cass., 11 mars 1870, *Pas.*, 1870, I, pp. 187 et s., spéc. p. 197, avec les conclusions de M. le procureur

La plupart des auteurs sont d'avis que cette faveur doit également bénéficier à la personne tenue aux restitutions ensuite de l'annulation d'un contrat (2394). Par conséquent, les fruits ne sont dus qu'à dater de la demande en justice (2395), sauf si le débiteur des restitutions connaissait la cause de nullité depuis une date antérieure (2396), par exemple en raison d'une mise en demeure (2397).

général FAIDER, alors premier avocat général ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVÉAU, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, 3^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1905, n° 316, p. 223 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 162 (qui met également en avant un souci de simplification des comptes) ; R. WINTGEN, « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif », *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 692 et s., n° 12.

(2394) Voy. Cass., 2 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 521 (analysé *infra*, n° 259) ; *a contrario*, Cass., 17 décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 115 (en cas de connaissance des vices du titre – en l'occurrence, la nullité, fondée sur l'article 911 du Code civil, d'actes de disposition en faveur d'une congrégation de carmélites dépourvue de la personnalité juridique –, obligation de restituer les fruits à dater de l'indue possession) ; Cass. fr., 9 novembre 2004, *Bull.*, 2004, I, n° 264 ; J.-L. AUBERT, *o.c.*, *D.*, 2003, pp. 369 et s., sous note n° 14 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 336, p. 429 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 108 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1969, p. 333 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 225, p. 175 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 262, p. 186 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 367, p. 304 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 162 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *o.c.*, n° 240, p. 389 ; J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, « Accession », *Rép. not.*, tome II, L. I, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 29, p. 70 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 414 et s. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 332, p. 326 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 230, p. 247 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 287. — Certains auteurs se fondent plutôt sur l'article 1378 du Code civil (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 563, pp. 711 et s. ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 416, note n° 1 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 83, p. 12). Nous avons cependant vu que les restitutions consécutives à la nullité étaient soumises à un régime propre plutôt qu'aux règles du paiement indu (voy. *supra*, n° 246). — *Contra*, en faveur de la restitution des fruits indépendamment de la bonne ou mauvaise foi des parties : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 802, p. 459.

(2395) Cass. fr., 28 avril 2004, *Bull.*, 2004, IV, n° 80.

(2396) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 336, p. 429 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 225, p. 175 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 332, p. 326 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 230, p. 247. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 91, p. 14. Pour exclure la bonne foi, il suffit donc d'avoir connaissance de la cause de nullité, il n'est pas nécessaire d'avoir la certitude que l'annulation interviendra (voy. dans le même sens, **en droit allemand**, le § 142, alinéa 2, du BGB, et, à ce propos, K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n°s 45 et s., pp. 806 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 47, n° 727, p. 290).

(2397) Voy. Cass., 5 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 5, point 4.

On a parfois objecté à cette solution que l'article 549 du Code civil, inséré dans un titre relatif au droit de propriété, serait étranger aux rapports entre les parties tels que les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat (2398). On répondra que la nullité a précisément pour objet d'effacer à la fois les rapports contractuels et les transferts de propriété opérés par le contrat. C'est ainsi que le créancier en restitution jouit d'une véritable action réelle en revendication (2399). Dans ce contexte, la référence à l'article 549 ne paraît nullement déplacée. Il en va d'autant plus ainsi que l'article 550 se réfère expressément aux « vices » du titre, ce qui paraît bien supposer l'application du texte aux effets de la nullité (2400).

Il est vrai que l'application de cette disposition propre au droit des biens paraît plus malaisée à justifier lorsque le recours introduit par le créancier en restitution est de nature purement personnelle (2401), soit que le défendeur en nullité ait aliéné la chose, soit que celle-ci soit une chose de genre (telle qu'une somme d'argent) non susceptible d'être revendiquée au sens strict (2402). Il n'en demeure pas moins que la *ratio legis* de l'article 549 commande d'en étendre, par analogie, l'application à ces situations (2403). Celle-ci s'inscrit parfaitement dans le régime de la nullité qui, plutôt que viser un effacement aveugle du passé, ne tend à la remise des choses dans leur état antérieur que

(2398) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 827, p. 795 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome VI, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 241, pp. 314 et s. ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 19.

(2399) Voy. *supra*, n° 248.

(2400) G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, o.c., n° 299, p. 214.

(2401) Partant de cette prémisse, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 802, p. 460.

(2402) Comp. en ce sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 113, pp. 78 et s., qui soutient que, si l'on considère que la dette de restitution a pour objet une somme d'argent en principal, alors les fruits ne devraient pas être restitués dans les conditions des articles 547 et 549 du Code civil, mais seulement en vertu de l'article 1153. En effet, les règles de l'accession seraient inapplicables à une somme d'argent, dès lors que celle-ci, se confondant dans le patrimoine du débiteur de la restitution, ne pourrait faire l'objet d'un droit de propriété. Cette objection d'ordre technique se heurte cependant au système du Code civil, qui paraît avoir eu une conception large des fruits concernés par les règles de l'accession, y compris lorsque la chose principale est une somme d'argent (voy. en ce sens l'article 584 et J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, tome I, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, n° 282, p. 281). Voy. d'ailleurs Cass., 17 juin 1852, *Pas.*, 1853, I, pp. 435 et s., qui fait application de l'article 549 du Code civil aux intérêts du prix de la vente d'un bien du défunt payé à une personne se croyant de bonne foi seul héritier.

(2403) Sur les vertus du raisonnement par analogie, voy. *supra*, n° 42, II. Réciproquement, la règle *in pari causa*, élaborée à l'origine comme obstacle à l'action personnelle en restitution, nous paraît devoir être étendue à l'action en revendication (voy. *infra*, n° 281).

dans la mesure où celle-ci n'entraîne pas des conséquences disproportionnées (2404).

Cela étant, le débiteur de la restitution, même ignorant de la cause de nullité, ne pourra pas toujours échapper à la restitution des fruits. On pense en particulier au cas où le contrat, même s'il avait été valable, ne lui aurait pas donné le droit d'utiliser la chose ou d'en percevoir les fruits (contrat de dépôt, gage (2405), compte en banque, etc.) : dans un tel cas de figure, il ne pourrait évidemment prétendre, en cas d'annulation du contrat, qu'il aurait dans l'intervalle consommé les fruits dans la croyance légitime de la validité du contrat.

258. Absence de compensation forfaitaire des intérêts et des fruits. Indépendamment même de la bonne foi des parties, certains auteurs ont tenté de donner une portée extensive à l'article 1682 du Code civil, disposition relative à la rescision pour lésion aux termes de laquelle l'acquéreur « rend les fruits du jour de la demande. L'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du jour du paiement, s'il n'a touché aucun fruits ».

Cette disposition poserait un principe général d'équivalence des fruits produits par les prestations de chaque partie, applicable non seulement à toutes les causes de nullité, mais également à tous les contrats à titre onéreux (2406). Il en résulterait que, dès que les

(2404) Voy. *supra*, n^{os} 240.

(2405) Art. 2079 du Code civil ; comp. à l'avenir l'article 17 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(2406) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n^o 825, p. 794 ; F. GLANSBORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 37, p. 103 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., pp. 168 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 229, p. 247 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 288 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n^o 27, p. 21 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n^o 677, p. 1008 ; voy. également, plus prudemment, T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n^o 20. — En faveur d'une application extensive de cette disposition, on peut également citer un curieux arrêt du 23 novembre 1956 (*Pas.*, 1957, I, p. 305) qui décide sur le troisième moyen, dans un *obiter dictum*, que « l'article 1682 établit, en cas de rescision de la vente, le principe de la restitution tant des fruits de la chose vendue que des intérêts du prix, et justifie ainsi le dispositif de l'arrêt, d'ailleurs non critiqué par le pourvoi, en vertu duquel Hendrik Van Daelen doit les intérêts du prix évalués *ex aequo et bono* à 250.000 francs jusqu'au jour de l'assignation ». S'agissant en l'espèce de l'annulation pour contrainte d'une vente d'actions, la Cour se montre ainsi encline à ne pas cantonner l'article 1682 au domaine étroit de la rescision pour lésion énorme. L'attendu reproduit est toutefois singulier dès lors qu'il semble considérer que cette disposition consacre le principe de la restitution tant des fruits que des intérêts, et ce, depuis la conclusion du contrat, alors qu'elle est au contraire d'ordinaire invoquée pour justifier la compensation forfaitaire entre intérêts et fruits jusqu'à l'introduction

prestations de chaque partie sont frugifères, aucune ne devrait les restituer pour la période antérieure à la demande en justice, les intérêts ou les fruits étant censés se compenser. Si seule une prestation est frugifère mais que sa contrepartie ne l'est pas, alors les fruits pourraient être réclamés depuis le jour du paiement.

La solution apparaît pragmatique, et simplifierait assurément les comptes. Nous ne pensons pas, pour autant, qu'elle doive être généralisée au-delà de l'hypothèse bien précise pour laquelle l'article 1682 l'énonce, à savoir la rescision pour lésion énorme (2407). Ainsi, même si elle n'était pas spécifiquement saisie de cette question, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 5 janvier 2012 qu'en cas d'annulation d'une vente pour cause d'erreur commise par l'acheteur, le vendeur est en principe tenu du paiement d'intérêts sur le prix à restituer à compter de la mise en demeure (2408), motif qui n'aurait pas lieu d'être si l'article 1682 imposait en l'espèce la compensation forfaitaire des intérêts avec les fruits de la chose.

Du reste, la généralisation de cette disposition est susceptible de conduire à des résultats inéquitables. On ne perdra pas de vue, en effet, que la valeur des fruits produits respectivement par la prestation et la contre-prestation peut différer sensiblement (2409), et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, rien ne garantit que les prestations principales de chaque partie soient d'une valeur égale. Dans le contrat commutatif, la prestation d'une partie est en effet uniquement « regardée comme l'équivalent » de celle de l'autre (article 1104 du Code civil) sans qu'une égalité stricte de valeur ne soit garantie, *a fortiori* lorsque c'est pour cause de lésion que le contrat est annulé (2410). Ensuite,

de la demande en justice. Signalons du reste que l'espèce était assez particulière, puisque, si les intérêts devaient être restitués par le vendeur à l'acheteur, celui-ci était en revanche condamné à restituer les titres et leurs dividendes, non au vendeur, mais aux véritables propriétaires que le vendeur avait représentés sans pouvoir. Cette circonstance implique que la compensation entre les intérêts et les fruits, n'intervenant pas entre les mêmes parties, aurait en toute hypothèse été impossible en l'espèce.

(2407) N'y voient qu'une disposition d'exception, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1969, p. 334 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 164 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, *o.c.*, n° 63, p. 65 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 131, p. 417 ; voy. également Gent, 22 mai 2008, *T. App.*, 2008/4, p. 52, point 3.2 (un pourvoi contre cet arrêt, relatif à une autre question, est rejeté par Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 525, sur lequel voy. *infra*, n° 347) ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 807, pp. 461 et s.

(2408) Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 9, point 4.

(2409) S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 229, p. 247.

(2410) Comp. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraites, o.c.*, n° 358, p. 226, qui, résumant la thèse de CUJAS, observe que « plus la lésion est considérable, moins il doit y avoir lieu de décharger l'acheteur de compter des fruits, et d'en faire une compensation entière avec les intérêts du prix ».

même lorsque les prestations principales sont de valeur égale, leurs fruits peuvent néanmoins être de valeur différente. Ainsi, le rendement d'un immeuble n'égale pas nécessairement celui d'une somme d'argent ou d'un portefeuille d'actions. Par conséquent, décider dans l'absolu que les fruits des prestations de chacune des parties sont réputés s'équivaloir, alors que leur valeur peut présenter en pratique des écarts sensibles, c'est à notre sens imposer une dérogation importante au principe de la remise en pristin état consécutive à la nullité alors que rien – si ce n'est un texte inséré au chapitre de la rescision pour lésion de la vente et un vague souci pratique de simplification des comptes – ne vient justifier cette solution (2411).

Au surplus, s'il fallait vraiment admettre le principe de l'équivalence des intérêts et des fruits, on n'aperçoit pas pour quelle raison celui-ci devrait être limité à la période antérieure à la demande en nullité. Sans doute le défendeur ne peut-il plus, à partir de ce moment, prétendre ignorer la menace qui pèse sur son titre ; mais c'est là mêler apparemment sans raison à la question de l'équivalence (fictive) des fruits des considérations liées à la protection du possesseur bonne foi.

En réalité, l'examen des écrits de Pothier, dont on connaît l'influence sur les auteurs du Code civil (2412), laisse deviner que l'article 1682 du Code civil, loin de poser un principe général d'équivalence des intérêts et des fruits, *repose uniquement sur une présomption de bonne foi de l'acheteur* (2413).

En effet, lorsqu'il examine la question de la restitution des fruits par l'acheteur en cas de rescision pour lésion, Pothier commence par exposer la thèse de Cujas pour qui l'acheteur, ne pouvant se prétendre possesseur de bonne foi, doit toujours restituer les fruits, sous déduction des intérêts perçus par le vendeur sur le prix. Il n'y aurait donc pas d'équivalence des deux, mais uniquement compensation à due concurrence. Il examine ensuite la thèse d'autres auteurs qui « pensent, au contraire, que l'acheteur n'est tenu du rapport des fruits que du jour

(2411) On avance encore en faveur de celle-ci le caractère synallagmatique des restitutions et un principe de corrélation entre l'actif et le passif (M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 170). Ces arguments nous semblent toutefois insuffisants dès lors que, poussés à l'extrême, ils aboutiraient à remettre en cause le principe même des restitutions, la chose étant alors censée se compenser avec le prix. Le régime de la nullité ne s'est cependant pas construit sur la base d'une telle logique.

(2412) La filiation directe entre ses écrits et l'article 1682 est expressément admise par l'un des auteurs du Code (J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, tome III, 3^e éd., Paris, Nève, 1822, p. 363).

(2413) Voy. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n^o 358, pp. 225 et s. ; *contra* : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIV, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n^{os} 448 et s., p. 441, pour qui il faut « s'en tenir au texte » qui ne parle pas de présomption.

des offres que lui a faites le vendeur, sur l'action rescisoire, de lui restituer le prix ; que ceux perçus jusqu'à ce temps doivent être entièrement compensés avec les intérêts du prix, quand même ces intérêts ne monteraient pas, à beaucoup près, à la valeur des fruits » (2414). C'est la solution préconisée par Pothier et que le législateur a adoptée à l'article 1682 du Code civil. Mais la solution se justifie uniquement parce que « cet acheteur, selon eux, ne laisse pas de devoir être réputé avoir été possesseur de bonne foi, parce qu'il suffit pour cela de posséder en vertu d'un titre apparent » (2415). Et Pothier d'ajouter : « Si ces raisons doivent faire rejeter l'opinion de Cujas dans la thèse générale, au moins doit-elle être suivie lorsque la lésion est si fort au-dessous de la moitié du juste prix, que l'acheteur n'a pas pu ignorer le vice de son contrat ; ou lorsque l'acheteur avoit été long-temps le fermier de l'héritage qu'il a acheté, ou que par quelque autre raison il est constant qu'il n'en a pu ignorer la valeur ; car, dans tous ces cas particuliers, il devoit s'attendre à la rescision du contrat: il ne peut donc passer pour un possesseur de bonne foi » (2416).

De ces développements, on peut d'abord retenir que l'article 1682 du Code civil, loin de poser une règle distincte de la protection du possesseur de bonne foi, en constitue une simple application. L'acheteur, présumé de bonne foi (article 2268 du Code civil), ne devra donc pas rendre les fruits avant la demande en justice. Quant au vendeur – dont il faut rappeler qu'il est la partie protégée par les règles sur la lésion –, il est également présumé ignorer les vices de la vente jusqu'à sa demande en rescision, et ne doit donc restituer les intérêts du prix qu'à dater de cette date.

Si l'on accepte de lire l'article 1682 à la lumière de ses origines, on admettra également qu'il ne s'agit là que de présomptions réfragables, limitées en outre à la rescision pour lésion.

Le législateur a cependant été plus loin puisque, s'écartant de l'enseignement de Pothier, il a précisé que les intérêts du prix seraient dus depuis le jour du paiement si l'acheteur n'a touché aucun fruit, alors qu'*a priori*, rien ne justifie d'imposer une telle charge au vendeur qui serait, par hypothèse, de bonne foi (2417).

(2414) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., p. 226.

(2415) *Ibid.*

(2416) *Ibid.*, p. 227.

(2417) Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'une telle différence de traitement du vendeur de bonne foi, selon que la chose soit ou non frugifère, soit dépourvue de justification objective et raisonnable et, partant, contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Sur ce type de raisonnement, voy. *supra*, nos 61 et s.

Quoi qu'il en soit, rien ne permet à notre sens de déduire de ce texte un principe absolu d'équivalence forfaitaire des intérêts et des fruits applicable pour toutes les causes de nullité.

259. Étendue des fruits à restituer – Indemnité d'occupation ou de jouissance. I. Tout en gardant à l'esprit que le possesseur de bonne foi n'est pas concerné par la restitution des fruits, reste à déterminer l'étendue de celle-ci. Se pose à cet égard la question de savoir si, indépendamment des fruits effectivement produits par la chose, le débiteur de la restitution est également tenu d'une indemnité représentant la jouissance de celle-ci pendant toute la période précédant l'annulation du contrat. Les deux cours régulatrices de France et de Belgique ont adopté sur ce point des solutions qui, au moins à première vue, paraissent diamétralement opposées.

Ainsi, après quelques hésitations, la Cour de cassation de France décide depuis un arrêt du 9 juillet 2004 rendu en chambre mixte que « le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble » (2418). Elle exclut ainsi en règle qu'une indemnité couvrant l'usage de la chose puisse être réclamée au débiteur de la restitution.

À l'inverse, la Cour de cassation de Belgique, par un arrêt du 2 octobre 2008, a décidé sur le fondement des articles 549, 550, 1382 et 1383 du Code civil ce qui suit :

« En vertu des articles 549 et 550 du Code civil, seul le possesseur de bonne foi peut conserver les fruits de la chose possédée. Dès que le possesseur a connaissance des vices de son titre, sa bonne foi cesse

(2418) Cass. fr., 20 mai 2008, n° 06-20.316 ; Cass. fr., 26 octobre 2005, n° 04-15.354 ; Cass. fr., 2 mars 2005, *Bull.*, 2005, III, n° 57, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, p. 765, note F. COHET-CORDEY ; Cass. fr., 9 juillet 2004, *Bull.*, 2004, ch. mixte, n° 2, *D.*, 2004, p. 2175, note C. TUAILLON, *Rép. Defrénois*, 2004, p. 1402, note R. LIBCHABER, *Sem. jur.*, éd. G, 2004, I, 173, note Y.-M. SERINET, *Sem. jur.*, éd. G, 2004, II, 10.190, note G. FRANÇOIS, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, p. 331, note F. COHET-CORDEY, *Rev. contrats*, 2005, p. 280, note P. STOFFEL-MUNCK, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 125, note J. MESTRE et B. FAGES, *Sem. jur.*, éd. G, 2005, I, 132, note G. VINEY ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 216, p. 146 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 362, p. 299 ; G. KESSLER, « Restitutions en nature et indemnité de jouissance », *Sem. jur.*, 2004, éd. G, I, 154 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 332, note n° 2, p. 325 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité, o.c., n° 83, p. 13 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La nullité des contrats*, n° 19, p. 259 ; R. WINTGEN, o.c., *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 692 et s.

et il est tenu, sur la base de ces dispositions et des articles 1382 et 1383 du Code civil, de restituer les fruits au propriétaire de la chose.

Doivent être restitués au propriétaire non seulement les fruits perçus par le possesseur de mauvaise foi, mais également ceux que le propriétaire aurait perçus si l'indue possession ne l'en avait empêché » (2419).

La Cour casse ainsi la décision qui, pour calculer l'indemnité d'occupation due aux propriétaires de la chose, s'était fondée sur la valeur locative du bien en refusant de tenir compte des améliorations apportées par le possesseur avant la date à laquelle il était devenu de mauvaise foi et n'accorde pas ainsi aux propriétaires « la totalité des fruits auxquels ils pouvaient prétendre ».

La Cour considère donc qu'en cas de mauvaise foi du possesseur, celui-ci est tenu d'une indemnité destinée à couvrir l'usage de la chose pendant la période de l'indue possession (2420). Il ressort également de sa décision que cette indemnité doit être calculée en tenant compte de la valeur locative de la chose, non au moment de la conclusion du contrat, mais en tenant compte des travaux effectués dans l'intervalle par le possesseur (2421).

(2419) Cass., 2 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 521, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1257, note P.L., *R.G.D.C.*, 2011, p. 157, note S. SURMONT, *R.W.*, 2009-2010, p. 617, note J. DEL CORRAL. Bien que ceci ne ressorte pas des motifs de l'arrêt, il s'agissait bien en l'espèce d'un problème de nullité, en l'occurrence pour vice de consentement (voy. l'exposé des faits dans la note de S. Surmont).

(2420) Voy. dans le même sens, outre les références citées *infra* sous II, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 183, p. 197 ; comp. Brussel, 17 octobre 2008, *D.C.C.R.*, 2010/86, pp. 86 et s., spéc. pp. 92 et s., note E. Swaenepoel, décision qui accorde une indemnité pour l'usage de la chose sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause sans faire la distinction entre la bonne et la mauvaise foi du possesseur. De même, **en droit allemand**, les règles de l'enrichissement sans cause imposent de restituer les *Nutzungen* (littéralement « utilisations ») tirées de la choses (§ 818, alinéa 1^{er}, du BGB), lesquelles sont légalement définies comme comprenant à la fois les fruits et l'usage (§ 100) ; voy. not. à ce propos D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, §135, n° 1167, p. 396 ; voy. également l'article 1164-2 du **Projet Catala** et l'article 95, alinéa 1^{er}, du **Projet de la Chancellerie**.

(2421) Cette dernière précision se comprend parfaitement dès lors que le possesseur est par ailleurs indemnisé sur la base de la théorie des impenses pour les travaux d'amélioration de la chose qu'il a effectués : cons. à ce propos S. SURMONT, « Indemnité pour privation de jouissance : faut-il prendre en compte la valeur locative estimée avant ou après les travaux effectués par le possesseur? », note précitée, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 158 et s., spéc. p. 160 ; *contra*, en faveur d'une ventilation des fruits selon qu'ils aient été produits par le bien dans son état initial ou proviennent de son amélioration, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 179 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 235, p. 252 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 21. Sur l'application de la théorie des impenses, voy. *infra*, n° 276.

II. Que penser de cette divergence de vues entre les deux cours suprêmes ?

A. La Cour de cassation de France fait reposer le refus d'indemniser l'occupation de la chose sur « l'effet rétroactif de l'annulation de la vente ». Cette justification est cependant ambiguë. En effet, deux conceptions de l'effet rétroactif de la nullité peuvent à cet égard être défendues (2422).

Dans une optique stricte, celui-ci ne s'exprimerait qu'au travers des restitutions, lesquelles ne pourraient à leur tour concerner que ce qui a été payé en exécution du contrat nul. Ainsi, le transfert de la chose et le paiement du prix sont des obligations de la vente. L'annulation de cette dernière emporterait dès lors l'effacement de ces prestations réciproques, mais demeurerait en revanche sans effet sur toutes les conséquences indirectes ou factuelles du contrat. Ainsi, le vendeur ne s'étant jamais engagé à laisser l'acheteur jouir de la chose (2423), cette jouissance ne devrait pas être restituée par l'acheteur (2424).

On objectera immédiatement que, sous réserve de la protection du possesseur de bonne foi, il n'a jamais été contesté que les fruits de la chose devaient être restitués par l'acheteur, alors pourtant que le vendeur ne s'est jamais engagé à les livrer (leur perception par l'acheteur ne constituant qu'une conséquence indirecte du transfert de propriété réalisé à son profit) (2425). Ceci démontre déjà que l'effet rétroactif de la nullité ne se limite pas nécessairement à la restitution des prestations reçues en exécution du contrat nul (2426). On voit donc que « l'effet rétroactif de l'annulation de la vente », en raison de la malléabilité de ce concept, aurait tout aussi bien pu justifier la solution opposée à celle retenue par la Cour de cassation de France (2427).

(2422) P. STOFFEL-MUNCK, « Nullités et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Rev. contrats*, 2005, pp. 280 et s. ; voy. également A. BÉNABENT, « La révision du passé entre les parties », *Rev. contrats*, 2008, pp. 15 et s., n° 22, p. 22 ; en cas de résolution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 969, p. 695.

(2423) Voy. cependant la garantie d'éviction du fait personnel.

(2424) F. COHET-CORDEY, « Nullité et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, pp. 331 et s., avant note n° 9 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 821, p. 469 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 27 ; C. TUAILLON, « Annulation, restitution, réparation : l'explication », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *D.*, 2004, pp. 2175 et s., I, B. ; voy. également, dans le domaine de la résolution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 960, p. 691.

(2425) Cette contradiction est également mise en évidence par P. STOFFEL-MUNCK, o.c., *Rev. contrats*, 2005, pp. 280 et s. ; R. WINTGEN, o.c., *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 692 et s., n° 17.

(2426) Voy. également *supra*, n° 254, à propos de l'action directe.

(2427) P. STOFFEL-MUNCK, o.c., *Rev. contrats*, 2005, pp. 280 et s. De manière générale, pour une critique de l'argument tiré de l'essence d'un concept (en l'espèce, celui d'effet rétroactif), voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 7, V, pp. 73 et s., qui mettent en évidence qu'il s'agit bien souvent d'un « Kryptoargument » derrière lequel se

B. Si une référence abstraite à l'effet rétroactif de la nullité ne suffit pas à trancher de manière univoque la question de l'indemnité de jouissance, un raisonnement de type fonctionnel se révèle-t-il plus prometteur ? À cet égard, la Cour de cassation de Belgique approche le problème sous l'angle du régime, bien connu, des fruits. Le possesseur de mauvaise foi doit selon elle restituer non seulement les fruits perçus par lui, mais également « ceux que le propriétaire aurait perçus si l'indue possession ne l'en avait empêché ». La jouissance, évaluée d'après la valeur locative du bien à restituer, est donc assimilée à un fruit de la chose (2428).

Cette solution se justifie au regard de l'objectif de la nullité, qui vise à restaurer la situation antérieure à la conclusion du contrat nul, en effaçant – dans certaines limites – l'ensemble de ses conséquences, directes ou indirectes (2429). Or, l'absence de toute indemnisation pour la jouissance de la chose ne permettrait pas d'atteindre cet objectif. En effet, en supposant par simplicité chaque partie de mauvaise foi, le vendeur devra en toute hypothèse restituer les intérêts du prix. En revanche, l'acheteur ne serait tenu que de restituer les fruits de la chose, mais serait dispensé d'indemniser le vendeur s'il a préféré en jouir personnellement plutôt que de la donner en location. Comment justifier ce traitement de faveur, alors que tant la location que l'occupation personnelle du bien constituent deux prérogatives ouvertes au propriétaire ? (2430) Par ailleurs, l'indemnité d'occupation est d'autant plus justifiée lorsque le contrat annulé impliquait, non un transfert en pleine propriété, mais la constitution d'un droit réel de jouissance (usufruit, emphytéose, superficie voire servitude). En effet, dans ce cas, l'effet rétroactif de la nullité risquerait d'être réduit à néant si cette jouissance n'était pas valorisée (2431).

cachent d'autres arguments. Sur les raisonnements conceptuels, voy. également *supra*, n^{os} 5 et s., et les conclusions générales, *infra*, n^o 597.

(2428) Voy. de même, dans le domaine de l'effet déclaratif du partage, Cass., 4 mai 2001, *Pas.*, 2001, n^o 254.

(2429) En ce sens, R. LIBCHABER, *o.c.*, *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 1402 et s., sous note n^o 10 ; voy. également *supra*, n^{os} 240 et s.

(2430) Voy. dans un sens similaire R. LIBCHABER, *o.c.*, *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 1402 et s., avant note n^o 13 ; R. WINTGEN, *o.c.*, *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 692 et s., n^o 12. En faveur d'un traitement unitaire de ces deux questions, voy. également, dans le domaine de la résolution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^{os} 960 et s., pp. 690 et s., qui, cohérent avec lui-même, refuse à la fois l'indemnisation de la jouissance de la chose et la restitution des fruits.

(2431) Voy. dans le même sens R. WINTGEN, *o.c.*, *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 692 et s., n^o 10, note n^o 24.

On a reproché à ce raisonnement de confondre l'*usus* et le *fructus*, soit deux attributs différents du droit de propriété (2432). Pourtant, bien que conceptuellement distincts, ces deux attributs entraînent un appauvrissement identique dans le chef du *verus dominus* privé de la possession. Ils peuvent donc être fonctionnellement rapprochés. Ainsi, que l'acheteur décide de louer la chose ou de l'occuper personnellement, le vendeur subira dans les deux cas une perte de revenus (lesquels auraient consisté, soit en la perception d'un loyer, soit au contraire en l'économie d'un loyer lorsque le vendeur décide d'occuper lui-même les lieux). C'est donc à juste titre que la Cour de cassation de Belgique oblige dans les deux cas le possesseur de mauvaise foi à réparer ce dommage (2433). Tout au plus peut-on estimer que le recours aux règles de la responsabilité civile était techniquement inutile. En effet, si le possesseur de bonne foi est dispensé de restituer les fruits, c'est parce que l'article 549 du Code civil constitue une exception à l'obligation de restitution, laquelle trouve son fondement dans l'effet rétroactif de la nullité (2434) ; en dehors de cette exception, la restitution des fruits découle donc de ce même fondement sans que le recours aux règles de la responsabilité n'apparaisse nécessaire.

Sous cette réserve, la solution préconisée par la Cour de cassation de Belgique peut d'ailleurs se réclamer de la tradition. Ainsi, Pothier enseignait déjà que « [l]e possesseur de mauvaise foi est tenu de faire raison, non seulement des fruits qu'il a perçus, mais même de ceux qu'il n'a pas perçus, mais que le demandeur eût perçus, s'il lui eût rendu la chose » (2435). Quelques pages plus tôt, il considérait, en se fondant sur l'autorité de Gaius, qu'en cas de revendication d'un gobelet ou d'un habit, le possesseur est tenu de restituer les loyers qui auraient pu être tirés de ces choses (2436).

(2432) F. COHET-CORDEY, *o.c.*, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, pp. 331 et s., avant note n° 7 ; G. FRANÇOIS, note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Sem. jur.*, éd. G, 2004, II, 10.190, n° 6 ; C. TUAILLON, *o.c.*, *D.*, 2004, pp. 2175 et s., note n° 4.

(2433) Voy. dans le même sens F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 230, p. 306, pour qui le dommage subi par le propriétaire est la privation de la jouissance de la chose.

(2434) Voy. *supra*, n°s 247 et 257.

(2435) R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Paris, Siffrein, 1821, n° 336, p. 188 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens, o.c.*, n° 327, p. 232 ; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, tome I, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, n° 269, p. 272 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 230, p. 305 ; comp. dans le même sens M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 321, p. 438.

(2436) R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession, o.c.*, n° 334, pp. 186 et s.

C. On remarquera encore que la solution consacrée par la Cour de cassation de France n'est pas si éloignée puisque, tout en refusant d'indemniser la jouissance de la chose au nom de l'effet rétroactif de la nullité, elle réserve néanmoins le recours à l'article 1382 du Code civil. Or, comme on l'a vu, c'est précisément sur cette disposition que la Cour de cassation de Belgique se fonde pour justifier le paiement d'une indemnité d'occupation. La divergence de jurisprudence entre les deux hautes juridictions ne serait-elle qu'apparente ?

Un rapprochement entre les points de vue se heurte cependant au second enseignement de l'arrêt de la chambre mixte du 9 juillet 2004. Celle-ci ajoute en effet sous le visa de l'article 1382 du Code civil que « la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé ». En d'autres termes, la partie de mauvaise foi ne peut quant à elle réclamer aucune indemnité de jouissance.

Ce motif surprend à un double titre.

D'abord, en raison du moment auquel la bonne ou la mauvaise foi est appréciée. Selon la Cour de cassation de France, c'est lors de la conclusion du contrat nul qu'il conviendrait de se placer. Pourtant, en matière de fruits, on considère que la bonne foi peut à tout moment être renversée par la prise de connaissance de la cause de nullité du contrat (article 550 du Code civil).

Ensuite, en raison de l'effet attribué à la mauvaise foi. Pour la Cour de cassation de France, celle-ci semble opérer comme une véritable cause de déchéance, privant définitivement le créancier de la restitution de la possibilité de réclamer une indemnité de jouissance. Il semble en résulter que lorsque la nullité était connue des deux parties, aucune ne pourrait réclamer une telle indemnité. Cependant, n'est-ce pas évacuer un peu rapidement le débat sur la causalité ? En effet, dans la rigueur des principes, le dommage – à savoir, la privation de la jouissance – causé par les fautes tant du créancier que du débiteur de la restitution devrait plutôt donner lieu à un partage de responsabilité (2437).

III. En conclusion, la solution consacrée par la Cour de cassation de Belgique, qui octroie à charge du possesseur de mauvaise foi une indemnité de jouissance censée compenser l'absence de revenus locatifs que le créancier de la restitution aurait pu tirer du bien, nous paraît plus justifiée que celle retenue par son

(2437) Voy. en ce sens P. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2005, pp. 280 et s.

homologue français (2438). Tout au plus le recours aux règles de la responsabilité civile ne nous paraît-il pas nécessaire pour justifier cette solution, celle-ci trouvant à notre sens son fondement dans une approche fonctionnelle de l'effet rétroactif de la nullité.

3. – *Contrats successifs et aléatoires*

260. Premier argument à l'encontre de l'effet rétroactif – Impossibilité des restitutions. Selon un premier courant, il existerait, entre les prestations des parties à un contrat successif (2439), un principe d'équivalence qui survivrait à l'annulation du contrat. Ainsi, la nullité ne produirait en ce cas ses effets que pour l'avenir sans que les parties soient tenues de procéder à des restitutions, leurs prestations étant réputées se compenser. On justifie généralement cette solution par l'idée que les prestations successives dans le temps (telles la jouissance d'une chose dans un bail, ou une prestation de travail) seraient *impossibles à restituer*, de sorte qu'afin de conserver un équilibre dans le contrat annulé, la contrepartie – souvent monétaire – de ces prestations ne devrait pas non plus être restituée (2440).

(2438) Comp., dans un sens similaire, l'article 174 de la proposition de DCEV. On relèvera à cet égard une importante erreur de traduction dans la proposition de la Commission : alors que la version française de l'article 174.1, a), impose le paiement d'une indemnité pour l'usage de la chose lorsque « le bénéficiaire a pris l'initiative de l'annulation », ce qui est pour le moins singulier, le texte anglais ne prévoit cette obligation que si « the recipient caused the ground for avoidance », c'est-à-dire est à l'origine de la cause d'annulation (voy., dans le même sens, les versions allemande, espagnole, italienne et néerlandaise), ce qui est en harmonie avec le point b) qui vise le cas où le bénéficiaire avait connaissance du motif d'annulation. Les points a) et b), pris ensemble, correspondent ainsi à la mauvaise foi telle qu'on l'entend en droit belge.

(2439) Comme on le verra ci-après (n° 262), la problématique examinée dans la présente section n'est en réalité pas spécifique aux contrats successifs. Cette catégorie juridique étant cependant fréquemment utilisée dans la pratique, il ne paraît pas inadéquat de la prendre pour point de départ de la réflexion.

(2440) Voy. Brussel, 8 janvier 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 470 ; Civ. Bruxelles, 23 septembre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 125, obs. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 826, p. 795 (voy. cependant n° 818, p. 789, où le savant auteur estime que les services doivent être restitués par équivalent) ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1021, p. 2099 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 366, p. 303 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 164 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, o.c., n^{os} 577 et s., pp. 516 et s. ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Nullité*, o.c., n° 84, p. 13 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, o.c., n° 189, p. 136 ; S. STIJNS, o.c., *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 255 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 29, p. 21 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 44, p. 615 ; adde P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 646, pp. 967 et s., qui considère que tel

Cette justification ne convainc guère. En effet, il est un principe bien acquis en droit des obligations que si l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire, *l'exécution par équivalent* s'impose lorsque l'exécution en nature n'est pas ou n'est plus possible (2441). C'est donc à tort que l'on prétend que la restitution d'une prestation successive serait impossible, cette impossibilité ne valant que pour la restitution en nature (2442).

Par conséquent, un second courant, auquel s'est notamment ralié un arrêt de la Cour de cassation de France rendu en chambre mixte en 2007, estime que lorsque la restitution ne peut s'opérer en nature dans les contrats successifs, elle doit s'effectuer en valeur, laquelle peut le cas échéant s'écarter de la contrepartie stipulée par les parties (2443). Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique

est l'état du droit positif tout en admettant que cette solution est critiquable ; comp. l'opinion isolée de C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 1915, p. 573, et nos 1991 et s., pp. 592 et s., pour qui, en cas de contrat illicite, les restitutions seraient dictées exclusivement par l'intérêt de la société sans considération pour l'intérêt des parties, de sorte qu'elles ne pourraient être ordonnées par équivalent, même si cela doit entraîner un déséquilibre vis-à-vis du cocontractant tenu quant à lui de restituer en nature. – De même, en cas d'annulation d'un contrat aléatoire, la contrepartie de l'aléa ne devrait pas être restituée, car celui-ci a été définitivement encouru par suite de l'écoulement du temps et ne pourrait donc plus être effacé (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 677, p. 1009).

(2441) Voy. *supra*, n° 255.

(2442) P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 38, p. 176 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 734, p. 423 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 9, p. 229 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 22, p. 262.

(2443) Voy. Cass. fr., 18 novembre 2009, *D.*, 2010, p. 741, note F. LABARTHE ; Cass. fr., 24 juin 2009, *Bull.*, III, n° 155 ; Cass. fr., 9 novembre 2007, *Bull.*, 2007, ch. mixte, n° 10, *Bull. inf. Cour Cass.*, 15 février 2008, p. 18, avec le rapport de M. le conseiller LACABARATS et les conclusions de M. l'avocat général DOMINGO, *Rép. Defrénois*, 2009, p. 752, note L. Ruet, *Rev. contrats*, 2008, p. 243, note Y.-L. LAITHIER ; Liège, 3 février 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 559 (sol. implicite) ; Comm. Namur, 23 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 360 ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790 ; Civ. Nivelles, 18 juillet 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1341 ; J.P. Mol, 17 septembre 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 48, note M. DAMBRE ; J.P. Tournai, 4 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 513 ; voy. également les décisions qui admettent en principe la restitution par équivalent, mais la refusent en l'espèce sur la base de l'adage *in pari causa* (voy. à ce propos *infra*, nos 278 et s.) : Mons, 25 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 638 ; Liège, 25 mai 1994, *R.R.D.*, 1994, p. 513 ; Comm. Charleroi, 25 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 24, obs. B. LOUVEAUX ; J.P. Antwerpen, 24 décembre 2002, *J.J.P.*, 2005, p. 115 (qui écarte cependant toute obligation de paiement d'une indemnité d'occupation dans le chef du locataire en se fondant, de manière discutable, sur la *culpa in contrahendo* du vendeur ; mieux eût sans doute valu, dans les circonstances de l'espèce, justifier ce résultat en considérant que, compte tenu des exigences minimales de sécurité auxquelles le logement ne satisfaisait pas, sa valeur locative était nulle) ; *adde* en doctrine V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 103 ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*,

est parvenu en 2012 au même résultat, en se fondant néanmoins sur la théorie de l'enrichissement sans cause (2444). C'est ainsi, par exemple, qu'en cas d'annulation d'un bail, le locataire devra restituer une somme équivalente à la valeur locative de la chose, laquelle n'équivaudra pas nécessairement au loyer restitué par le bailleur, et qu'en cas d'annulation d'un contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage devra restituer la valeur de la prestation de l'entrepreneur. L'équivalence des prestations constitue tout au plus, dans ce contexte, une présomption de l'homme (2445).

L'examen du droit comparé confirme qu'il n'existe en soi aucune impossibilité à restituer par équivalent les prestations effectuées dans le cadre d'un contrat successif.

Ainsi, **en droit allemand**, sous réserve des principes dérogatoires exposés ci-après à l'égard de certains contrats successifs (2446), les règles relatives à l'enrichissement sans cause prévoient expressément qu'une prestation qui ne peut être restituée en nature doit l'être en valeur (§ 818, alinéa 2, du BGB) (2447).

La même solution prévaut **en droit néerlandais**. Certes, on pourrait être tenté de se référer en matière de contrats successifs à l'article 3:53, alinéa 2, du NBW, qui s'applique « [i]ndien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kan worden ». En ce cas, le juge est autorisé à déroger en tout ou en partie à l'effet rétroactif de l'annulation. On enseigne cependant que la prestation difficile (*bezwaarlijk*) à défaire se distingue de celle qui,

n° 314, pp. 204 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 231, p. 178 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 79, p. 325 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 564, p. 714 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 41, p. 178 ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 43, p. 109 ; P. HARMEL, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VII, L. I^{er}, n° 512, p. 342 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 351, p. 478 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 332, p. 325 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 9, p. 228 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 23, p. 262 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 425, p. 427 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, n° 73, pp. 621 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 350, p. 319 ; dans le même sens, voy. l'article 3.2.15, alinéa 2, des **Principes d'Unidroit 2010**, et le commentaire, pp. 123 et s.

(2444) Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, point 5, *N.J.W.*, 2013, p. 29, note M. DAMBRE ; pour une critique de ce fondement des restitutions, voy. *supra*, n° 245.

(2445) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 196, p. 134 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 832.I, p. 475 ; P. HARMEL, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VII, L. I^{er}, n° 512, p. 342 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, n° 73, p. 621.

(2446) Voy. à ce propos *infra*, n° 261.

(2447) Voy. not. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 135, n° 1169, p. 397.

par nature, est impossible (*onmogelijk*) à restituer (2448). Cette dernière hypothèse, qui vise notamment le fait de conférer la jouissance dans le cadre d'un bail (2449), est régie par les règles du paiement indu, lesquelles sont applicables tant en cas de nullité de plein droit que d'annulation du contrat (2450). À cet égard, l'article 6:210, alinéa 2, prévoit que pour les prestations qui par nature ne sont pas susceptibles de restitution, l'*accipiens* sera le plus souvent (2451) tenu au paiement d'une indemnité égale à la valeur de la prestation au moment où elle a été effectuée.

261. Deuxième argument – Respect de la sécurité juridique. En réalité, au-delà de la prétendue impossibilité des restitutions, la réticence à accorder celles-ci dans le cadre des contrats successifs s'explique par les difficultés pratiques de mise en œuvre de la sanction de la nullité, surtout dans les contrats de longue durée (2452). Des considérations de *sécurité juridique* entrent ainsi en conflit avec le souci de restauration de la légalité ; or, la prise en compte de ces différents facteurs n'est pas en soi illégitime, tant il est vrai que le régime de la nullité ne pourrait rester sourd aux implications des multiples intérêts en cause (2453). Cela étant, l'étude du droit comparé révèle que la question est à cet égard complexe et qu'il serait simpliste de croire que le respect de la sécurité juridique puisse l'emporter en toutes circonstances sur les intérêts concurrents que l'effet rétroactif de la nullité vise à protéger.

(2448) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome IV, vol. II, o.c., n° 485, p. 511 ; O.K. BRAHN, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, 6^e éd. par W.H.M. REEHUIS, Arnhem, Gouda Quint, 1999, n° 422, p. 278 ; J. HJMA, « Art. 3:53 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 61 et s., n° 3, p. 62 ; J. HJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 212, p. 230.

(2449) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome IV, vol. II, o.c., n° 485, p. 511. En revanche, si un locataire résilie son bail, que le bailleur reloue immédiatement les lieux à un tiers et que le locataire fait ensuite annuler le congé, le souci de protection du tiers pourrait justifier l'application de l'article 3:53, alinéa 2 (*ibid.*, n° 486, p. 512 ; J. HJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 212, p. 230).

(2450) Voy. *supra*, n° 238.

(2451) L'indemnité n'est due que pour autant que cela soit raisonnable (*voor zover dit redelijk is*) et suppose que, soit l'*accipiens* se soit enrichi, soit que le fait que la prestation ait été accomplie lui soit imputable, soit encore qu'il ait consenti à accomplir une contre-restation.

(2452) Comme l'admettent notamment J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 366, p. 303.

(2453) Voy. *supra*, nos 240 et 241.

I. Le droit allemand s'est montré fort à l'écoute des différents intérêts en présence, en consacrant en la matière des solutions nettement plus nuancées qu'un refus global de toute restitution dans les contrats successifs.

Ainsi, le Bundesgerichtshof décide que lorsqu'une société irrégulière (*fehlerhafte Gesellschaft*) a déjà reçu une exécution, son inefficacité ne vaut en règle que pour l'avenir (2454), solution qui a inspiré le législateur européen et se trouve dès lors également consacrée en droit belge, mais uniquement en ce qui concerne les sociétés dotées de la personnalité morale (2455). Cette doctrine, que l'on fonde parfois sur l'idée d'un « contrat de fait » (*faktischer Vertrag*) (2456), concerne aussi bien les causes de nullité de plein droit que d'annulation (2457). Elle suppose toutefois qu'il y ait eu un réel accord de volonté, quoique inefficace, entre les parties (2458). Il y est en outre fait exception lorsqu'un intérêt important d'ordre général ou d'une personne digne de protection s'y oppose (2459). Ainsi, en cas d'acte juridique contraire à la loi (§ 134 du BGB) ou aux bonnes mœurs (§ 138 du BGB) ou encore conclu par un incapable, l'inefficacité produit rétroactivement ses effets (2460). En revanche, la victime d'une erreur ou d'un dol ne peut attaquer son adhésion à la société que pour l'avenir, parce que ses intérêts doivent être mis en balance avec ceux de ses coassociés et des créanciers de la société (2461).

(2454) Jurisprudence constante synthétisée à l'intention de la Cour de justice des Communautés européennes par BGH (déc.), 5 mai 2008, II ZR 292/06, points 11 et s. et références citées ; voy. not. BGH, 6 juin 1970, *BGHZ*, vol. 55, p. 5, point 3, a) ; BGH, 24 octobre 1951, *BGHZ*, vol., p. 285, point 2 ; J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 142, n° 19 ; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 202, II, n° 3, p. 1215 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 9 et s., pp. 797 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 253 et s., pp. 103 et s. ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 142, n° 32 et s., pp. 521 et s. Cette doctrine s'applique également aux inefficacités frappant l'adhésion à une société (BGH (déc.), 5 mai 2008, II ZR 292/06, point 11).

(2455) Voy. *infra*, n° 262 *in fine*.

(2456) Pour une critique de cette expression, K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 12, p. 798.

(2457) BGH (déc.), 5 mai 2008, II ZR 292/06, point 12 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 40, p. 805 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 253, p. 103.

(2458) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 9, p. 798 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 255, p. 104 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 142, n° 32, p. 521.

(2459) BGH (déc.), 5 mai 2008, II ZR 292/06, point 13 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 10, p. 798 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 142, n° 33, p. 522.

(2460) BGH (déc.), 5 mai 2008, II ZR 292/06, point 13.

(2461) Voy. BGH (déc.), 5 mai 2008, II ZR 292/06, point 14 ; BGH, 29 novembre 2004, II ZR 6/03, point II, a) ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 142, n° 32, p. 521 ; voy.

Une jurisprudence similaire s'est développée à propos des contrats de travail irréguliers (*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*) (2462) et, par analogie, du contrat conclu entre un gérant et sa société (2463). Ici également, une mise en balance des intérêts s'impose. C'est ainsi, par exemple, que le travailleur incapable aura droit au salaire légal ou convenu pour la période où le contrat nul aura reçu exécution, tandis que la nullité recevra son plein effet en cas de manquement particulièrement grave, tel que le travail au noir (2464). Dans cette hypothèse, le travailleur ne pourra demander l'indemnisation de son travail que sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause (2465).

Au-delà de ces règles particulières dégagées en droit du travail et des sociétés, il n'existe pas en droit allemand de principe général excluant l'effet rétroactif de la nullité ou de l'annulation des contrats successifs (*Dauerschuldverhältnisse*) (2466). C'est ainsi, notamment, que l'inefficacité du contrat de bail demeure soumise au droit commun (2467).

II. Le droit suisse consacre également en la matière des solutions nuancées (2468). Ainsi, en cas d'annulation d'un contrat successif pour vice de consentement, il apparaît justifié de s'en tenir, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, à l'évaluation faite par les parties des prestations de service et des abstentions, dont la valeur de marché n'existe pas ou est en tout cas difficile à estimer. Toutefois, il faut réserver le cas où le vice de consentement produit ses effets au cœur même du rapport synallagmatique (*sich im Synallagma selbst auswirkt*), c'est-à-dire lorsqu'il a déterminé le *quantum* des prestations de la victime. En ce cas, l'annulation rétroagit en ce sens qu'elle

cependant en sens contraire BGH, 6 juin 1970, *BGHZ*, vol. 55, p. 5, point 3, b) ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 10, p. 798 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 255, p. 104.

(2462) Voy. BAG, 18 mars 2009, 5 AZR 355/08, *N.J.W.*, 2009, p. 2554, point 30 ; J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 142, n° 18 ; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, *o.c.*, § 202, II, n° 3, p. 1214 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 9, pp. 797 et s. ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 142, n° 34, p. 522.

(2463) BGH, 3 juillet 2000, II ZR 282/98, point 1, b).

(2464) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 11, p. 798.

(2465) BAG, 18 mars 2009, 5 AZR 355/08, *N.J.W.*, 2009, p. 2554, point 30, qui exclut cependant en l'espèce, au point 31, toute indemnisation par application du § 817, 2^e phrase, du BGB (voy. à ce propos *infra*, n° 278).

(2466) J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 142, n° 20.

(2467) Voy. J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 142, n° 20 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 13, p. 798, qui regrettent cette solution ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 142, n° 36, pp. 522 et s.

(2468) Voy. Trib. fédéral suisse, 12 juin 2008, *BGE*, 2008, vol. 134, III, p. 438, point 2.4 ; Trib. féd. suisse, 21 février 2003, *BGE*, 2003, vol. 129, III, p. 320, points 7.1.2 et s.

permet au juge de substituer son évaluation des prestations à celle convenue entre les parties.

III. Enfin, à l'égard du contrat de société, le **législateur français** a également adopté un régime sur mesure. Il a en effet consacré la théorie prétorienne de la société de fait (2469) en prévoyant, à l'article 1844-15 du Code civil, que « [l]orsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat ». L'article 1844-16 apporte cependant immédiatement à ce principe d'importantes exceptions. Ainsi, « la nullité résultant de l'incapacité ou de l'un des vices du consentement est opposable même aux tiers par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence ». En outre, la doctrine tend à admettre d'autres exceptions au principe de non-rétroactivité, notamment lorsque la société est contraire à l'ordre public (2470). Ici encore, le souci de protection de l'intérêt général et des victimes de certains types d'illégalité l'emporte donc sur les difficultés pratiques inhérentes à la liquidation rétroactive de la société.

262. Appréciation personnelle – Maintien intégral de l'effet rétroactif. On ne se dissimulera pas qu'en l'absence d'une prise de position du législateur belge sur ce point, la détermination du régime de la nullité des contrats successifs demeure avant tout une question de politique judiciaire. Or, à cet égard, nous sommes d'avis qu'il n'existe en droit positif aucune raison déterminante d'admettre un principe absolu d'équivalence des prestations dans les contrats successifs, alors que cette équivalence ne trouve son origine que dans la volonté des parties qui est, par hypothèse, privée d'effets par l'ordre juridique (2471).

On relèvera tout d'abord que la nécessité pour le juge d'évaluer la valeur réelle de la prestation à restituer plutôt que de s'en tenir aux stipulations du contrat *n'engendre pas une incertitude plus grande* que celle rencontrée notamment en matière

(2469) Voy. à ce propos J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^{os} 300 et s., pp. 413 et s.

(2470) Voy. en ce sens J. HONORAT, « Nullités », *Rép. soc. Dalloz*, Paris, Dalloz, 1997, n^o 205, p. 29.

(2471) Comme le relèvent P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 38, p. 176 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n^o 44. Ce seul argument apparaît cependant insuffisant dès lors que les obligations de restitution demeurent dans un rapport synallagmatique (voy. *supra*, n^o 243), ce qui montre que l'annulation du contrat ne fait pas totalement disparaître l'équivalence convenue des prestations.

de responsabilité aquilienne lorsqu'il s'agit d'évaluer le dommage subi (2472).

Ensuite, nous avons écarté, comme pouvant conduire à des résultats injustes, l'existence d'un *prétendu principe d'équivalence entre les fruits et les intérêts*, qui constituent l'accessoire de la chose et du prix (2473). *A fortiori* doit-il en aller ainsi lorsque la restitution concerne le principal, à savoir les obligations annulées elles-mêmes.

Ainsi, pour prendre l'exemple d'un bail, la seule difficulté d'évaluation de la valeur locative des lieux loués ne nous paraît pas suffisante pour justifier la pérennisation du déséquilibre causé par la discordance entre le montant du loyer et la valeur locative de la chose, alors que la nullité a en principe pour but d'effacer les conséquences de la violation de la loi.

Par ailleurs, l'examen du *droit comparé* aura révélé qu'un principe absolu d'équivalence aboutissait parfois à des solutions inadmissibles contraires au but de la règle protégée (2474).

Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse d'un bail annulé en raison d'une erreur substantielle du locataire qui ignorait l'existence d'une caractéristique de la chose qui l'aurait conduit, s'il l'avait connue, à ne pas contracter à un loyer aussi élevé, on ne comprendrait pas qu'il ne puisse pas récupérer le loyer payé, alors que tel était précisément le but de l'action en nullité (2475). De même, lorsque la nullité découle de l'incapacité d'une partie, le souci de protection de celle-ci impose de pouvoir remettre en cause l'évaluation conventionnelle des prestations, la loi n'estimant pas l'incapable en mesure de procéder lui-même à cette évaluation. Dans ces deux cas, on peut considérer, suivant la terminologie retenue en Suisse, que la cause de nullité frappe au cœur

(2472) F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 425, p. 427, note n° 3.

(2473) Voy. *supra*, n° 258.

(2474) Comp. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 103, pour qui ce principe d'équivalence risquerait d'engendrer un enrichissement sans cause.

(2475) Comp. L. AYNES, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 16, p. 13, pour qui « lorsque est en cause la protection d'un intérêt particulier, comme en matière de vice de consentement, [...] La remise en cause de l'exécution passée ne devrait être admise que lorsque cet intérêt le réclame, c'est-à-dire lorsque le maintien des effets passés du contrat porterait atteinte à l'intérêt que protège la cause de nullité » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 366, p. 303, note n° 7, pour qui le principe de l'annulation pour l'avenir du contrat successif ne concerne pas les clauses « qui étaient précisément illicites », « [n]otamment les clauses relatives aux prestations pécuniaires, lorsque c'est à elles que tient l'irrégularité du contrat : salaire inférieur au minimum légal, loyer supérieur au taux légal ».

même du rapport synallagmatique, en sorte qu'écarter l'effet rétroactif de la nullité reviendrait en réalité à pérenniser l'illégalité.

Enfin, on ne perdra pas de vue que refuser systématiquement les restitutions en cas d'annulation d'un contrat successif aboutirait en pratique à *reconnaître un effet au contrat nul* au moins pour le passé (2476), ce qui paraît difficilement admissible en cas de violation de l'ordre public. De manière plus générale, cette solution se concilierait mal avec la jurisprudence décidant que les principes de confiance légitime et de sécurité juridique ne peuvent l'emporter automatiquement sur le principe de légalité (2477). Les seules difficultés pratiques rencontrées en cas d'annulation d'un contrat successif ne suffisent donc pas à en écarter l'effet rétroactif (2478).

En définitive, et à moins d'entrer dans les méandres d'une casuistique dont la tradition juridique franco-belge n'est guère familière (2479), il nous semble qu'en règle, le droit positif impose de restituer par équivalent les prestations d'un contrat successif qui ne peuvent être restituées en nature. Afin d'assurer le rétablissement de la légalité, la même solution doit valoir pour les contrats instantanés engendrant des obligations de faire (2480) ou de ne pas faire (2481), de même que pour les contrats aléatoires (2482).

Le législateur demeure bien évidemment libre de déroger à l'effet rétroactif de l'annulation des contrats successifs. À cet égard, on a déjà signalé l'existence des règles particulières applicables aux contrats de travail (2483), qui confirment d'ailleurs *a contrario* le maintien de l'effet rétroactif pour les autres contrats successifs (2484). Par ailleurs,

(2476) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 23, p. 263 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 425, p. 427, note n° 3.

(2477) Voy. *supra*, n° 241, III.

(2478) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 44.

(2479) À l'encontre d'une telle approche, voy. également *supra*, n° 5, III.

(2480) V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 103 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, R.C.J.B., 1988, n° 10, p. 230.

(2481) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 24, p. 264 ; *contra* : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 662, p. 385.

(2482) Sur l'effacement de l'aléa au cours de la période intermédiaire, voy., *mutatis mutandis, infra*, n° 439.

(2483) Voy. *supra*, n° 255.

(2484) S. NUDELHOLE, *o.c.*, R.C.J.B., 1988, n° 9, p. 230. Il est vrai que les arguments *a contrario* sont toujours d'un maniement délicat, étant essentiellement réversibles (voy. C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1970, § 56, p. 325). On en trouve une belle illustration dans une décision du Tribunal fédéral suisse qui, après avoir relevé que le

sous l'influence du droit européen (2485), lui-même inspiré des droits allemand et italien (2486), le législateur belge a prévu que l'annulation des sociétés dotées de la personnalité juridique ne produirait ses effets que pour l'avenir, entraînant sa liquidation comme dans le cas d'une dissolution (2487).

4. – *Plus-value et moins-value*

263. Observations préalables – Précisions terminologiques.

Avant d'aborder la question des variations de valeur de la chose à restituer ensuite de l'annulation du contrat, nous souhaiterions attirer l'attention sur la signification conventionnelle attribuée à certains termes utilisés dans le cadre de la présente section. Si ceux-ci seront réexaminés ci-après à la lumière des références pertinentes, il ne paraît pas inutile pour la bonne compréhension de les passer déjà succinctement en revue.

I. La *perte* de la chose implique une atteinte à la substance de celle-ci, qui empêche de la restituer à l'identique. Elle peut être matérielle (par exemple, en cas de destruction de la chose) ou juridique (par exemple, en cas d'aliénation à un tiers protégé par sa bonne foi) ; totale ou partielle ; et fortuite ou imputable à un fait (même non fautif) du débiteur de la restitution. En particulier, l'*usure*, c'est-à-dire la dégradation de la chose résultant de son usage par le débiteur, constitue une perte matérielle partielle imputable à celui-ci.

II. La chose peut également encourir une *diminution de valeur* en l'absence de toute atteinte à sa substance. Cette diminution sera normalement imputable à une cause étrangère au débiteur de la restitution. Tel est notamment le cas de l'*obsolescence*, c'est-à-dire la diminution de valeur imputable à l'évolution des techniques. Elle se distingue théoriquement de la *vétusté*, c'est-à-dire la dépréciation

législateur avait spécifiquement exclu l'effet rétroactif de la nullité en matière de contrats de travail à l'article 320, alinéa 3, du Code des obligations, estime néanmoins que « Dass das Gesetz diesen Grundsatz nicht ausdrücklich auf andere Dauerschuldverhältnisse ausgedehnt hat, schliesst nicht aus, ihn auf dem Wege teleologischer Auslegung zu verallgemeinern und analog anzuwenden » (Trib. féd. suisse, 21 février 2003, *BGE*, 2003, vol. 129, III, p. 320, point 7.1.2).

(2485) Voy. l'article 12 de la première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, devenu l'article 13 de la directive 101/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009.

(2486) Voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, « La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés », *Cah. dr. eur.*, 1969, pp. 495 et s., n° 47, p. 662.

(2487) Art. 172 et 175 du Code des sociétés. Comp., en France, les articles 1844-15 et 1844-16 du Code civil, commentés *supra*, n° 261, qui concernent également les sociétés dépourvues de la personnalité morale.

résultant d'un vieillissement de la chose indépendant de tout fait du débiteur (par exemple, le fait pour les pages d'un livre de jaunir), dès lors que celle-ci implique une certaine atteinte à la substance de la chose. Toutefois, compte tenu de la difficulté qu'il y a à ventiler en pratique la diminution de valeur subie par la chose selon qu'elle résulte de la vétusté ou de l'obsolescence, nous proposerons d'assimiler les deux concepts (2488).

III. Enfin, l'*augmentation de valeur* de la chose peut similairement être distinguée selon qu'elle trouve sa cause dans l'activité du débiteur (entretien, améliorations, etc.) ou dans une cause étrangère (évolution des cours).

264. Suite – Théorie des risques. Toujours à titre préalable, il convient également de rappeler brièvement les principes connus en droit commun sous le nom de théorie des risques.

I. Celle-ci est souvent embrouillée par le recours à une terminologie imprécise et à des adages latins amphigouriques. En réalité, le mot « risque » peut être entendu dans trois acceptions différentes (2489).

A. Tout d'abord, le terme peut désigner le risque de la chose (*Sachgefahr*). Il signifie alors simplement qu'en cas de perte totale ou partielle d'une chose sans que quiconque soit légalement responsable de cette perte, celle-ci entraîne une réduction de valeur du patrimoine du propriétaire de cette chose. C'est là le sens premier de l'adage *res perit domino*.

B. Ensuite, on peut envisager le risque de la prestation (*Leistungsgefahr*). On désigne ainsi le principe, consacré par l'article 1302 du Code civil, en vertu duquel le débiteur d'une obligation devenue impossible à exécuter par cas fortuit est libéré de son obligation (2490). En réalité, ce principe ne constitue qu'une application du précédent. En

(2488) Voy. *infra*, n° 275.

(2489) Cette présentation systématique est empruntée à M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, o.c., § 41, n° 20, p. 229 ; voy. également C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. I*, *Koop en ruil*, 8^e éd. par J. HJMA, Deventer, Kluwer, 2013, n° 502. Dans la doctrine francophone, on distingue en général le risque de la chose et le risque du contrat (c'est-à-dire de la contre-prestation) : voy. ainsi les précisions terminologiques de H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923, n° 132, pp. 275 et s. ; O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009, n°s 3 et s., p. 2 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 573, p. 505.

(2490) Ce principe a été étendu à toutes les obligations, y compris d'origine légale, de faire ou de ne pas faire (voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIV, o.c., n° 509 ; R. MARTIN, « Contrats et obligations. Extinction des obligations. Perte de la chose due », *Jcl. Civil Code*, art. 1302 et 1303, Paris, LexisNexis, 1994, n°s 3 et s.). On rappellera à cet égard qu'en vertu de l'adage *genera non pereunt*, la perte d'une chose de genre formant

effet, la créance représente une valeur dans le patrimoine du créancier ; la perte non fautive de celle-ci doit donc être supportée par son titulaire, de sorte que l'adage *res perit domino* est ici synonyme de *res perit creditori*.

C. Enfin, se pose la question du risque du contrat ou, plus précisément, de la contre-prestation (*Gegenleistungsgefahr*). Il s'agit alors de déterminer l'incidence, dans un contrat synallagmatique, de la libération du débiteur pour cause de cas fortuit sur l'obligation de son cocontractant. Celui-ci sera-t-il également libéré ou demeurera-t-il au contraire tenu de s'exécuter ? La réponse à cette question constitue la « théorie des risques » proprement dite.

II. Sur la base de dispositions légales éparses – principalement les articles 1722, 1741 et 1788 à 1790 du Code civil et 41 du Code des sociétés (2491) – et en se fondant sur le principe d'interdépendance qui veut que les obligations générées par un contrat synallagmatique soient exécutées trait pour trait, une doctrine aujourd'hui unanime enseigne qu'en règle, la libération du débiteur par cas fortuit entraîne corrélativement celle de son cocontractant (2492).

Par conséquent, le débiteur de la prestation inexécutée, quoique libéré, ne sera pas non plus payé et supporte en ce sens le risque économique du contrat. C'est ce qu'on exprime généralement par la formule *res perit debitori*. Ainsi, par exemple, en cas de destruction des lieux loués en dehors de toute faute du preneur, le bailleur sera libéré de son obligation de faire jouir le preneur (article 1302), mais ce dernier sera corrélativement libéré de son obligation de payer le loyer, et le bail prendra fin sans dédommagement (article 1722) (2493).

265. Suite – Régime particulier de la vente. Le Code civil fait exception à la théorie des risques en matière de vente. L'article 1138, alinéa 2, dispose en effet que l'obligation de livrer la chose « rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où

l'objet de l'obligation ne rend en principe pas celle-ci impossible à exécuter (voy. *supra*, n° 255).

(2491) Anc. art. 1867 du Code civil.

(2492) Voy. not. Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 291, avec les conclusions de M. l'avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN ; Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270 et note (5) signée R.H. ; P.A. FÓRIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, n° 38, pp. 269 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 564, pp. 846 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 575, pp. 505 et s.

(2493) On remarquera que le preneur sera en outre libéré de son obligation de restitution des lieux loués (article 1302 du Code civil). À cet égard, le risque de la chose se confond pour le bailleur avec le risque de la prestation de l'obligation de restitution (comp. O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, *o.c.*, n° 5, p. 2).

elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ». Ceci signifie concrètement qu'en cas de perte d'une chose certaine par cas fortuit avant que l'acheteur n'en ait pris livraison, le vendeur sera libéré de son obligation de délivrance (article 1302). Toutefois, contrairement au droit commun des contrats synallagmatiques, le risque économique du contrat, également dénommé risque du prix (*Preisgefahr*), ne sera pas supporté par le vendeur, mais par l'acheteur, qui demeurera dès lors tenu de payer le prix de la chose nonobstant la perte de celle-ci.

Il existe cependant une divergence de vues sur l'interprétation à donner à cette règle, laquelle n'est pas sans incidence quant à l'application de la théorie des risques aux restitutions consécutives à la nullité d'un contrat.

I. *Selon un premier courant*, le législateur aurait entendu ainsi consacrer en matière de risques une solution remontant en droit romain.

On sait que celui-ci faisait dépendre le transfert de propriété, non de la conclusion du contrat, mais de la tradition de la chose à l'acheteur (2494). Ce régime s'est perpétué jusque sous l'Ancien Droit (2495), bien qu'en matière immobilière, le transfert de propriété ait la plupart du temps été réalisé par la clause « dessaisine-saisine » opérant comme une tradition feinte (2496). C'est cette dernière solution que le législateur aurait entendu consacrer à l'article 1138 du Code civil. Plutôt qu'un véritable transfert *solo consensu* de la propriété, il aurait donc simplement sous-entendu dans les conventions une clause dont la pratique avait généralisé l'usage (2497).

(2494) Voy. C., 2, 3, 20 (« *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* »). Il s'agit toutefois d'une présentation simplifiée, car, à côté de la tradition, le droit romain connaissait également comme mode de transfert volontaire dérivé de la propriété la mancipation et l'*in jure cessio*. Cons. à ce propos P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, o.c., pp. 282 et s., spéc. p. 294 ; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, o.c., § 41, n° 17, p. 227.

(2495) R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, o.c., n° 245, p. 137.

(2496) Voy. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, o.c., p. 42 ; ARGOU, *Institution au droit françois*, tome II, Paris, Mequignon, 1787, p. 243 ; R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, o.c., n° 213, p. 118.

(2497) C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, o.c., p. 42. C'est en ce sens qu'il faudrait comprendre la déclaration de Portalis selon laquelle « [i]l s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose et le paiement du prix » (Exposé des motifs dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, o.c., p. 113). Même si, en pratique, la propriété se transfère dès l'échange des consentements, il semble donc

Quant aux risques, à la différence de la propriété, le droit romain les faisait passer en règle dès la conclusion du contrat sur la tête de l'acheteur (2498). Le fondement de cette solution demeure discuté. Pour les uns, elle s'expliquerait par l'influence des conceptions liées à la vente au comptant : même lorsque la vente a lieu à terme, la chose serait déjà traitée comme si elle était sortie du patrimoine du vendeur, bien qu'il en soit encore formellement propriétaire (2499). Pour les autres, il s'agirait d'une survivance de l'époque où la vente donnait naissance à deux actions distinctes du vendeur et de l'acheteur, indépendantes l'une de l'autre ; dès lors qu'on ne se situerait pas encore dans une logique synallagmatique, la libération d'une partie demeurerait nécessairement sans effet sur les engagements de l'autre (2500).

Quelle que soit l'explication retenue, le transfert immédiat des risques sur la tête de l'acheteur était en tout cas à l'origine indépendant du transfert de propriété qui intervenait quant à lui à une date ultérieure. Depuis lors, le principe selon lequel les risques passent sur la tête de l'acheteur dès la conclusion du contrat est demeuré constant ; seuls les aléas de l'histoire font que ce transfert est aujourd'hui concomitant du transfert de propriété, sans qu'il n'existe entre ces deux transferts un lien de cause à effet. En d'autres termes, si l'article 1138 du Code civil paraît mettre sur le même pied le transfert de la propriété et celui des risques, il ne s'agit que d'une fausse impression suscitée par la rédaction du texte. En réalité, les risques passent sur la tête de l'acheteur, non à raison de sa qualité de propriétaire, mais, dit-on, de sa qualité de créancier (2501).

que, dans l'esprit du législateur, ce transfert requière toujours une tradition, cette exigence étant cependant fictivement remplie par la seule conclusion du contrat. Dans le même ordre d'idées, le premier alinéa de l'article 1138 (« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ») n'aurait plus pour objet de consacrer le principe du consensualisme, mais signifierait plus précisément que « le seul consentement de livrer produirait instantanément la tradition fictive qui opère la translation de propriété » (V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome IV, 8^e éd., Paris, Delamotte, 1892, n^o 483, p. 417). De même encore, l'article 938 dispose que « [l]a donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition », c'est-à-dire sans autre tradition que la tradition fictive résultant de l'accord des volontés (*ibid.*).

(2498) Voy. D., 18, 6, 8, pr. ; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, o.c.*, p. 545 ; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht, o.c.*, § 41, n^o 21, p. 229.

(2499) M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht, o.c.*, § 41, n^o 21, p. 229.

(2500) P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, o.c.*, pp. 545 et s. Pour encore d'autres justifications possibles, cons. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n^o 650, p. 694 et références citées.

(2501) Voy. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, Paris, Imprimerie générale, 1877, n^o 424, pp. 409 et s. ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, n^o 44, p. 274 ; F. LAURENT, *Principes de*

La théorie des risques consacrée par l'article 1138 en matière de vente pourrait donc s'exprimer par l'adage *res perit creditori* ou, plus précisément, *emptori*. Il en résulterait notamment que, lorsque la chose a été livrée à l'acheteur, mais que le transfert de propriété est retardé jusqu'au complet paiement du prix, les risques n'en passeraient pas moins dès la conclusion du contrat sur la tête de l'acheteur (2502), solution qui peut se justifier économiquement par l'idée que les risques doivent peser sur la tête de la partie dans la sphère d'influence de laquelle la chose se trouve (2503), celle-ci étant la mieux placée pour la faire assurer ou prendre les mesures de précaution adéquates (2504).

II. Toutefois, *selon un second courant*, aujourd'hui dominant, l'article 1138 du Code civil aurait au contraire entendu consacrer les enseignements de l'École du droit naturel, en faisant dépendre le transfert des risques du transfert de propriété. La règle devrait donc se lire *res perit domino* (2505).

droit civil français, tome XVI, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 208 ; d'autres auteurs considèrent que le transfert de la propriété sur la tête de l'acheteur vient tout au plus renforcer la justification du transfert des risques sur sa tête sans pour autant en être la cause : voy. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome X, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844, n° 421, pp. 397 et s. ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome IV, o.c., n° 508, p. 440.

(2502) En ce sens, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, o.c., n° 425, p. 415 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, n° 45, p. 276.

(2503) Comp., à propos du risque de la prestation, Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 11.

(2504) Comp. *infra*, n° 267, II, B, 2.

(2505) Voy. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I^{er}, o.c., nos 423 et s., pp. 459 et s. (comp. la thèse contraire défendue dans les deux précédentes éditions) ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 344, p. 267 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1108, p. 2242 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome VI, o.c., n° 116, p. 125 ; O. DESHAYE, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Théorie des risques*, o.c., n° 85, p. 10 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Paris, Sirey, 2011, n° 265, p. 254 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 899, p. 477 ; S. MOSSELMANS, « Het tenietgaan van de verkochte zaak en het lot van de overige, niet op deze zaak slaande verbintenissen van de koopovereenkomst », note sous Cass., 4 février 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 587 et s., n° 1, p. 588 ; P. SIMMLER, « Art. 1136 à 1145 », *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 10, Paris, LexisNexis, 2004, n° 59 (comp. cependant la solution alternative proposée au n° 61) ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 669, pp. 659 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, pp. 603 et s., n° 11, p. 614 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 566, p. 849 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 579, pp. 510 et s.

Plusieurs passages de travaux préparatoires paraissent accréditer cette thèse (2506). Encore ne peut-on se défaire d'une certaine impression de flou à la lecture de ceux-ci, probablement entretenue par la polysémie du mot risque et de l'adage invoqué (2507). On s'étonne également de lire sous la plume de Favart que « [C]es principes ont été consacrés de tout temps parmi nous », alors que lier le transfert des risques à celui de la propriété aurait au contraire entraîné une rupture par rapport à l'Ancien Droit. En réalité, comme l'observait déjà H. Capitant, il est probable que les rédacteurs du Code civil n'aient pas bien cerné la différence entre risque de la chose ou de la prestation, d'une part, et risque de la contre-prestation, d'autre part ; ainsi, en considérant que les risques devaient être supportés par le propriétaire, ils croyaient consacrer une solution constante, qui n'était admise jusque là que pour les deux premières acceptions du mot risque, et ne se sont pas aperçus qu'ils introduisaient au contraire un bouleversement des principes applicables à la théorie des risques proprement dite (2508). Bien que l'erreur historique se trouve parfois

(2506) Voy. ainsi (nous soulignons) :

— l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, o.c., p. 230 : « C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de propriété *jus in re* : si donc elle périt par force majeure ou par cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle *res perit domino* » ;

— le Rapport de Favart au Tribunal, *ibid.*, p. 320 : « L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire du moment que le consentement a formé le contrat ; d'où il résulte que la chose périt pour lui, à moins que le débiteur n'ait été mis en demeure, car, dans ce cas, la chose est à ses risques. Ces principes ont été consacrés de tout temps parmi nous. » ;

— le Discours de Grenier devant le Corps législatif, *ibid.*, tome XIV, p. 183 : « Il était important de distinguer les cas où il y a transmission de propriété de ceux où il n'y en a pas [...]. La raison de cette distinction est que, dans le cas où la vente est parfaite et accomplie par le seul consentement, la chose vendue est dès le moment même de ce consentement au pouvoir de l'acheteur. Elle est sa propriété, et dès lors elle est à ses risques, d'après la règle *si connue* : *res perit domino* ».

(2507) On relèvera à cet égard que pour Pothier (R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 308, p. 188), *res perit domino* signifie uniquement que, dans un contrat portant sur l'usage ou la garde d'une chose, le débiteur est libéré de son obligation de restitution lorsque la chose périt par cas fortuit. L'adage concernerait donc la deuxième acception du risque (risque de la prestation), et non la théorie des risques proprement dite. Comp. également le rapport de Jaubert au Tribunal dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, tome XIII, p. 367, à propos de l'article 1302 : « Il est de principe que la dette d'un corps certain est éteinte lorsqu'il a péri ou qu'il s'est perdu de manière qu'on en ignore absolument l'existence ; ce qui est fondé sur cette ancienne maxime *res perit domino*, la chose périt pour le propriétaire ».

(2508) Voy. H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, o.c., n° 136, p. 286.

à la base d'une règle de droit (2509), cette confusion commise nous incite en tout cas à ne pas donner un poids déterminant à l'argument tiré de la volonté du législateur (2510).

Du reste, s'il fallait considérer que les auteurs du Code civil ont entendu consacrer la théorie de l'École du droit naturel, encore ne pourrait-on que constater que la pensée de celle-ci était loin de se résumer à une application mécanique de l'adage *res perit domino*. Certes, Grotius, partisan d'un transfert de propriété *solo consensu*, considérerait que les risques devaient rester provisoirement sur la tête du vendeur lorsque le transfert de propriété était retardé (2511). Pufendorf préconisait cependant une solution nettement plus nuancée. Pour cet auteur, il convenait en effet « de distinguer, si le retardement de la délivrance vient de ce que la marchandise ne pouvoit être transportée qu'en un certain tems au lieu où elle devoit être délivrée, ou de ce que le Vendeur est en demeure [...] de la délivrer ; ou bien s'il n'a tenu qu'à l'Acheteur d'en prendre possession. Dans les deux premiers cas, il n'y a point de doute que la perte ne soit pour le compte du Vendeur. [...] Mais si l'Acheteur est en demeure de retirer la chose vendue, il est juste que la perte tombe sur lui » (2512). Le critère proposé consistait donc à faire peser la charge des risques sur la personne qui avait intérêt à une livraison différée (2513). S'il s'agit du vendeur, parce qu'il n'est pas en mesure de vendre au comptant, ce sera à lui de supporter la charge des risques ; en revanche, s'il conserve la chose en attendant que l'acheteur vienne la retirer, que ce soit « par pure honnêteté » ou en vertu d'un dépôt, c'est bien sur la tête de l'acheteur que pèse le risque de la perte, alors même que, selon le même auteur, la propriété doit pouvoir se transmettre *solo consensu* (2514). Chez Pufendorf, les risques ne se trouvent donc pas indissolublement liés à la propriété.

III. La Cour de cassation a pris position dans cette controverse en décidant, par un arrêt du 9 novembre 1995, que « lorsqu'un contrat de vente qui comporte une clause retardant le transfert de propriété est conclu, le vendeur supporte, en principe, le risque de la perte de

(2509) Comme l'observe pertinemment P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation, o.c.*, n^{os} 7 et s., pp. 52 et s.

(2510) Sur la faiblesse de cet argument considéré isolément, voy. également *supra*, n^o 25.

(2511) H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. BARBEYRAC, tome I^{er}, Amsterdam, De Coup, 1724, L. II, ch. XII, § XV, n^o 2, pp. 427 et s.

(2512) S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. BARBEYRAC, tome II, Amsterdam, Schelte, 1706, L. V, ch. V, § III, p. 44.

(2513) Voy. dans le même sens Trib. féd. suisse, 12 mars 2002, *A.T.F.*, vol. 128, III, p. 370, point 4, d).

(2514) S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. BARBEYRAC, tome I^{er}, Amsterdam, Schelte, 1706, L. IV, ch. IX, § VIII, pp. 507 et s.

la chose et, sauf clause contraire, ne peut plus obtenir le paiement du prix et est tenu de restituer à l'acheteur le prix ou la partie du prix déjà payée ; que, toutefois, le vendeur a droit à la contre-valeur de la jouissance de la chose par l'acheteur » (2515). Elle a ainsi consacré une stricte application de la règle *res perit domino* en liant le sort des risques à celui de la propriété.

Un arrêt, assez cryptique, du 4 février 2005, pose toutefois la question de savoir si la solution est aussi fermement établie qu'il y paraît (2516).

Dans cette affaire, une société avait acquis auprès d'une autre une machine en vue de la fabrication de fenêtres en réservant le transfert de propriété jusqu'au complet paiement du prix. L'acheteur reprochait cependant au vendeur d'avoir manqué à ses obligations, la machine ne fonctionnant pas de la manière attendue, et l'avait dès lors assigné en exécution forcée. Au cours de la procédure, la machine fut détruite par un incendie. Se ravisant dans l'exercice de l'option que lui offre l'article 1184 du Code civil, ce qu'il est en droit de faire (2517), l'acheteur décida alors d'introduire une action en résolution de la vente, à laquelle la cour d'appel de Gand fit droit en condamnant le vendeur à restituer la partie du prix déjà perçue ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts complémentaires. Dans son pourvoi, le vendeur fit valoir que, certes, les risques devaient en principe être supportés par l'acheteur, mais qu'il était fait exception à cette règle lorsque, comme en l'espèce, le transfert de propriété était retardé. En ce cas, la libération du vendeur en raison de la perte par cas fortuit de la chose devait entraîner la libération corrélative de l'acheteur. Assez paradoxalement, le vendeur reprochait donc à l'arrêt attaqué de ne pas avoir fait peser les risques sur sa propre tête. Cette argumentation *a priori* curieuse s'explique cependant par le fait que le pourvoi entendait en déduire qu'en ce cas, « la convention est caduque » de sorte que la résolution ne pouvait plus être demandée dès lors que celle-ci « suppose en effet l'existence d'une convention ».

(2515) Cass., 9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1014 ; voy. déjà Cass., 29 octobre 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 134, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ ; dans le même sens, Cass. fr., 19 octobre 1982, *Bull.*, 1982, IV, n° 321 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, n° 266, pp. 254 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 657, p. 700.

(2516) Cass., 4 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 67, *R.A.B.G.*, 2006, p. 9, note J. BEKAERT, *R.W.*, 2005-2006, p. 587, note S. MOSSELMANS, « Het tenietgaan van de verkochte zaak en het lot van de overige, niet op deze zaak slaande verbintenissen van de koopovereenkomst », *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 9 et s., n° 20, note C. BIQUET-MATHIEU.

(2517) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 587, p. 892.

Après avoir rappelé le texte des deux premiers alinéas de l'article 1302 du Code civil, la Cour de cassation rejeta le pourvoi dans les termes suivants :

« Que dans un contrat de vente la perte de la chose due n'entraîne pas nécessairement l'extinction des autres obligations résultant du contrat ;

Qu'en cette branche, le moyen qui est entièrement fondé sur l'hypothèse que la caducité de l'obligation d'une partie en raison de la perte de la chose entraîne l'annulation de l'obligation de l'autre partie, manque en droit ».

Cette décision semble avoir laissé perplexe plus d'un commentateur.

Ainsi, S. Mosselmans souligne à juste titre qu'en soi, il serait faux de prétendre que la perte de la chose entraîne « nécessairement » (pour reprendre les termes de l'arrêt) l'extinction des autres obligations résultant du contrat, et en particulier la libération de l'acheteur ; tout dépend, en effet, de savoir qui était propriétaire de la chose à ce moment-là (du moins si l'on adhère à la règle *res perit domino*) ou, de manière plus générale, sur qui pesait la charge des risques (2518). Pourtant, et contrairement à ce que la lecture de la décision de la Cour pourrait donner à penser, le pourvoi ne se contentait pas de soutenir que la perte de la chose devait automatiquement libérer l'acheteur ; il allait plus loin en soutenant qu'en l'espèce, les risques pesaient, compte tenu de la clause retardant le transfert de propriété, sur la tête du vendeur, de sorte que la libération de celui-ci entraînait bien celle de son cocontractant (2519).

Pour tenter de donner un sens à l'arrêt de la Cour, J. Bekaert propose alors une autre interprétation (2520). Selon lui, le manquement imputable au vendeur a fait naître à sa charge une obligation d'indemnisation du dommage subi par l'acheteur. La perte ultérieure de la chose, fût-ce par cas fortuit, laisse intacte cette obligation, et c'est en ce sens qu'il faudrait comprendre le premier attendu reproduit ci-avant. Mais comment alors comprendre le second attendu, qui ne vise pas simplement les « autres obligations résultant du contrat » (termes qui peuvent à la rigueur s'interpréter comme visant l'obligation d'indemnisation du vendeur), mais bien « l'obligation de l'autre par-

(2518) S. MOSSELMANS, *o.c.*, *R.W.*, 2005-2006, n° 6, p. 589.

(2519) Pour cette observation, C. BIQUET-MATHIEU, *ibid.*, qui en déduit qu'ainsi, « lu à l'aune du moyen tel qu'il avait été développé, le dernier attendu de l'arrêt apparaît-il énigmatique ». D'ailleurs, S. Mosselmans considère lui-même qu'en l'espèce, les risques pesaient sur le vendeur (n° 2, p. 588).

(2520) J. BEKAERT, *o.c.*, *R.A.B.G.*, n° 3, p. 14.

tie », c'est-à-dire de l'acheteur ? Il ne s'agirait que d'une « ongelukkige formulering » dont il ne faudrait tenir aucun compte.

Outre que cette dernière interprétation va à l'encontre du texte de l'arrêt, elle nous paraît difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour relative à la caducité du contrat. On sait, en effet, que lorsqu'un contrat devient impossible à exécuter par la faute du débiteur, cette circonstance entraîne en principe la dissolution de plein droit du contrat (caducité par disparition de l'objet), sans préjudice bien sûr des dommages-intérêts auxquels ce débiteur demeure tenu (2521). En d'autres termes, la subsistance d'une créance de dommages-intérêts ne suffit pas, en soi, à empêcher la dissolution du contrat et, en particulier, la libération du créancier de ses propres obligations.

Il nous semble toutefois qu'une troisième lecture pourrait contribuer à éclaircir le mystère dont l'arrêt du 4 février 2005 est enveloppé. Si l'on admet en effet, comme nous le pensons, que l'article 1138 du Code civil n'a pas consacré la règle *res perit domino*, mais seulement la règle *res perit creditori*, et qu'ainsi, en cas de vente moyennant réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix, les risques passent néanmoins sur la tête de l'acheteur dès la conclusion du contrat, alors la décision de la Cour retrouve tout son sens. En effet, dans un tel contexte, la perte de la chose n'entraîne pas nécessairement la libération de l'acheteur ; au contraire, celui-ci reste tenu au paiement du prix, puisque les risques pèsent sur sa tête. Certes, il ressort des motifs de l'arrêt que le vendeur était en demeure, ce qui devrait normalement entraîner un déplacement de la charge des risques sur sa tête (2522), mais on notera également que l'incendie, qui s'est produit dans les locaux de l'acheteur, aurait également entraîné la perte de la chose si le vendeur n'était pas en faute (c'est-à-dire si la machine avait fonctionné correctement), ce qui implique que, par exception, la mise en demeure n'implique aucun renversement de la charge des risques ; telle serait la raison pour laquelle la Cour aurait pris le soin, dans ses attendus, de viser également le second alinéa de l'article 1302.

Si cette interprétation de l'arrêt du 4 février 2005 devait être retenue, alors celui-ci constituerait un revirement discret par rapport à l'arrêt du 9 novembre 1995, puisqu'il aurait ainsi consacré implicitement la règle *res perit creditori* plutôt que *domino*. En toute hypothèse, il nous semble que le pourvoi aurait pu être rejeté plus simplement en décidant qu'indépendamment de la question de savoir

(2521) Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 328 et références citées.

(2522) Sur la portée exacte de ce principe, voy. *infra*, n° 445.

si le contrat avait ou non pris fin par l'effet de la théorie de risque ou de la caducité, cette dissolution n'empêchait pas l'acheteur d'agir encore en résolution (2523).

IV. En conclusion, compte tenu des incertitudes existant quant à la consécration de l'adage *res perit domino* tant en législation que, dans une certaine mesure, en jurisprudence, nous estimons que cette solution ne devra pas nécessairement être appliquée aveuglément à la matière des restitutions consécutives à la nullité d'un contrat.

266. Perte totale de la chose par cas fortuit. On se souviendra que le bénéficiaire de la restitution après nullité dispose à la fois d'une action réelle en revendication et d'une action personnelle en restitution (2524). Supposons maintenant que la chose à restituer vienne à périr totalement par cas fortuit avant l'annulation du contrat par le juge (2525). Puisque le droit réel de propriété ne peut porter que sur une chose existante, l'action en revendication s'éteint alors de plein droit (2526). Reste à déterminer ce qu'il advient de l'action personnelle en restitution. À cet égard, trois solutions différentes se dégagent en droits belge et français (2527).

Une première approche consiste à mettre à charge du débiteur de la restitution une *indemnité compensatoire* de la valeur de la chose, quelle que soit la cause de sa perte (cas fortuit ou fait du débiteur). Plusieurs arrêts de la Cour de cassation de France se sont engagés dans cette voie en se fondant sur l'effet rétroactif de l'annulation : puisque les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient auparavant, il incombe au débiteur de la restitution de supporter le coût de remise en état de la chose, et ce, même si la dégradation n'est pas due à sa faute (2528). La doctrine

(2523) Sur cette question, voy. *infra*, n° 355.

(2524) Voy. *supra*, n°s 247 et s.

(2525) S'il s'agissait de choses de genre, leur perte n'empêcherait en principe pas leur restitution, par application de l'adage *genera non pereunt* (voy. *supra*, n° 255). Sur la perte survenue après l'annulation, voy. *infra*, n° 271.

(2526) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *L'obligation de restitution du banquier*, n° 21, p. 24. On réserve à cet égard le cas de la subrogation réelle (voy. *supra*, n° 255).

(2527) Pour les motifs exposés ci-avant, nous laissons de côté les raisonnements fondés sur les théories de l'enrichissement sans cause et du paiement indu (voy. *supra*, n°s 245 et s.).

(2528) Voy. Cass. fr., 18 janvier 2000, n° 97-14347 (sol. implicite) ; Cass. fr., 16 mars 1999, *Bull.*, 1999, I, n° 95 (sol. implicite) ; Cass. fr., 2 juin 1987, *Bull.*, 1987, I, n° 183 ; Cass. fr., 11 mai 1976, *Bull.*, 1976, IV, n° 162 (sol. implicite) ; Cass. fr., 21 juillet 1975, *Bull.*, 1975, IV, n° 215 ; Cass. fr., 29 février 1972, *Bull.*, 1972, IV, n° 77 ; **Projet Catala**, art. 1163-3, alinéa 2 ; **Projet de la Chancellerie**, art. 96, alinéa 2. On notera que la même solution est préconisée en **droit allemand** par certains auteurs qui recommandent d'appliquer par analogie

française contemporaine semble dans l'ensemble approuver cette solution, sans d'ailleurs toujours insister sur le fait que la cause de la perte de la chose est indifférente (2529).

Les deuxième et troisième courants partent au contraire du principe que le débiteur de la restitution est libéré par la perte *casu* de la chose. Ceci ne suffit toutefois pas à épuiser la question. En effet, on s'accorde à reconnaître que les obligations de restitutions issues de l'annulation d'un contrat synallagmatique présentent le même caractère d'interdépendance (2530). Il convient dès lors de déterminer si la libération du débiteur entraîne ou non la libération corrélative du créancier de la restitution. Après avoir fait peser le risque de la prestation sur le créancier de la restitution, il convient donc de s'interroger sur la charge du risque de la contre-prestation (2531).

À cet égard, les uns préconisent l'application de l'adage *res perit domino*, qui consiste donc à faire supporter la charge économique de la perte par la partie redevenue (rétroactivement) propriétaire de la chose à la suite de l'annulation du contrat (2532). Ainsi, par exemple, en cas d'annulation d'une vente, l'acheteur sera libéré de son obligation de restituer la chose détruite par cas fortuit tandis que le vendeur devra néanmoins en restituer le prix. On justifie cette solution par l'idée que, dans le système de

le § 346 (relatif à la résolution du contrat) en cas de nullité. Pour plus de détails, voy. M. SCHWAB, « §§ 812-822 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2009, § 818, n^{os} 248 et s.

(2529) Voy. ainsi J.-L. AUBERT, *o.c.*, D., 2003, pp. 369 et s., avant note n^o 13, qui réserve le cas où la perte aurait été pareillement subie si la chose était restée entre les mains de son véritable propriétaire ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n^o 723, p. 361 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n^o 424, p. 426 ; voy., de manière plus explicite, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n^o 227, p. 176 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n^{os} 811 et s., pp. 464 et s. ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v^o Nullité, o.c.*, n^o 93, p. 14. **En Belgique**, voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 215, p. 145. On notera que cet auteur va encore plus loin dans cette approche en considérant que, même en l'absence de perte de la chose, une indemnité devrait être versée au créancier de la restitution afin de rétablir dans son patrimoine la valeur de la chose telle qu'elle existait au jour de la conclusion du contrat (*ibid.*, n^{os} 204 et s., pp. 139 et s.) ; voy. sur cette opinion *infra*, n^o 275.

(2530) Voy. *supra*, n^o 243.

(2531) Sur les différentes acceptions du mot « risque », voy. *supra*, n^o 264.

(2532) Mons, 20 mai 2003, *R.R.D.*, 2003, p. 257, note T. STAROSSELETS ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n^o 365, p. 303 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n^o 654, p. 698 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 35, p. 101.

l'article 1138 du Code civil, les risques sont indissociablement liés à la propriété. On ajoute parfois que cette solution est commandée par l'effet rétroactif de l'annulation. En effet, si le contrat annulé n'avait jamais été conclu, le vendeur serait demeuré propriétaire de la chose et en aurait à ce titre assumé seul la perte.

Cette solution a été consacrée par un arrêt isolé de la Cour de cassation de France du 6 décembre 1967, contredit depuis lors par la jurisprudence précitée (2533). Cet arrêt décide à propos de la vente d'un troupeau atteint de mélitococcie que « par l'effet de l'annulation de la vente [le vendeur] était censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire des brebis et qu'il supportait les risques de leur perte, sauf à prouver une faute de [l'acheteur] ».

Dans le même ordre d'idées, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 13 septembre 1985 (2534). Quoique relatif à la « nullité » de l'ancien article 445 du Code de commerce (actuel article 17 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites), qui constitue plutôt une forme d'inopposabilité, l'enseignement de cette décision peut aisément être étendu à notre matière. L'arrêt décide à cet égard que le fait de déclarer une cession accomplie par le failli nulle et sans effet sur la base de cette disposition « implique, relativement à la masse, que le failli est censé être resté propriétaire des parts, de sorte que les risques y attachés restent à sa charge ». La doctrine s'est, il est vrai, efforcée de restreindre l'importance de ce passage en relevant qu'il ne s'agissait que d'un motif surabondant ; en effet, l'arrêt attaqué avait constaté qu'il s'agissait en l'occurrence d'une cession à titre gratuit, de sorte que la théorie des risques ne trouvait pas véritablement à s'appliquer et que l'article 1302 du Code civil eût suffi à justifier la libération du cessionnaire (2535). Il n'en demeure pas moins que cette décision est révélatrice de l'attachement de la Cour de cassation à lier le transfert des risques à celui de la propriété (2536).

La majorité de la doctrine belge paraît au contraire fixée en ce sens que rien ne justifie de s'écarter de la règle *res perit debitori*, qui constitue le droit commun des rapports synallagmatiques (2537).

(2533) Cass., 6 décembre 1967, *Bull.*, 1967, I, n° 358.

(2534) Cass., 13 septembre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 220, note S. NUDELHOLE, « Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », pp. 223 et s.

(2535) S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 20, p. 239.

(2536) En faveur d'une telle corrélation, voy. également Cass., 9 novembre 1995, cité *supra*, n° 265, III.

(2537) V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 104 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 80, p. 326 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*,

Ainsi, la perte de la chose par cas fortuit doit entraîner à la fois la libération du débiteur de la restitution (tel que l'acheteur) et, corrélativement, celle du créancier de celle-ci (tel que le vendeur).

267. Suite – Appréciation critique. I. Des trois solutions esquissées, la première nous paraît pouvoir être écartée d'emblée. En effet, mettre à la charge du débiteur de la restitution une indemnité compensatoire de la valeur de la chose indépendamment de la cause de la perte de celle-ci nous paraît faire peu de cas de l'article 1302, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui consacre, de manière tout à fait générale, le principe de la libération du débiteur tenu d'un corps certain détruit par une cause étrangère. Ce n'est dès lors à notre sens que lorsque la perte de la chose est imputable au débiteur que celui-ci pourrait être tenu d'indemniser le créancier de sa perte (2538).

C'est par ailleurs à tort que certains auteurs ont tenté de justifier la jurisprudence précitée de la Cour de cassation de France par le recours à l'adage *res perit debitori* (2539). Celui-ci, qui ne concerne que le risque de la contre-prestation, suppose en effet que le débiteur du corps certain ait été préalablement libéré par le cas fortuit, et implique que le créancier soit corrélativement libéré de sa propre obligation. En ce sens, le débiteur supporte le risque économique du cas fortuit, puisqu'il perd non seulement la chose, mais également le prix de celle-ci dû par le créancier (2540). Au contraire, dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France, le débiteur de la chose n'est pas libéré par sa perte puisqu'il demeure tenu d'une indemnité compensatoire de sa valeur. Certes, il en supporte également en un certain sens la charge économique (c'est-à-dire le risque de la prestation), mais ce n'est que de manière approximative que l'on peut dire que « la chose est perdue pour le débiteur ».

tome II, *o.c.*, n° 819, p. 791 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 21, p. 239 ; T. STAROSSELETS, note sous Mons, 20 mai 2003, *R.R.D.*, 2003, pp. 259 et s., spéc. p. 261 ; A. VAN OEVELEN, « *Nietigheid* », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 23, p. 20 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 567, p. 851 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *o.c.*, n° 346, p. 316.

(2538) Voy. *infra*, n° 273.

(2539) Voy. ainsi C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, nos 811 et 813, pp. 464 et s. ; adde J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 215, p. 146, qui parle de mettre les risques à la charge du débiteur de la restitution, sans distinguer entre risque de la prestation et risque de la contre-prestation ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, nos 224 et s., p. 244.

(2540) Voy. *supra*, n° 264.

II. Si l'on admet donc que la perte par cas fortuit entraîne la libération du débiteur, reste à déterminer l'incidence de cette libération sur l'obligation corrélative du créancier de la chose. Compte tenu de la tendance contemporaine à lier les risques à la propriété (2541), on serait *a priori* tenté de décider que le créancier de la restitution, redevenu rétroactivement propriétaire du fait de l'annulation du contrat, serait tenu de supporter la perte, et demeurerait dès lors contraint de restituer sans contrepartie le prix qu'il a reçu.

Encore que la question soit délicate, l'application mécanique de l'adage *res perit domino* à la matière des restitutions après nullité nous paraît toutefois discutable, tant au regard du droit commun des obligations que des spécificités de la théorie des nullités.

A. *Sous l'angle du droit commun des obligations*, nous avons vu à quel point les assises historiques de l'adage *res perit domino* étaient fragiles.

1. En effet, contrairement à ce qu'on a pu écrire, ni l'état de l'Ancien Droit ni même les *travaux préparatoires* du Code (2542) ne permettent d'établir avec certitude la volonté du législateur de lier en toutes circonstances le sort des risques à celui de la propriété (2543). Comme déjà indiqué, cette analyse incite à ne pas donner à l'adage *res perit domino* une portée excessive.

2. Il en va d'autant plus ainsi qu'en tant qu'exception au principe de l'interdépendance des obligations liées par un rapport synallagmatique, il devrait être interprété restrictivement et, ainsi, ne pas s'appliquer *en matière extracontractuelle*, en particulier aux restitutions consécutives à la nullité d'un contrat (2544). En effet, l'article 1138 du Code civil, qui constituerait le siège de cet adage, fut rédigé en ayant à l'esprit la pratique contractuelle des clauses de « dessaisine-saisine », de sorte que son extension aux rapports extracontractuels paraît douteuse (2545).

(2541) Voy. *supra*, n° 265.

(2542) Qui ne paraissent pas avoir fait clairement le départ entre les différentes acceptions du mot « risque ».

(2543) Voy. *supra*, n° 265.

(2544) I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 80, p. 326 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 21, p. 239.

(2545) Voy. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat, o.c.*, pp. 53 et s. De manière plus générale, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 59, souligne que « l'obligation de restitution est extra-contractuelle. Ce n'est donc qu'avec réserve que l'on peut se référer au régime de l'obligation contractuelle ».

3. Une troisième raison qui conduit à n'admettre l'application extensive de l'adage *res perit domino* qu'avec réserve est le fait qu'il implique une *rupture de l'équilibre entre les parties*. L'opposition traditionnelle entre les deux adages donne en effet l'impression que le débat constituerait à faire peser les risques, soit sur la tête du débiteur, soit sur celle du créancier propriétaire, dilemme qu'il apparaît malaisé à trancher dans l'absolu puisqu'aucun des deux n'est en faute. Cette présentation du problème n'est cependant exacte que si l'on a égard qu'au seul risque de la contre-prestation ; on ne perdra pas de vue, toutefois, que le créancier supporte déjà, par hypothèse, le risque de la prestation, puisqu'il ne pourra exiger du débiteur la prestation devenue impossible à exécuter. Par conséquent, l'adage *res perit debitori* place, d'une certaine manière, les parties sur un pied d'égalité face au cas fortuit, chacune étant libérée de son obligation réciproque (2546), tandis que l'adage *res perit domino* implique au contraire un déséquilibre au détriment du seul créancier, tenu de s'exécuter sans contrepartie (2547).

B. *Sous l'angle du régime des nullités*, l'application de l'adage *res perit domino* n'échappe pas non plus à la critique.

1. Écartons tout d'abord l'idée que *l'effet rétroactif de l'annulation* puisse, à lui seul, servir de critère pour résoudre la question de la charge des risques de perte de la chose à restituer (2548). Certes, l'annulation a pour objectif de replacer les parties dans la même situation que si le contrat annulé n'avait pas été conclu. Ce principe est cependant trop incertain dans ses implications pour commander une solution univoque (2549).

(2546) En ce sens, il faudrait plutôt dire : *res perit utroque*, le risque de la prestation étant supporté par le créancier et celui de la contre-prestation par le débiteur.

(2547) Voy. O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz, o.c.*, n° 14, p. 3 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 648, p. 691. Il est vrai, cependant, que, derrière cette symétrie, l'équilibre réalisé par l'adage *res perit debitori* n'est pas complet, puisque, par l'effet de la libération réciproque des parties, le créancier conserve l'avantage qu'il était tenu de remettre au débiteur, tandis que l'avantage que ce dernier est autorisé à conserver a, par hypothèse, été détruit par la force majeure.

(2548) La même critique peut être adressée à un principe de non-enrichissement qui viserait à rétablir les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (voy. en faveur d'un tel principe J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, nos 189 et s., pp. 128 et s.).

(2549) Voy. dans le même sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 952, p. 685 ; R. WINTGEN, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Rev. contrats*, 2008, pp. 73 et s., spéc. p. 80.

En effet, deux solutions diamétralement opposées ont pu être développées sur la base de ce principe, en réalité assez vague, de retour au *statu quo ante*.

Ainsi, pour les partisans de la solution consacrée aujourd'hui par la Cour de cassation de France (2550), la chose se trouvait par hypothèse dans le patrimoine du créancier de la restitution avant la conclusion du contrat nul. Remettre les choses dans leur pristin état implique donc la reconstitution du patrimoine de ce créancier. Par conséquent, le débiteur doit être tenu de lui restituer la chose reçue ensuite du contrat nul, le cas échéant par équivalent si la chose a péri dans l'intervalle, que ce soit par cas fortuit ou pour tout autre motif. Dans cette analyse, le *statu quo ante* s'apprécie donc exclusivement au jour de la conclusion du contrat nul ; on fait délibérément abstraction des événements postérieurs et, en particulier, de la perte de la chose, si ce n'est pour opter entre la restitution en nature ou par équivalent.

Antérieurement, la même Cour avait pourtant considéré que le créancier de la restitution serait, sans le contrat nul, demeuré propriétaire de la chose. Se prévalant de l'adage *res perit domino*, elle en déduisait que ce créancier doit subir le risque de perte de la chose, et est donc tenu de restituer le prix qu'il a reçu même si la chose elle-même ne lui sera jamais restituée (2551). Dans cette conception, on se place donc également au jour de la conclusion du contrat, mais on intègre néanmoins dans l'analyse la perte ultérieure de la chose, que l'on fait peser nécessairement sur la tête de son propriétaire.

Mais ne faut-il pas aller plus loin dans la reconstitution du passé, et s'interroger sur l'attitude qui aurait été celle du créancier de la restitution si le contrat nul n'avait pas été conclu ? Ne peut-on supposer, en effet, qu'à défaut d'avoir cédé la chose au débiteur de la restitution, il l'aurait aliénée au profit d'un tiers, et que c'est celui-ci qui en aurait alors supporté les risques ?

On le voit, la complexité de l'exercice tient dans le fait que le retour au *statu quo ante* oblige à reconstituer le cours d'événements qui, par hypothèse, ne se sont pas produits, et dès lors à sélectionner parmi les faits accomplis au cours de la période intermédiaire ceux que l'on considère comme inéluctables – c'est-à-dire qui se seraient produits même en l'absence de conclusion du contrat nul – et ceux qui, au contraire, apparaissent comme purement contingents (2552).

(2550) Voy. *supra*, n° 266.

(2551) Voy. *supra*, n° 266.

(2552) Des difficultés similaires se rencontrent en droit de la responsabilité, où le juge doit apprécier le lien de causalité en faisant abstraction de la faute dans les circonstances concrètes du litige sans pour autant imaginer une situation purement hypothétique (voy. par

Pareille démarche n'est pas sans risque d'arbitraire, comme l'illustre la prémisse (informulée) des partisans de l'adage *res perit domino*, à savoir que la chose serait restée dans le patrimoine du créancier de la restitution si le contrat nul n'avait pas été conclu.

Dans ces conditions, il nous paraît préférable, comme pour la question de l'indemnité de jouissance (2553), d'admettre que la notion d'effet rétroactif constitue en soi un guide trop peu sûr pour suffire à trancher la problématique de la charge des risques.

2. En réalité, le recours à l'adage *res perit domino* nous paraît dicté, une fois de plus, par une *vision conceptuelle* de l'effet rétroactif empruntée à la théorie classique des nullités et qui mériterait aujourd'hui d'être reconsidérée (2554). Affirmer qu'en raison de la nullité du contrat, le créancier de la restitution est réputé avoir toujours été propriétaire de la chose et doit dès lors en supporter rétroactivement les risques, c'est en effet oublier que pendant toute la période intermédiaire, le contrat a sorti des effets de droit, avec pour conséquence que les risques seront normalement passés dans l'intervalle sur la tête du débiteur de la restitution. Certes, l'annulation vient mettre un terme à cette situation et tend en principe à restaurer la situation antérieure en vue du rétablissement de la légalité. Encore ne faut-il pas perdre de vue que cet objectif n'est pas absolu et doit s'accommoder du respect d'autres intérêts légitimes, en tenant compte des impératifs de la sécurité juridique et de l'équité.

Or, à cet égard, il nous semble que l'application mécanique de l'adage *res perit domino* aboutit à pénaliser systématiquement le créancier de la restitution sans justification objective ni raisonnable. Rappelons en effet que, par hypothèse, la nullité n'est imputable à la faute d'aucune des parties (2555). On n'aperçoit dès lors pas pourquoi le créancier de la restitution devrait nécessairement supporter le risque de perte de la chose au cours de la période intermédiaire alors que, si le contrat n'avait pas été conclu, il aurait pu céder la chose à un tiers (2556) ou au moins faire assurer

exemple Cass., 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 645 et comp. Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 741).

(2553) Voy. *supra*, n° 259, II, A.

(2554) Voy. *supra*, n°s 239 et s.

(2555) Sur l'hypothèse de la *culpa in contrahendo*, voy. *infra*, n°s 335 et s.

(2556) Comp. en ce sens, à propos de la vétusté et de l'obsolescence (sur lesquelles *infra*, n° 275), M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 254.

celle-ci et ainsi se prémunir contre ce risque de perte. À l'inverse, faire peser les risques sur la tête du débiteur de la restitution ne menace pas de tromper ses prévisions dès lors que la chose était déjà en principe à ses risques et qu'il aura ainsi pu prendre les mesures destinées à en assurer la conservation, en ce compris la souscription d'une assurance (2557).

Dans une *perspective fonctionnelle*, il paraît donc préférable d'écarter en l'espèce l'effet rétroactif de la nullité de manière à faire peser les risques sur la tête de la partie qui était la mieux à même de se prémunir contre ceux-ci (2558).

On remarquera que la solution proposée n'est pas totalement étrangère à la pensée de PUFENDORF, représentant de l'École du droit naturel généralement présentée comme étant à l'origine de la règle *res perit domino*. Celui-ci préconisait en effet que, dans la vente, les risques ne passent sur la tête du créancier de la chose que lorsqu'il ne tenait qu'à lui d'en prendre possession (2559). Or, si l'on transpose ces considérations à l'annulation de la vente, on ne pourrait faire supporter par le vendeur le risque de perte de la chose au cours de la période intermédiaire puisque, jusqu'au prononcé de l'annulation, il n'est pas en mesure d'en reprendre possession.

3. On ajoutera que l'application de la règle *res perit debitori* se concilie parfaitement avec la possibilité reconnue à chaque partie au rapport de restitution d'opposer *l'exception d'inexécution* (2560). Certes, d'un point de vue technique, la théorie des risques et l'exception d'inexécution évoluent dans deux sphères différentes, la première supposant une inexécution fortuite tandis que la seconde implique une inexécution fautive. Les deux institutions découlent cependant chacune de la nature du rapport synal-

(2557) Voy. dans un sens similaire J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 215, p. 146 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 225, p. 244. Voy. également le commentaire de l'article 3.2.15 des **Principes d'Unidroit 2010**, p. 124, qui relève que « le risque doit être à la charge de la personne qui a le contrôle de l'exécution ». Sur le cas particulier où le contrat nul avait retardé le transfert des risques à l'acheteur, voy. *infra*, n° 270.

(2558) Sur la différence entre approches conceptuelle et fonctionnelle, voy. *supra*, n° 5 et s.

(2559) Voy. *supra*, n° 265, II. Voy. également J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 651, p. 696, qui relèvent que la règle *res perit domino* est généralement justifiée comme suit : « Si le propriétaire supporte les risques de la chose, c'est [...] parce qu'il est réputé commettre une faute en ne prenant pas livraison de la chose lors de la formation du contrat, dès l'instant que cette livraison n'est pas reportée ».

(2560) Voy. à ce propos *supra*, n° 243.

lagmatique (2561). C'est ainsi, par exemple, qu'en cas d'annulation d'une vente, le vendeur pourra refuser de restituer le prix tant que l'acheteur s'abstient volontairement de lui rendre la chose. Dès lors, en l'absence d'une disposition légale répartissant clairement la charge de risques dans le cadre du rapport de restitution, il apparaît cohérent de décider pareillement que lorsque l'acheteur s'abstient de restituer la chose pour cause de cas fortuit, le vendeur sera également dispensé de restituer le prix (2562).

4. L'étude du *droit comparé* conforte enfin cette analyse.

Ainsi, on a vu que le **droit allemand** abordait les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat à travers le prisme de la théorie de l'enrichissement sans cause (2563). Le § 818, alinéa 3, du BGB prévoit à cet égard que l'obligation de restitution est exclue lorsque l'enrichissement de l'*accipiens* a disparu (2564). Il est intéressant de relever que, dans un premier temps, la doctrine en a déduit que la libération du débiteur de la restitution demeurerait sans incidence sur l'obligation corrélative de son cocontractant (2565). Les deux obligations réciproques de restitution étaient donc juridiquement indépendantes (*Zweikondiktionentheorie*), de la même manière que, dans la vente romaine, les risques pesaient sur l'acheteur à titre de vestige de l'époque où l'achat et la vente constituaient deux contrats distincts plutôt qu'un véritable rapport synallagmatique (2566). On aboutissait donc en pratique au même résultat que celui auquel l'application de l'adage *res perit domino* conduirait en droit belge.

La jurisprudence a cependant rapidement pris ses distances vis-à-vis de cette théorie en substituant aux deux actions indépendantes fondées sur l'enrichissement une action unique à concurrence du solde de la différence entre les deux actions (*Saldotheorie*) (2567). Ainsi, par exemple, si une chose d'une valeur de 110 est vendue pour

(2561) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome I^{er}, *Les obligations*, o.c., n° 562, p. 862.

(2562) Sur l'importance de la cohérence de l'ordre juridique dans la solution des cas douteux, voy. *supra*, n° 18.

(2563) Voy. *supra*, n° 237.

(2564) « Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. »

(2565) Voy. VON TUHR, « Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen », *DJZ*, 1916, col. 582 et s., spéc. col. 584 ; voy. aussi OERTMANN, « Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften », *DJZ*, 1915, col. 1063 et s.

(2566) Du moins dans l'analyse de GIRARD : voy. *supra*, n° 265, I.

(2567) Jurisprudence constante depuis RG, 14 mars 1903, *RGZ*, vol. 54, pp. 137 et s., spéc. p. 141 ; voy. plus récemment BGH, 11 mai 2009, II ZR 137/08, point 15. Des hésitations se sont toutefois produites dans la jurisprudence du Bundesgerichtshof sur le point de savoir si la *Saldotheorie* s'applique dès la disparition de la cause de l'enrichissement, ou uniquement

un prix de 100 et que le contrat de vente est nul, le vendeur n'aura d'action en restitution contre l'acheteur qu'à concurrence de 10. Outre l'implication procédurale de cette théorie, qui évite l'introduction de deux actions distinctes, celle-ci présente également un volet matériel, dès lors que le § 818, alinéa 3, du BGB n'est applicable qu'au solde des deux actions, et non à chaque action séparément (2568). Ainsi, dans l'exemple précité, si la chose vient à périr par cas fortuit, l'acheteur ne sera pas tenu de restituer le solde de 10 par application du § 818, alinéa 3, mais de son côté le vendeur ne sera pas non plus tenu à la restitution du prix, déjà absorbé par l'opération de calcul du solde. On aboutit donc ainsi en pratique à la même solution que celle à laquelle l'adage *res perit debitori* conduit en droit belge. On justifie parfois cette solution par la reconnaissance d'un rapport synallagmatique de fait (*faktisches Synallagma*) entre les obligations de restitutions nées du contrat nul (2569).

Certes, la *Saldotheorie* fait aujourd'hui l'objet de certains aménagements (notamment lorsque la nullité résulte d'un dol ou d'une incapacité d'une des parties) ainsi que de nombreuses critiques doctrinales. Il n'en demeure pas moins qu'il existe encore une quasi-unanimité dans la doctrine pour considérer qu'une application pure et simple de la *Zweikondiktionentheorie* – qui, pour rappel, aboutit au même résultat pratique que l'application de l'adage *res perit domino* à la matière des nullités – engendrerait des conséquences inéquitables (2570).

III. En conclusion, rien ne justifie à notre sens de déroger à la règle *res perit debitori* qui constitue le droit commun des rapports synallagmatiques. Par conséquent, la perte de la chose doit à la fois entraîner la libération du débiteur de la restitution et, corrélativement, décharger le créancier de la restitution de son obligation de restituer le prix de la chose.

au cas où la chose vient à périr : cons. à ce propos M. SCHWAB, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 818, n^{os} 211 et s.

(2568) Voy. S. LORENZ, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2007, § 818, n^o 41, p. 330.

(2569) Voy. BGH, 26 octobre 1978, *BGHZ*, vol. 72, p. 272, point II, 2, b) ; BGH, 14 octobre 1971, *BGHZ*, vol. 57, p. 137, II, 2, c), aa).

(2570) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 86, p. 56 ; F. BOCKHOLDT, « Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge », *AcP*, 2006, pp. 769 et s., spéc. p. 770 ; M. LIEB, « §§ 812-822 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2004, pp. 1241 et s., § 818, n^o 114, p. 1442 ; S. LORENZ, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 818, n^o 41, pp. 329 et s. ; M. SCHWAB, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 818, n^o 209.

Une autre manière d'aborder le problème consiste à dire que la question de la charge des risques doit être soustraite au domaine de l'effet rétroactif de la nullité (2571) : par l'effet de la vente, les risques sont passés sur la tête de l'acheteur, et demeurent sur la tête de celui-ci au stade de la restitution comme si le contrat était encore valable (2572). Cette solution peut se justifier par l'idée que, comme nous l'avons vu, il est pratiquement impossible de reconstruire ce qui se serait passé si le contrat n'avait pas été conclu, parce que ceci imposerait d'envisager de nombreuses hypothèses présentant un trop grand degré d'incertitude (2573). Dans ces conditions, la sécurité juridique paraît commander de renoncer à la technique de la rétroactivité, qui s'avère en l'occurrence inadaptée.

268. Cas particuliers – Champ d'application de la théorie des risques. Après avoir ainsi dégagé la règle générale, nous pouvons aborder certains cas particuliers qui illustrent toute la complexité de la matière.

Au niveau du *champ d'application* de la théorie des risques, il convient tout d'abord de rappeler que celle-ci ne s'applique qu'aux rapports synallagmatiques.

Ainsi, par exemple, en cas d'annulation d'une donation (sans charge), au cas où la chose donnée a péri par cas fortuit, le donataire sera simplement libéré de son obligation de restitution, sans que cela n'entraîne d'autre conséquence puisque le donateur n'est quant à lui tenu à aucune obligation de restitution.

L'observation est sans doute d'un intérêt plus grand si on envisage le cas du bail. Celui-ci comporte certes des obligations synallagmatiques, telles que la prestation de la jouissance de la chose par le bailleur et le paiement du loyer par le locataire. Si, donc, la chose vient à périr par cas fortuit et que le bail est ensuite annulé, nous avons vu que le locataire devra payer une indemnité au bailleur couvrant toute la période où il a joui de la chose, et que le bailleur devra réciproquement lui restituer les loyers perçus au cours de cette période (2574).

(2571) Comp., en matière de condition suspensive, l'article 1182 du Code civil, discuté *supra*, n° 188.

(2572) Voy. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 136, n° 1185, p. 403.

(2573) Le créancier de la chose l'aurait-il conservée dans son patrimoine ? Si oui, l'aurait-il fait assurer, et la chose aurait-elle également péri ? Si, à l'inverse, il l'avait aliénée à un tiers, les risques seraient-ils déjà passés sur la tête de celui-ci au moment du sinistre ?

(2574) Sous réserve de la bonne foi des parties : voy. *supra*, n° 259.

Cette solution est conforme aux principes de la théorie des risques : en effet, l'usage de la chose est certes impossible à restituer en nature par le preneur, mais cette impossibilité ne constitue pas pour autant pour lui une cause étrangère, de sorte qu'il est normal qu'il soit tenu d'une obligation de restitution par équivalent (2575). Pour la période postérieure à la perte de la chose, au contraire, le preneur n'a pas à restituer la jouissance de la chose puisqu'il n'en a plus bénéficié, et le bailleur n'a pas non plus perçu de loyer puisque le contrat a pris fin par l'effet de la théorie des risques avant même qu'il ne soit annulé (2576).

La problématique des restitutions ne s'arrête cependant pas là. Il y a en effet une autre obligation dont la restitution doit être envisagée, à savoir la délivrance de la chose par le bailleur. Certes, dans un bail normal (c'est-à-dire non annulable), cette obligation a pour corollaire l'obligation de restitution du preneur en fin de bail. Ces obligations ne se trouvent cependant pas pour autant dans un rapport synallagmatique : elles ne doivent en effet pas être exécutées trait pour trait, mais constituent seulement le miroir, décalé dans le temps, l'une de l'autre. Par conséquent, en cas d'annulation du bail, l'effacement de la délivrance de la chose par le bailleur implique que le preneur soit tenu d'une obligation de restitution de la chose ; mais, s'agissant d'une obligation unilatérale et non synallagmatique, elle est soustraite au domaine de la théorie des risques. Il en résulte qu'au cas où la chose a péri par cas fortuit, le preneur sera simplement libéré de son obligation de restitution, le bailleur-créancier supportant ainsi le risque de la prestation.

269. Suite – Exécution asymétrique du contrat. Cette première observation conduit à s'interroger sur l'application de la règle *res perit debitori* dans les hypothèses d'*exécution asymétrique* du contrat annulé, que la doctrine allemande étudie sous le nom de problématique de la *Vorleistung* (2577).

I. Si l'on envisage l'annulation d'une vente, deux hypothèses principales peuvent être distinguées.

A. Ainsi, il se peut qu'au moment de l'annulation, *seul l'acheteur ait exécuté ses obligations*, la chose se trouvant encore entre les

(2575) Comp. *infra*, n° 273, en cas de perte d'une chose corporelle par le fait du débiteur de la restitution.

(2576) Sur ce qu'un contrat déjà dissous *ex nunc* puisse encore être annulé *ex tunc*, voy. *infra*, n° 289.

(2577) Littéralement pré-exécution. Voy. à ce propos M. SCHWAB, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 818, n°s 230 et s.

maines du vendeur. Si, dès lors, cette chose a péri par cas fortuit, la règle *res perit debitori* ne peut normalement trouver à s'appliquer. En effet, puisque seul l'acheteur s'est exécuté, seul le vendeur est tenu d'une obligation de restitution, et celle-ci ne devrait dès lors en principe ne pas être affectée par la perte de la chose. L'acheteur pourrait donc obtenir la restitution du prix et ne supporterait donc pas le risque de la contre-prestation.

B. À l'inverse, il se peut que *le vendeur soit le seul à avoir exécuté ses obligations* au jour de l'annulation du contrat. En ce cas, si la chose a péri par cas fortuit, l'acheteur sera libéré de son obligation de restitution, et le vendeur ne devra quant à lui rien restituer puisqu'il n'a rien reçu. On aurait toutefois tort de croire que le risque de la contre-prestation est ainsi supporté par l'acheteur. En effet, si la vente avait été exécutée de part et d'autre, le vendeur ne serait pas non plus tenu de restituer (par application de la règle *res perit debitori*), mais il conserverait, en ce cas, le prix de la chose, alors que ce dernier est demeuré entre les mains de l'acheteur dans l'hypothèse examinée ici.

II. La doctrine allemande considère généralement que cette mise en échec de la règle *res perit debitori* est insatisfaisante, parce qu'elle ne repose pas tant sur une prise en considération des intérêts en présence que sur un motif d'ordre purement technique, à savoir l'inapplicabilité de la théorie des risques en l'absence d'un rapport synallagmatique de restitution (2578). Des solutions ont dès lors été proposées de manière à faire en sorte que, même en cas d'exécution asymétrique du contrat – ce qui constitue une circonstance purement contingente au regard des objectifs poursuivis par l'annulation du contrat –, les risques (de la contre-prestation) puissent être mis à charge du débiteur-acheteur.

III. En droit belge, le problème paraît pouvoir être résolu de la manière suivante.

A. Si l'on envisage d'abord le cas où *seul l'acheteur s'est exécuté*, il nous semble possible d'admettre que, bien que l'acheteur ne soit tenu – à défaut de livraison de la chose – à aucune obligation de restitution, la perte par cas fortuit de la chose libère néanmoins le vendeur de son obligation de restituer le prix. Cette solution pourrait se justifier par l'idée que, bien qu'on ne se trouve pas techniquement en présence de deux obligations réciproques de restitution, l'obligation de restitution du vendeur a néanmoins pour *cause* la chose qu'il s'était

(2578) En l'occurrence, l'absence d'obligation de restitution dans le chef de la partie qui n'a rien reçu en exécution du contrat, et dès lors l'impossibilité d'appliquer la *Saldotheorie* (*supra*, n° 267, II, B, 4) aux obligations réciproques de restitution.

engagé à livrer(2579). C'est en effet parce que l'annulation a pour conséquence d'effacer l'engagement du vendeur de livrer la chose que celui-ci ne peut plus conserver le prix payé par l'acheteur. Dès lors, si cette cause vient à disparaître, le vendeur ne serait plus tenu de restituer le prix, ce qui permet de faire ainsi peser les risques de la contre-prestation sur l'acheteur, de la même manière que si les deux parties s'étaient exécutées avant l'annulation.

On objectera sans doute à ce raisonnement que la théorie de la caducité par disparition de la cause n'est guère reçue avec faveur dans notre droit positif(2580). Il ne s'agit toutefois pas tant, à notre sens, de consacrer une telle théorie que d'étendre le champ d'application de la théorie des risques, qui repose elle-même sur l'idée de cause, ou du moins sur celle d'interdépendance des obligations dans un rapport synallagmatique(2581). Il s'agit, en d'autres termes, de reconnaître une telle interdépendance, non seulement entre deux obligations de restitution, mais également entre l'obligation de restitution du prix et l'obligation « virtuelle » de restitution de la chose, qui n'a pu venir à existence à défaut pour la chose d'avoir été livrée.

B. Abordons maintenant le cas inverse où *seul le vendeur s'est exécuté*. Pour faire peser les risques de la contre-prestation sur l'acheteur, conformément à la règle *res perit debitori*, il faudrait admettre que l'acheteur demeure tenu de payer le prix au vendeur, nonobstant la perte de la chose. En effet, si l'acheteur s'était exécuté avant l'annulation du contrat, le prix se trouverait maintenant entre les mains du vendeur et celui-ci se trouverait libéré, du fait de la perte fortuite de la chose, de l'obligation de le restituer.

Afin d'atteindre le même résultat concret dans le cas où seul le vendeur s'est exécuté, il faudrait donc contraindre l'acheteur à payer le prix au vendeur. Or, objectera-t-on, une telle obligation ne possède plus aucun fondement juridique du fait de l'annulation du contrat. Mais est-ce tellement certain ? Ne pourrait-on admettre en effet que, afin de donner son plein effet à la règle *res perit debitori*, qui paraît la plus conforme aux principes applicables(2582), il soit fait exception à l'effet rétroactif de l'annulation de manière à permettre au vendeur

(2579) Voy. dans le même sens, dans un autre contexte, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 34 : « Il est des cas où, en apparence, il n'y a pas de réciprocité, car une seule des prestations avait été exécutée et, par conséquent, une seule donne lieu à restitution. Mais, en réalité, le caractère synallagmatique continue à s'imprimer sur les restitutions ».

(2580) Voy. à ce propos *infra*, n° 332, II.

(2581) Voy. à ce propos *infra*, n°s 372 et s.

(2582) Voy. *supra*, n° 267.

de puiser dans le contrat le droit de contraindre l'acheteur à lui payer le prix ? (2583)

La solution, certes audacieuse, se verra sans doute objecter qu'elle menace de rompre le lien synallagmatique, en traitant différemment l'obligation du vendeur (soumise à l'annulation rétroactive, et donnant dès lors lieu à une obligation de restitution, cependant éteinte par cas fortuit) et celle de l'acheteur (soustraite au domaine de l'effet rétroactif, et dès lors encore susceptible d'exécution). Il s'agirait, en quelque sorte, de consacrer une *nullité partielle* du contrat, mais d'un genre particulier, puisqu'elle ne frapperait plus certaines clauses ou certains groupes d'obligations synallagmatiques à l'exclusion des autres, mais bien certaines obligations à l'exclusion de leur contrepartie (2584).

En réalité, cette rupture du lien synallagmatique vise précisément à corriger l'asymétrie arbitraire qui s'est produite dans l'exécution du contrat et qui apparaît comme dénuée de pertinence au regard des objectifs de la nullité, à savoir la restauration de la légalité tout en assurant le respect de la sécurité juridique. Or, à la lumière de ce dernier objectif, on n'aperçoit pas pour quels motifs l'acheteur devrait pouvoir échapper aux risques de la contre-prestation au seul motif que le vendeur a été le premier à s'exécuter, alors que, par hypothèse, cette exécution était contraire à la loi et ne devrait dès lors pas influencer sur l'allocation des risques consécutifs à l'annulation.

Enfin, pour ceux qui répugneraient à s'engager dans la voie d'un tel raisonnement, le maintien de l'obligation de l'acheteur de payer le prix pourrait le cas échéant être justifié par l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause. En effet, même si nous avons écarté en principe cette théorie comme fondement des restitutions (2585), elle conserve néanmoins une utilité marginale pour corriger, comme en l'espèce, des déséquilibres tout à fait exceptionnels (2586).

(2583) En **droit allemand**, cette solution est justifiée pour une fraction importante de la doctrine par l'idée que, en concluant le contrat, l'acheteur a accepté, au moins de manière factuelle, l'idée que la chose remplace dans son patrimoine le prix, de sorte qu'il doit supporter les risques de perte de cette chose. Il ne serait fait exception à cette règle que lorsque la décision de prise en charge des risques ne pourrait être imputée à l'acheteur, c'est-à-dire dans les cas où le contrat est annulé en raison de l'incapacité de l'acheteur, d'un dol ou d'une erreur dont il est victime. Voy. M. SCHWAB, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 818, n^{os} 238 et s. (qui critique néanmoins cette conception au n^o 240). Comp. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 131, p. 92, pour qui les risques doivent effectivement peser sur la tête de l'acheteur, mais où ce résultat est atteint en lui faisant payer au vendeur une indemnité égale à la valeur de la chose (plutôt qu'à son prix).

(2584) Comp. avec le régime de la nullité partielle envisagée *infra*, n^{os} 307 et s.

(2585) Voy. *supra*, n^o 245.

(2586) C'est ainsi, par exemple, qu'il est très généralement admis que la théorie des impenses, qui constitue une application de la théorie de l'enrichissement sans cause, peut

270. Suite – Retard conventionnel du transfert des risques.

Il faut encore envisager le cas où, *en vertu d'une clause du contrat annulé, les risques sont demeurés, au moins temporairement, sur la tête du créancier de la restitution* (tel que le vendeur) (2587). Il se peut alors que la perte de la chose par cas fortuit se produise à un moment où les risques pesaient encore sur la tête de celui-ci. Comment, dans ce cas, la théorie des risques doit-elle être appliquée ?

L'idée maîtresse est à cet égard que la question de la charge des risques doit être soustraite au domaine de l'effet rétroactif de la nullité au motif qu'il est pratiquement impossible de reconstituer ce qui se serait véritablement passé si le contrat n'avait pas été conclu (2588). Mieux vaut dès lors partir du principe que la partie sur qui, en vertu du contrat, pesait la charge des risques demeure la mieux placée pour supporter celle-ci en cas d'annulation du contrat.

Par conséquent, lorsque les risques pesaient encore sur le créancier de la restitution au moment où le cas fortuit est survenu, l'annulation du contrat ne devrait pas permettre au créancier d'échapper à la charge des risques. On appliquera donc la règle *res perit creditori*, de sorte que le créancier de la chose devra en restituer le prix sans rien recevoir en contrepartie.

271. Suite – Perte de la chose après l'annulation du contrat.

Nous avons raisonné jusqu'ici en partant de l'hypothèse d'une perte par cas fortuit survenue avant l'annulation du contrat. Que se passe-t-il si cette perte se produit *après* l'annulation du contrat ?

Nous avons vu, à cet égard, que les restitutions ne peuvent être ordonnées d'office, mais qu'elles doivent avoir fait l'objet d'une demande des parties (2589). Or, on sait également que toute demande en justice équivaut à une mise en demeure (2590). Certes, l'obligation de restitution n'existe pas encore avant le jugement d'annulation, s'agissant d'une obligation nouvelle engendrée par celui-ci (2591). Par conséquent, comme toute mise en demeure *ad futurum* (2592),

trouver application aux restitutions consécutives à la nullité d'un contrat, et ce, même par les auteurs qui font reposer ces restitutions sur un autre fondement (voy. *infra*, n° 276).

(2587) On sait que, selon la doctrine majoritaire, tel est notamment le cas dans l'hypothèse d'une clause de réserve de propriété, du moins jusqu'au complet paiement du prix. Voy. *supra*, n° 265, I.

(2588) Voy. *supra*, n° 267.

(2589) Voy. *supra*, n° 252.

(2590) Voy. *infra*, n° 445.

(2591) Voy. l'arrêt du 23 novembre 1956 analysé *supra*, n° 247.

(2592) Voy. à ce propos P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 446, pp. 428 et s.

celle portant sur la restitution de ce qui a été presté en exécution du contrat ne pourra produire ses effets qu'à dater de l'exigibilité de la dette, soit à dater du jugement d'annulation (2593).

À cet égard, nous verrons que la mise en demeure a pour effet de renverser la charge des risques, non pas – comme on l'enseigne souvent – de la contre-prestation, mais bien de la prestation (2594). Par conséquent, il nous semble qu'à dater de l'annulation, aucune des parties ne pourra plus se prévaloir de la perte par cas fortuit de la chose qu'elle est tenue de restituer ; elle sera, dans une telle hypothèse, tenue de la restituer par équivalent comme si la perte lui était imputable (2595) – ce qui est effectivement le cas puisqu'elle est censée procéder à la restitution dès le prononcé du jugement ordonnant celle-ci et ne peut dès lors se prévaloir de la perte survenue alors qu'elle tardait à exécuter son obligation. Il ne sera fait exception à ce principe que si soit la chose aurait de toute façon péri même entre les mains du créancier de la restitution (2596), soit le débiteur de la chose s'était légitimement prévalu de l'exception d'inexécution (2597). Dans l'un et l'autre cas, le débiteur de la chose sera libéré de son obligation de restitution et son cocontractant sera réciproquement libéré de son obligation de restitution du prix de la chose, par application de la règle *res perit debitori* (2598).

272. Perte partielle de la chose par cas fortuit. En cas de perte partielle de la chose à restituer par cas fortuit, le débiteur de la chose ne sera en règle tenu de restituer celle-ci que dans l'état où elle se trouve entre ses mains. Quel sera l'effet de cette perte partielle sur l'obligation de restitution de son cocontractant ? La règle *res perit debitori*, applicable en cas de perte totale (2599),

(2593) Voy. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 344, p. 220.

(2594) Nous étudierons cette question en détail dans le domaine de la résolution. Voy. *infra*, n° 445.

(2595) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 344, p. 220 et *infra*, n° 273. En **droit allemand**, cette solution s'applique dès le moment où l'acheteur introduit l'action en restitution du prix, conformément au § 818, alinéa 4, qui écarte l'application de l'alinéa 3 de la même disposition : voy. M. SCHWAB, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 818, n° 216.

(2596) Art. 1302, alinéa 2, du Code civil.

(2597) Sur cette possibilité, voy. *supra*, n° 243.

(2598) Sur l'applicabilité de ce principe, voy. *supra*, n° 267. *Contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 345, pp. 220 et s., au motif que l'annulation romprait le lien synallagmatique entre les obligations (mais comp. *supra*, n° 243).

(2599) Voy. *supra*, n° 267. Si l'on devait au contraire appliquer la règle *res perit domino*, il en résulterait que la créancier de la chose – sur qui pèsent dans cette hypothèse les risques – devrait restituer la totalité du prix sans pouvoir se prévaloir de la perte partielle survenue.

doit logiquement trouver également à s'appliquer dans cette hypothèse.

À cet égard, l'article 1722 du Code civil prévoit que si la chose louée « n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail » (2600). Généralisant ce principe, la doctrine en a déduit que, lorsqu'une chose aux risques du débiteur périt partiellement par cas fortuit, il convient de vérifier si, dans l'intention des parties et d'après l'économie de la convention, l'obligation ayant cette chose pour objet présente un caractère indivisible ou si, au contraire, elle peut subsister nonobstant la perte partielle intervenue (2601). Dans le premier cas, la perte partielle sera assimilée à la perte totale et entraînera corrélativement l'extinction des obligations du créancier de la restitution. À l'inverse, dans le second, l'obligation sera maintenue sur la chose dans l'état où elle se trouve, moyennant une réduction proportionnelle des obligations corrélatives de l'autre partie.

Ainsi, par exemple, si 30% du champ loué au preneur est inondé, mais que l'exploitation agricole du reste de la parcelle demeure possible, le contrat de bail se poursuivra, mais le preneur pourra bénéficier d'un abattement de 30% sur le loyer.

Les mêmes principes doivent s'appliquer à la perte partielle de la chose à restituer ensuite de l'annulation d'un contrat (2602). Si la perte partielle fait perdre à la chose toute utilité pour le créancier de la restitution, celui-ci sera libéré de son obligation de restituer le prix, et la chose partiellement détruite pourra rester entre les mains du débiteur de la restitution. Si, en revanche, une restitution partielle est envisageable, le prix dû par le créancier de la restitution sera réduit proportionnellement à la perte de valeur subie par la chose.

(2600) Voy. également l'article 1796 et, par analogie, l'article 1601.

(2601) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, 3^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, n^o 358, p. 190 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 342, p. 265 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, n^o 47, p. 277 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXV, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n^o 402 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 898, p. 476 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n^o 576, p. 507.

(2602) Voy. en ce sens M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 246.

La transposition à la matière des nullités des règles élaborées à propos de la dissolution des contrats par force majeure pourrait à première vue sembler problématique dès lors que le choix entre l'extinction de l'obligation de restituer le prix de la chose et sa réduction proportionnelle se fait en principe sur la base de l'intention des parties au contrat. Or, celui-ci étant par hypothèse frappé de nullité, on pourrait *a priori* penser que l'intention exprimée par les parties ne peut par la même occasion se voir reconnaître le moindre effet.

Pareille conclusion nous paraît cependant procéder d'une appréhension trop radicale de l'effet rétroactif de la nullité (2603). Il est constant, en effet, que le caractère synallagmatique du contrat, pur produit de la volonté des parties, prolonge néanmoins ses effets jusque dans les obligations de restitution consécutives à son annulation (2604). Du reste, nous verrons que la volonté des parties est également consultée pour apprécier si la nullité doit être partielle ou totale (2605) ; il n'en va autrement que lorsqu'une telle démarche irait à l'encontre du but de la loi violée (2606). De la même manière, il nous semble que la nullité n'affecte pas, en règle, la volonté des parties sur la question de savoir si l'obligation de restitution, miroir de l'obligation de délivrance contractuelle, est ou non divisible pour les besoins de la théorie des risques.

273. Perte de la chose par le fait du débiteur. I. Supposons maintenant que la chose ait été perdue par le fait (2607) du débiteur de la restitution, de sorte que celui-ci ne puisse se prévaloir d'un cas de force majeure. On inclut dans cette hypothèse le cas de la perte juridique de la chose, à savoir en particulier son aliénation par le débiteur. Dans ces différents cas, le débiteur, incapable de restituer en nature en raison de la garantie d'éviction dont il est tenu pour avoir revendu la chose (2608), devra la *restituer par*

(2603) En faveur d'une approche nuancée de celui-ci, voy. *supra*, n° 241, III.

(2604) Voy. *supra*, n° 243.

(2605) Voy. *infra*, n° 310.

(2606) Voy. *infra*, n° 311.

(2607) Lequel ne doit pas nécessairement être fautif (T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 34).

(2608) Sauf s'il parvient à provoquer la nullité de cette seconde vente : voy. *infra*, n° 295, III. Comp. les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER précédant Cass., 24 janvier 2011, A.C., 2011, n° 64, point 1.1, p. 286, où elle considère que le fait que l'acheteur sous condition résolutoire ait réaliéné la chose *pendente condicione* ne fait pas obstacle à sa restitution en nature par ce même acheteur conditionnel en cas de réalisation de la condition. Cette opinion est cependant liée à l'idée que la seconde vente serait automatiquement caduque du fait de la résolution de la première. Pour une critique de ce raisonnement, voy. *supra*, n° 201.

équivalent à son propre créancier (2609) en lui versant une somme égale à sa valeur de marché (2610).

Lorsque la perte résulte d'une aliénation de la chose, il arrive que le créancier de la restitution bénéficie d'une action en revendication contre le sous-acquéreur (2611). S'il emprunte cette voie, qui n'est pour lui qu'une faculté (2612), se pose alors la question du sort de l'obligation de restitution. En équité, il semble évident que la revendication ne peut être cumulée avec la restitution par équivalent (2613). Pour justifier d'un point de vue technique ce résultat, on peut à notre sens considérer que la remise de la chose, fût-ce par un tiers, a pour effet de libérer le débiteur de son obligation de restitution (2614). Cela étant, le sous-acquéreur pourra de son côté obtenir de ce débiteur une indemnité égale à la valeur de la chose sur la base de la garantie d'éviction (2615).

Si la perte n'est que partielle, alors le primat de la restitution en nature (2616) impose au débiteur de rendre la chose dans l'état où elle se trouve, tout en lui versant une indemnité complémentaire destinée à compenser la dégradation survenue par son fait. De la sorte, l'*usure* du bien (c'est-à-dire sa dégradation résultant de son usage) est supportée par le débiteur de la restitution (2617), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre usure normale et anormale (2618). En revanche, nous verrons que la diminution de valeur due à une circonstance étrangère au débiteur de la restitu-

(2609) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 818, p. 789 ; P. HARMEL, o.c., *Rép. not.*, tome VII, L. I^{er}, n° 514, p. 342 (qui se fonde sur la théorie de l'enrichissement sans cause) ; S. NUDELHOLE, o.c., *R.C.J.B.*, 1988, n° 11, p. 231 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 286 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La nullité des contrats*, n° 7, p. 243. Pour le cas où le débiteur serait incapable de restituer en nature la chose pour l'avoir incorporée à son fonds, l'indemnité due peut se fonder sur l'article 554 du Code civil.

(2610) Pour plus de détails sur cette notion, voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 193, pp. 131 et s.

(2611) Voy. *infra*, n°s 294 et s.

(2612) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 139.

(2613) T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 49.

(2614) Arg. art. 1236, alinéa 2, du Code civil.

(2615) Voy. *infra*, n° 295, III.

(2616) Voy. *supra*, n° 255.

(2617) Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 106 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 265 (en cas d'usure anormale, mais retenant la solution inverse en cas d'usure normale) ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 213, p. 230 ; S. NUDELHOLE, o.c., *R.C.J.B.*, 1988, n° 14, p. 233, note n° 64 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, o.c., n° 83, pp. 12 et s. ; T. STAROSSELETS, o.c., *La nullité des contrats*, n° 18, p. 258.

(2618) T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 26.

tion (telles que l'obsolescence ou la vétusté) doit être supportée par le créancier de la restitution sans pouvoir réclamer d'indemnisation de ce chef (2619).

II. Des discussions existent quant au *moment de l'évaluation* effectuée en vue de procéder à la restitution par équivalent. On pourrait à cet égard envisager de tenir compte de la valeur de la chose, notamment (2620), au jour de la conclusion du contrat (2621) ou, au contraire, du jugement d'annulation (2622).

En réalité, la solution la plus exacte nous paraît être le système intermédiaire dit de la *dette de valeur*, qui consiste à évaluer la chose à restituer au jour du jugement, mais dans l'état qui était le sien au jour de sa remise en exécution du contrat (2623), sans préjudice de l'application de la théorie des impenses (2624).

Seul ce système permet de garantir que la restitution par équivalent aboutisse à un résultat identique à celui de la restitution en nature (2625). En effet, en tenant compte de l'état de la chose au jour de sa remise au débiteur de la restitution, on fait en sorte que les dégradations causées par celui-ci jusqu'au jour du jugement

(2619) Voy. *infra*, n° 275.

(2620) Pour un aperçu des possibilités, voy. T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 39.

(2621) Cass. fr., 14 juin 2005, *Bull.*, 2005, IV, n° 130 ; Cass. fr., 19 janvier 1993, *Bull.*, 1993, IV, n° 20 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 362, p. 299 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 332, p. 326.

(2622) Certains auteurs ont reproché à ce système de faire fi de la rétroactivité de l'annulation (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 332, p. 326).

(2623) Voy. l'article 1163-6 du **Projet Catala** ; A. BÉNABENT, « La révision du passé entre les parties », *Rev. contrats*, 2008, pp. 15 et s., n° 14, p. 19 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 796, p. 456 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 14, p. 232 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 29, p. 270 ; adde P. HARMEL, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VII, L. I^{er}, n° 514, p. 343. La solution serait la même si les restitutions étaient fondées sur la théorie de l'enrichissement sans cause (voy. en ce sens Cass., 27 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 493, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES ; sur le fondement des restitutions, voy. *supra*, nos 244 et s.).

(2624) Voy. *infra*, n° 276.

(2625) Comp. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 191, p. 130, qui relève que si la restitution par équivalent se fait sur la base de la valeur de la chose au jour de la conclusion du contrat, elle n'aboutit pas au même résultat que la restitution en nature. Nous partageons ce constat, mais en déduisons que la restitution par équivalent doit se faire sur la base de la valeur de la chose au jour du jugement, afin de l'aligner sur la restitution en nature, là où J. BAECK estime quant à elle que la restitution en nature devrait être complétée par une indemnité destinée à l'aligner sur une restitution par équivalent évaluée au jour de la conclusion du contrat (voy. à ce propos *infra*, n° 275).

(telle que l'usure) restent à sa charge (2626). Par ailleurs, en appréciant la valeur au jour du jugement, on fait peser sur le créancier de la restitution la charge des dépréciations étrangères au fait du débiteur (telle que l'obsolescence) (2627). L'indemnité versée constitue donc le parfait équivalent de la restitution en nature.

Pour être tout à fait précis, quand on parle de l'état de la chose au jour de sa remise au débiteur de la restitution, on veut dire par là qu'il faut envisager l'état de la chose au jour du jugement d'annulation et faire ensuite abstraction des dégradations qu'elle a subies par le fait de ce débiteur ; on tient en revanche compte des pertes de valeur résultant de circonstances qui lui sont étrangères. La précision est importante parce que, comme le fait finement observer T. Starosselets (2628), la vétusté (c'est-à-dire la dégradation de la chose résultant du simple passage du temps indépendamment de toute intervention du débiteur, ce qui la distingue de l'usure) doit, tout comme l'obsolescence (c'est-à-dire la perte de valeur résultant de l'avancement des techniques), être supportée par le débiteur de la restitution, étant toutes deux étrangères à son fait ; or, tel ne serait pas le cas si l'on s'en tenait strictement à l'état de la chose au jour de sa remise au débiteur, parce que la vétusté, à la différence de l'obsolescence, implique une atteinte à l'état de la chose.

III. On précisera enfin que, dans toutes ces hypothèses de perte totale ou partielle de la chose par le fait du débiteur, les différentes modalités selon lesquelles celui-ci est amené à restituer la chose (en nature ou par équivalent) demeurent sans incidence sur l'*obligation corrélative de restitution* pesant sur son cocontractant, qui reste entière.

En effet, il n'existe pas dans le Code civil de disposition analogue à l'article 1184 qui s'appliquerait au rapport de restitutions consécutif à l'annulation du contrat (2629). Dès lors, en cas de perte de la chose à restituer par le fait du débiteur, le créancier n'a pas la possibilité de demander la « résolution » de ce rapport de restitutions pour obtenir la libération de sa propre obligation de restitution ; il ne peut qu'exécuter cette dernière tout en sollicitant l'exécution forcée, par équivalent, de l'obligation du débiteur. La solution se distingue donc de

(2626) Voy. Cass. fr., 29 février 1972, *Bull.*, 1972, IV, n° 77 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 227, p. 176.

(2627) Voy. à ce propos *infra*, n° 275.

(2628) T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 40.

(2629) C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 843, p. 482 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 5.

l'hypothèse de la perte fortuite de la chose qui entraîne la libération des deux parties (2630).

Telle est du moins la solution généralement admise en droit positif. Il n'est toutefois pas exclu que cette conception soit appelée à évoluer sous l'influence de la théorie de la caducité du contrat par disparition de l'objet. Nous verrons en effet que, dans son arrêt du 28 novembre 1980, la Cour de cassation a admis que la perte de l'objet de l'obligation causée par la faute du *débiteur* entraînait l'extinction, non seulement de son obligation, mais également, par voie de conséquence, de tout le contrat (2631). Si l'on devait transposer cette théorie au rapport synallagmatique des restitutions consécutives à la nullité (2632), il faudrait alors considérer que la perte de la chose à restituer par le fait du débiteur de la restitution entraîne la libération tant de celui-ci que du créancier de la restitution, étant entendu que ce dernier pourrait encore obtenir des dommages-intérêts pour couvrir le dommage qui subsisterait à la suite de cette double libération (en particulier, si la chose à restituer avait une valeur supérieure à son prix).

274. Suite – Cas particulier de la perte de la chose par le fait du demandeur en nullité. Parmi les cas de perte de la chose par le fait du débiteur de la restitution, on s'est également interrogé sur le point de savoir si cette circonstance faisait obstacle à ce que ce débiteur introduise lui-même l'action en nullité. La question se pose en particulier dans l'hypothèse où l'acheteur a revendu la chose à un sous-acquéreur. Peut-il ensuite agir en annulation de la vente initiale, alors qu'en raison de la garantie d'éviction, il ne pourra, en règle, pas reprendre la chose entre les mains du sous-acquéreur pour la restituer au vendeur ? (2633)

Après quelques hésitations (2634), on répond aujourd'hui par l'affirmative à cette question (2635). En effet, le principe de la nullité ne doit pas être confondu avec les modalités de la restitution, de sorte

(2630) Voy. *supra*, n° 267.

(2631) Voy. *infra*, n° 328. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une caducité du bail à la suite de la perte fautive des lieux loués résultant d'un défaut d'entretien par le bailleur.

(2632) Ce qui ne paraît pas tout à fait exclu, dès lors qu'on lui applique déjà, comme au contrat annulé, les règles de l'exception d'inexécution (voy. *supra*, n° 243) et de la théorie des risques (voy. *supra*, n° 267).

(2633) Voy. sur ce point *infra*, n° 295, III.

(2634) Rejettent ainsi l'action en nullité au motif que le demandeur ne pourrait plus restituer la chose : Cass. fr., 17 décembre 1928, *D.H.*, 1929, p. 52 et, plus récemment, Liège, 24 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1741, somm. ; voy. aussi Cass. fr., 27 avril 1971, *Bull.*, 1971, IV, n° 108.

(2635) Cass. fr., 11 juin 2002, *Bull.*, 2002, I, n° 163 ; P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 12, p. 43 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 181, p. 198.

que l'impossibilité de restituer en nature demeure sans incidence sur le droit d'agir en nullité (2636). Certes, on soutient parfois que le jeu des restitutions risque d'être paralysé parce que le créancier de la chose (c'est-à-dire le vendeur initial), en se prévalant de l'absence de restitution de celle-ci, pourrait opposer l'exception d'inexécution pour refuser de procéder aux restitutions auxquelles il est lui-même tenu (2637). Rien n'empêche cependant le débiteur de la chose (c'est-à-dire l'acquéreur principal) de restituer celle-ci par équivalent, ce qui contraindra alors l'autre partie à s'exécuter (2638).

Il faut toutefois réserver le cas où le fait du débiteur qui a causé la perte de la chose – tel que la revente de celle-ci – pourrait s'interpréter comme une confirmation de la nullité. En ce cas, l'action en nullité ne pourrait naturellement plus être introduite par celui-ci. Ceci suppose toutefois que le débiteur ait eu connaissance de la cause de nullité lors de ce fait et que la nullité soit susceptible de confirmation (2639).

275. Simple diminution de valeur de la chose pour cause étrangère. La perte partielle de la chose ne doit pas être confondue avec sa diminution de valeur, résultant par exemple de l'évolution du cours des marchés, de l'obsolescence ou de la vétusté (2640). Ces hypothèses se distinguent de la perte partielle dans la mesure

(2636) Voy. J. MESTRE, « Conséquences de l'annulation », *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, pp. 284 et s. ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 25, pp. 265 et s.

(2637) Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 105 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 820, p. 792 ; S. NUDELHOLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 11, p. 231.

(2638) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 651, note n° 1 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 25, pp. 265 et s.

(2639) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1981, pp. 340 et s. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *o.c.*, p. 165. Sur les conditions de la confirmation, voy. *supra*, n° 86.

(2640) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 817, pp. 467 et s. ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 17, pp. 257 et s. ; comp. déjà *supra*, n° 191. En revanche, l'usure implique une atteinte par le fait du débiteur : voy. *supra*, n° 273. — On notera que certains auteurs assimilent à notre sens à tort vétusté et usure (S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 213, p. 230), alors que la première, due à une cause étrangère, nous paraît plutôt devoir être rapprochée de l'obsolescence. Par ailleurs, dans la rigueur des principes, il est vrai que la vétusté implique une certaine atteinte matérielle de la chose, et pourrait dès lors théoriquement être envisagée comme une forme de perte partielle due à un cas fortuit (voy. à ce propos *supra*, n° 272). Ce système, qui n'est à notre connaissance défendu par personne, nous paraît cependant engendrer une complexité excessive, d'autant qu'il est en pratique fort difficile de distinguer la diminution de valeur résultant de la vétusté de celle causée par l'obsolescence. Aussi, pour des motifs de simplification des comptes qu'il n'est au demeurant pas illégitime de prendre en considération (voy. *supra*, n° 241, III), ces deux notions nous paraissent-elles pouvoir être assimilées (voy. d'ailleurs, se ravisant, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 252, p. 268).

où cette dernière suppose une atteinte, matérielle ou juridique, à la chose elle-même. Au contraire, en cas de simple diminution de valeur, la chose elle-même n'est pas atteinte, seul le prix que le marché est prêt à payer pour l'acquérir a diminué (2641). En ce cas, puisque la chose est demeurée matériellement et juridiquement identique à ce qu'elle était lors de la conclusion du contrat, sa restitution en nature est encore possible et la dépréciation de valeur sera dès lors subie par le créancier de la restitution (2642).

Cette solution a récemment été contestée dans sa thèse de doctorat par Joke Baeck (2643). Celle-ci prend pour point de départ le cas où V vend un immeuble d'une valeur de 100 à A pour un prix identique. Deux ans plus tard, après l'annulation de la vente et au moment des restitutions, la valeur de marché de l'immeuble n'est plus que de 90. Dès lors, en restituant cet immeuble d'une valeur amoindrie tout en récupérant le prix de 100, A s'enrichirait injustement aux dépens de V à concurrence de 10. Inversement, si la valeur de l'immeuble avait augmenté en deux ans du fait des conditions de marché jusque 120, V s'enrichirait injustement à concurrence de 20 en recevant cet immeuble, n'étant tenu que de restituer un prix invariable de 100. Il conviendrait dès lors de condamner la partie qui s'enrichit ainsi injustement à verser à l'autre une indemnité destinée à rendre l'opération neutre sur le plan patrimonial.

Nous avouons ne pas être convaincu par cette analyse. Celle-ci s'expose en effet à des objections de deux ordres.

I. *D'un point de vue technique*, elle nous paraît en effet méconnaître la distinction, cardinale en droit positif, entre dettes de somme et dettes de valeur (2644). On sait, à cet égard, que seules les obligations ayant dès le départ pour objet le paiement d'une somme d'argent demeurent invariables malgré le passage du temps (principe du nominalisme monétaire). Les obligations portant sur une chose,

(2641) Une autre différence réside dans le fait que la moins-value économique dont il est ici question ne présente pas toujours les caractéristiques traditionnelles de la force majeure, et notamment son imprévisibilité (M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 127).

(2642) Voy. M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 241 et 254 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 17, pp. 257 et s.

(2643) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 76, pp. 47 et s., n°s 118 et s., pp. 82 et s., et surtout n°s 188 et s., pp. 128 et s., spéc. n° 204, p. 139.

(2644) Voy. d'ailleurs *ibid.*, n°s 126 et s., pp. 86 et s., où l'auteur envisage de remettre en cause les règles applicables à ces deux types de dettes pour aboutir au résultat qu'elle préconise. Sur ces règles, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations, o.c.*, n° 1442, pp. 2087 et s., ainsi que le **Projet Catala**, art. 1147 et 1148.

au contraire, voient leur valeur en permanence fluctuer jusqu'à leur exécution ou leur liquidation par un juge.

En l'occurrence, l'analyse développée par Joke Baeck implique de convertir fictivement l'immeuble en une somme d'argent au moment de la vente. En effet, dans son raisonnement, V ne se serait pas appauvri d'un immeuble, mais de 100 lors de la conclusion du contrat ; ne recevant qu'un immeuble évalué cette fois à 90 au moment des restitutions, il subirait donc une perte durable de 10 qu'il conviendrait de compenser. Toutefois, il nous paraît inexact de figer la valeur de l'appauvrissement de V au moment de la conclusion du contrat. En d'autres termes, à cet instant, V ne s'est pas appauvri de 100, mais d'un immeuble d'une valeur intrinsèquement variable qu'il ne convient pas d'évaluer avant l'heure des restitutions. L'obligation de restitution est en effet une dette de valeur, ayant pour objet une chose, et il ne se justifie pas de fixer son *quantum* sur la base de la valeur de l'immeuble au jour de la conclusion du contrat.

II. *D'un point de vue plus théorique*, la notion d'enrichissement maniée par cet auteur nous paraît correspondre à ce que nous avons analysé comme étant une approche conceptuelle de la rétroactivité (2645). En effet, tout son raisonnement vise à replacer de manière mécanique les parties dans la situation d'équilibre qui existait avant la conclusion du contrat. C'est pour ce motif, en effet, qu'elle évalue l'immeuble à cette date et qu'elle considère que des indemnités doivent le cas échéant être versées en complément des restitutions pour atteindre cette exacte valeur. Néanmoins, en raisonnant ainsi, cet auteur nous paraît négliger le fait que si le contrat n'avait pas été conclu, de nombreux événements auraient pu se produire au cours de la période intermédiaire qui auraient influencé la valeur du patrimoine des parties.

Reprenons ainsi le premier exemple donné. Au jour du contrat, V possède dans son patrimoine un immeuble d'une valeur de 100. Il le vend pour un prix de 100 à A et, lorsque deux ans plus tard la vente est annulée, l'immeuble ne vaut plus que 90. Selon Joke Baeck, afin que l'opération s'avère neutre pour les parties, il faudrait que A, outre la restitution de l'immeuble, verse à V une indemnité de 10 afin de reconstituer dans le patrimoine de ce dernier une valeur de 100 qui

(2645) J. Baeck considère certes que la nullité et la résolution pour inexécution n'ont pas d'effet rétroactif au sens technique du terme (voy. à ce propos *infra*, n^{os} 537 et s.). Néanmoins, dans la mesure où le principe de non-enrichissement qu'elle défend vise en définitive à replacer les parties dans la même situation patrimoniale que si le contrat n'avait pas été conclu, il s'agit bien à notre sens d'une forme de rétroactivité au sens large. Sur cette notion, voy. *supra*, n^o 58 ; sur la différence entre approches conceptuelles et fonctionnelles de la rétroactivité, voy. *supra*, n^{os} 5 et s.

existait au jour de la conclusion du contrat. Pourquoi, cependant, faudrait-il considérer que cette valeur de 100 se serait maintenue envers et contre tout au cours des deux ans écoulés ? Certes, si V n'avait pas contracté avec A, il aurait peut-être vendu l'immeuble le même jour à B également à un prix de 100. Mais il se peut également que l'immeuble soit resté dans son patrimoine au cours des deux ans et que celui-ci ne s'élève plus à terme qu'à 90. Ou encore, qu'il ait revendu l'immeuble à C après un an pour un prix de 95. En d'autres termes, en tentant à tout prix de rétablir l'équilibre ayant existé au jour de la conclusion du contrat, la théorie analysée nous paraît négliger les différentes manières dont le propriétaire de la chose aurait pu disposer de celle-ci si le contrat n'avait pas été conclu, avec pour conséquence que tous les risques de diminution de valeur pèsent automatiquement – mais sans justification particulière – sur le débiteur de la restitution (2646).

Certes, il apparaît pratiquement impossible de reconstituer les événements qui se seraient produits au cours de la période intermédiaire. Mais c'est pourquoi, tout comme en matière de charge des risques (2647), nous sommes d'avis de renoncer à cet exercice périlleux en écartant, sur ce point, l'effet rétroactif de l'annulation (ou, ce qui revient au même, en donnant une portée limitée au principe de non-enrichissement). Il nous paraît en effet préférable de se placer, en principe, au jour des restitutions : la chose est alors restituée à son propriétaire initial, et l'augmentation ou la diminution de sa valeur survenue dans l'intervalle pour des motifs d'ordre économique fera profit ou perte pour celui-ci. Pour le reste, il sera toujours possible, au cas où une *culpa in contrahendo* pourrait être reprochée à l'une ou l'autre partie, de lui demander réparation du dommage causé par cette situation (2648). Les règles de la responsabilité civile présentent cependant l'avantage, par rapport à la notion de rétroactivité, de constituer sur ce point un instrument plus souple, puisque la théorie de la perte d'une chance permet de tenir compte du degré de probabilité de réalisation du dommage (par exemple, la probabilité que V ait revendu la chose au cours de la période intermédiaire et à quel prix). Une telle approche fonctionnelle, qui s'efforce de tenir compte des intérêts concrets des parties, nous paraît préférable à l'application d'un principe abstrait de non-enrichissement.

(2646) Inversement, la théorie analysée fait peser automatiquement les risques d'augmentation de valeur de la chose sur la tête du créancier de sa restitution, alors que si le contrat n'avait pas été conclu, il en aurait peut-être disposé plus tard et ainsi bénéficié de cette plus-value.

(2647) Voy. *supra*, n° 267, II, B, 1.

(2648) Voy. à ce propos *infra*, nos 335 et s.

276. Augmentation ou conservation de la valeur de la chose. De la même manière que la simple dépréciation de valeur par suite de l'évolution du cours du marché doit être supportée par le créancier de la restitution (2649), l'appréciation de valeur sans intervention du débiteur profitera également au créancier sans qu'il doive d'indemnité de ce chef (2650). Il s'agit en effet d'une simple conséquence du principe selon lequel la chose doit lui être restituée en nature (2651).

Néanmoins, lorsque l'augmentation ou, du moins, la conservation de valeur de la chose est due à l'intervention du débiteur de la restitution, la chose est restituée avec ses améliorations (2652) mais la *théorie des impenses* trouve alors en principe à s'appliquer. Le débiteur pourra donc réclamer le remboursement intégral de ses impenses nécessaires et celui des impenses utiles dans la mesure de la plus-value acquise par la chose (2653).

Ces principes, dans l'ensemble assez simples, sont compliqués par l'intervention de certaines dispositions du Code civil (2654).

(2649) Voy. *supra*, n° 275.

(2650) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 226 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 243, p. 258 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 16, p. 254. *Contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 204, p. 139, et pour une discussion de son opinion, *supra*, n° 275.

(2651) Sur ce principe, voy. *supra*, n° 255.

(2652) Voy. en ce sens Cass., 2 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 521, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1257, note P.L., *R.G.D.C.*, 2011, p. 157, note S. SURMONT, *R.W.*, 2009-2010, p. 617, note J. DEL CORRAL (même si la question soumise à la Cour concernait cependant plutôt l'étendue des fruits à restituer).

(2653) Voy. Cass. fr., 29 mars 1994, *Bull.*, 1994, IV, n° 137 ; J.-L. AUBERT, *o.c.*, *D.*, 2003, pp. 369 et s., sous note n° 15 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 828, p. 796 ; P. HARMEL, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VII, L. 1^{er}, n° 514, p. 343 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 222 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 245, p. 259 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 83, p. 12 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 15, p. 255 ; A. VAN OEVELEN, « *Nietigheid* », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 28, p. 21 ; l'article 1164-4 du **Projet Catala** ; l'article 96, alinéa 1^{er}, du **Projet de la Chancellerie** ; comp. l'article 175 de la proposition de **DCEV** et l'article 3.2.15, alinéa 4, des **Principes d'Unidroit 2010** ; comp. également, imposant au vendeur une indemnité versée pour la plus-value apportée à la chose par l'acheteur, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 815, p. 466.

(2654) Si l'on pourrait également songer à écarter l'application de la théorie résiduaire des impenses au profit des principes relatifs à l'accession mobilière, nous n'exposerons pas ceux-ci dans la mesure où ils paraissent relever largement du cas d'école. Plus importante en pratique est sans doute l'hypothèse d'une plus-value apportée par l'action du débiteur à une chose mobilière incorporelle, telle que l'augmentation de valeur d'un fonds de commerce par les efforts de son gérant. À cet égard, les règles de l'accession mobilière n'étant pas applicables, on a suggéré d'en revenir à la théorie de l'enrichissement sans cause (M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 235 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des*

I. Ainsi, parmi les impenses nécessaires figurent les dépenses de fructification, c'est-à-dire les frais exposés pour permettre à la chose de produire des fruits dont bénéficie le créancier de la restitution (article 548 du Code civil) (2655). Il s'agit, en d'autres termes, des dépenses d'exploitation (2656) qu'on peut encore appeler dépenses d'entretien (2657) ou *frais de jouissance de la chose*.

Ceux-ci répondent cependant à un régime dérogeant partiellement à la théorie des impenses. En effet, les frais de jouissance constituent une charge de la jouissance (2658). Ils doivent donc être supportés par la partie habilitée à jouir de la chose. Dès lors, le débiteur de la restitution autorisé par exception à conserver la jouissance de la chose pour une période déterminée (c'est-à-dire tant qu'il est de bonne foi (2659)) devra en contrepartie supporter définitivement les charges y afférentes.

À l'inverse, lorsqu'une indemnité est due par le débiteur de la restitution pour la jouissance de la chose dont il a bénéficié avant sa restitution, il pourra déduire de ces indemnités les frais qu'il a exposés pour bénéficier de cette jouissance.

II. On notera également qu'en matière immobilière, la théorie des impenses, dont l'application constitue le droit commun, pourra, exceptionnellement, être écartée par *l'article 555 du Code civil* (2660). La Cour de cassation a en effet décidé ce qui suit :

contrats, o.c., n° 247, p. 263). Toutefois, celle-ci ne se distingue guère dans ses résultats concrets d'une application de la théorie des impenses.

(2655) S. SURMONT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 160.

(2656) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 178.

(2657) A. BÉNABENT, « La révision du passé entre les parties », *Rev. contrats*, 2008, pp. 15 et s., n° 20, p. 21 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 239, p. 255 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 21.

(2658) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 15, p. 255 ; voy. également M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 225 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 239, p. 255.

(2659) Voy. *supra*, n° 259.

(2660) Pour rappel, celui-ci énonce :

« Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'oeuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression des dits ouvrages, plantations et constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la

« Attendu qu'en matière de revendication (2661), hors les cas où la loi règle spécialement la question des restitutions, celles-ci demeurent sous l'empire des principes généraux et des traditions, qui trouvent leur expression dans la théorie des impenses ; que, suivant cette théorie, le propriétaire doit au possesseur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, l'indemnisation des impenses nécessaires, c'est-à-dire celles qui ont été nécessaires pour la conservation de l'immeuble, et celle des impenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value existante au moment de la restitution [...] ;

Attendu que, sans doute, ces règles générales doivent fléchir devant les dispositions spéciales de la loi, lorsque celle-ci réglemente elle-même les restitutions que tel est le cas dans les hypothèses que prévoit l'article 555 du Code civil ;

Mais attendu que cette disposition, fondée sur la notion que la chose accessoire accroît la propriété de la chose principale, suppose une incorporation, dans celle-ci, d'une chose – construction, plantation ou ouvrage – dont l'existence comme telle se conçoit indépendamment de sa réunion à la chose principale ; qu'elle ne trouve pas à s'appliquer aux éléments d'ouvrages exécutés sur celle-ci et qui s'y trouvent désormais absorbés et confondus [...] ;

Attendu que la question de savoir si une construction, une plantation ou un ouvrage, exécuté sur le fonds du propriétaire, est à considérer comme une chose susceptible d'existence propre et indépendante, et, par suite, comme susceptible d'enlèvement sans destruction de la chose même dans laquelle elle a été incorporée, relève de l'appréciation en fait, et par conséquent souveraine, du juge » (2662).

La théorie des impenses ne pourra donc être écartée au profit de l'article 555 du Code civil que dans le cas, somme toute assez rare en pratique, d'une construction distincte et susceptible d'enlèvement, comme, par exemple, dans le cas de la construction d'un nouveau bâtiment, mais non de l'amélioration d'un bâtiment existant (2663).

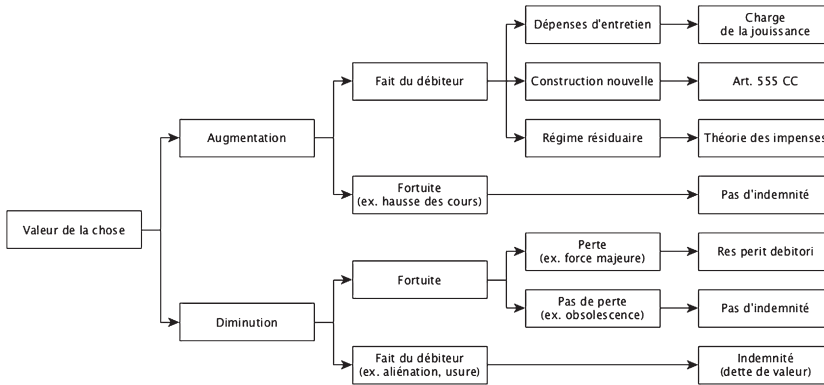
valeur des matériaux et du prix de la main-d'oeuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. »

(2661) Outre que les restitutions consécutives à l'annulation du contrat peuvent en principe résulter d'une action en revendication (voy. *supra*, n° 248), il nous semble que, même lorsque seule une action personnelle a été introduite, ces principes devraient trouver à s'appliquer par analogie (comp., à propos de l'article 549, *supra*, n° 257).

(2662) Cass., 23 décembre 1943, *Pas.*, 1944, I, p. 123.

(2663) Voy. Cass. fr., 5 juin 1973, *Bull.*, 1973, III, n° 405 ; Cass. fr., 18 juin 1970, *Bull.*, 1970, I, n° 213 ; J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, tome II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, n° 718, pp. 666 et s. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 229 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 246, p. 261 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 25 ; B. TILLEMANN, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 943, pp. 772 et s. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, o.c.*, n° 148,

277. Synthèse. Compte tenu de la complexité des principes en cause, il ne paraît pas inutile de synthétiser les règles que nous avons dégagées au moyen d'un schéma, qui vaudra également largement dans le domaine de la résolution pour inexécution.



5. – Refus des restitutions à la partie coupable

278. Principe. Dans le souci de rétablir la légalité, l'annulation oblige en principe chaque partie à restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat nul. On admet toutefois généralement qu'il soit fait exception à cette règle lorsque la cause de la nullité présente une gravité particulière impliquant un certain degré de culpabilité dans le chef des parties. En ce cas, les nécessités de la protection de l'ordre social pourraient justifier de refuser aux parties le droit de réclamer la restitution de ce qu'elles ont reçu, les choses étant alors laissées en l'état pour le passé (2664).

Ce principe trouve son origine dans le droit romain (2665), qui refusait ainsi la répétition toutes les fois qu'il existait une cause honteuse ou injuste (*turpis vel injusta causa*) tant dans le chef de l'auteur du paiement que de celui qui le reçoit. En revanche, lorsque seul ce

p. 230 ; voy. également A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 426, p. 182.

(2664) Il ne sera pas question ici des règles particulières prévues par des textes précis, en cas d'omission ou d'inexactitude intentionnelles dans le chef de l'assuré (art. 8 de la loi du 25 juin 1992) ou de jeux et paris (art. 1967 du Code civil) : voy. à ce propos *supra*, n° 255.

(2665) Voy., avec de multiples nuances, D., 12, 5, 1 *pr.* et s. et C., 4, 7, 1 et s. ; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, o.c., § 48, n° 17, p. 266.

dernier était mû par un mobile immoral, alors la répétition était admise. La même distinction se retrouve dans l'Ancien Droit (2666). La règle trouve par ailleurs son prolongement dans le § 817 du BGB (2667).

Cette règle n'a pas été consacrée par le Code civil, ce qui a conduit l'École de l'exégèse à en contester le maintien en droit positif (2668). De nos jours, et en dépit de l'absence de fondement textuel, on considère au contraire qu'elle constitue un principe consacré par la tradition que le Code n'aurait pas condamnée (2669). Ce principe est d'ordinaire exprimé par le recours aux adages *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nul ne peut invoquer sa propre turpitude) et *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (à égalité de turpitude, la restitution (2670) n'a pas lieu). La portée de ceux-ci doit cependant être bien comprise.

Il est en effet constant que l'adage *nemo auditur* n'a pas pour objet d'interdire à une partie, même coupable, de se prévaloir de la nullité de l'acte qu'elle a souscrit. La protection de l'ordre public impose en effet, en ouvrant largement les portes du prétoire, de multiplier les chances que l'acte illégal soit sanctionné,

(2666) Voy. J. DOMAT, Œuvres complètes, tome I^{er}, o.c., *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I^{er}, titre XVIII, sect. IV, n^o 5, p. 399 ; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^{os} 43 et s., pp. 108 et s.

(2667) « War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand ; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. » (Traduction libre : si le but d'une prestation est de telle nature que celui qui l'a reçue, en l'acceptant, a violé une interdiction légale ou les bonnes mœurs, il est alors tenu à restitution. La demande en restitution est exclue lorsqu'une telle violation est également imputable à celui qui a presté, à moins que la prestation n'ait consisté en la conclusion d'un engagement ; ce qui est presté en exécution d'un tel engagement ne peut être répété.)

(2668) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 316, p. 367, note n^o 2 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXXI, Paris, Imprimerie générale, 1882, n^o 435, pp. 369 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVI, o.c., n^o 164, qui s'exclame dans son style caractéristique : « C'est le prestige du droit romain qui fait illusion aux magistrats ; jadis on disait : C'est écrit, et ce qui était écrit dans les compilations de Justinien était la loi par excellence. Aujourd'hui cette loi est abolie, et bientôt ce ne sera plus que de l'histoire ».

(2669) Voy. not. P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 32 et s. ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n^{os} 1937 et s., pp. 580 et s.

(2670) Nous préférons le terme « restitution » à celui de « répétition », trop lié aux règles du paiement indu, lesquelles ne trouvent à notre sens pas à s'appliquer aux conséquences de l'annulation d'un contrat (voy. *supra*, n^o 246).

fût-ce à l'initiative de ceux qui se trouvent à l'origine de cette illégalité (2671).

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 2011 (2672). Dans cette affaire, les juges du fond avaient déclaré nulle, pour contrariété de son objet avec l'ordre public, une convention de courtage (*agentuurovereenkomst*) par laquelle les demanderesses en cassation avaient confié à la défenderesse la mission de trouver des investisseurs susceptibles de souscrire des bons de participation sans établir de prospectus ni respecter les autres obligations imposées par l'ancien arrêté royal n°185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs. Dans la quatrième branche de leur moyen unique, les demanderesses en cassation faisaient valoir que « [d]e nietigheid is een burgerlijke sanctie zodat het door de rechter slechts vermag aangewend te worden enkel jegens diegene die de dwingende wet geschonden heeft » et qu'un tel principe serait d'application aussi bien en ce qui concerne les lois d'ordre public que les règles impératives. Elles en déduisaient que la nullité ne pouvait être prononcée envers la demanderesse à la requête de la défenderesse, qui ne serait pas une partie protégée par la loi violée, mais uniquement à la requête des investisseurs. La Cour rejette toutefois le grief en considérant que « [l]e moyen qui, en cette branche, suppose que la sanction de la nullité en raison de la violation d'une disposition d'ordre public peut uniquement être appliquée envers celui qui a violé ces dispositions, manque en droit » (point 8). En d'autres termes, même à supposer que la défenderesse en cassation eût été seule responsable de la violation de la loi, rien n'empêchait celle-ci d'opposer la nullité de la convention aux demanderesses en cassation.

(2671) Voy. Comm. Charleroi, 29 août 2002, *D.A.O.R.*, 2002, p. 433 ; Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, obs. J. BUYLE et M. DELIERNEUX ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 109 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 233, p. 179 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n°s 566 et s., pp. 714 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 94, D, 1^o, p. 136 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 369, p. 305 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 896, p. 503 ; P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, *o.c.*, n° 87, p. 97 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 729, p. 364 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 1986, p. 590 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 31, p. 274 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 20, p. 17 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 33 et s., n° 40bis, p. 103. – On notera néanmoins que, lorsque la partie coupable provoque l'annulation du contrat, l'autre partie pourra encore tenter de conserver l'avantage économique que le contrat était censé lui octroyer par le biais de la responsabilité précontractuelle : voy. à ce propos *infra*, n°s 335 et s., spéc. n° 349.

(2672) Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, n° 288 (le texte du pourvoi est inédit).

Selon une première approche, l'adage *nemo auditur* signifierait dès lors uniquement qu'une partie à un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne pourrait en demander l'exécution en justice. La solution est certaine, mais résulte simplement de la possibilité reconnue à l'autre partie d'opposer à la demande l'exception de nullité, qui doit d'ailleurs être soulevée d'office par le juge (2673). Dans cette mesure, l'adage *nemo auditur* n'ajoute rien au droit positif et risque au contraire d'y introduire la confusion.

Selon une autre approche, généralement suivie en France, l'adage *nemo auditur* n'interviendrait qu'à un second stade, après que l'annulation du contrat a été prononcée, pour paralyser les restitutions qui en constituent la suite normale. Cette fonction est d'ordinaire dévolue en Belgique à l'adage *in pari causa* (2674), dont nous allons maintenant tenter de préciser la portée.

279. Fondements. En schématisant quelque peu, trois fondements distincts ont pu être avancés pour justifier le refus des répétitions à la partie coupable.

On invoque tout d'abord traditionnellement l'atteinte à la *dignité de la magistrature* : il serait inconvenant de porter devant les cours et tribunaux les contestations nées de la turpitude des parties (2675). L'argument ne convainc guère, non seulement parce que « les tribunaux en entendent bien d'autres » (2676), mais aussi parce qu'il devrait conduire à rejeter non seulement la demande de

(2673) Voy. *supra*, n° 249.

(2674) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 232, p. 364 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 316, p. 287. Certaines voix se sont également élevées en France pour fonder le refus des restitutions sur l'adage *in pari causa* plutôt que sur *nemo auditur* : voy. ainsi A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 233, p. 180 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, o.c., n° 369, p. 305 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 729, p. 365.

(2675) À cet égard, la doctrine postérieure s'est beaucoup gaussée de L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome I^{er}, 2^e éd., Paris, Durand et Pedone-Lauriel, art. 1133, n° 29, p. 350, pour qui « [l]e sentiment des bonnes mœurs, plus impressionnable, plus délicat [que celui de l'ordre public], a déterminé la justice à se voiler dans un mouvement d'indignation et de dégoût » ; voy. aussi AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, o.c., § 442bis, p. 322, note n° 8 ; P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 234, pp. 250 et s. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1935, n° 108, p. 203.

(2676) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, o.c., n° 371, p. 307.

restitution, mais l'action en nullité elle-même (2677) ; or, le juge est au contraire tenu d'élever d'office la violation de l'ordre public et des bonnes mœurs (2678).

Les deux autres fondements avancés sont plus subtils, et devront faire l'objet d'un examen plus approfondi (2679).

On avance ainsi l'idée de *l'indignité du demandeur*, que l'on peut rapprocher de la théorie allemande de la *Rechtsschutzverweigerung* (refus de protection juridique) : en violant l'ordre public, le demandeur en restitution s'est délibérément placé hors du domaine de protection des lois, et ne peut dès lors plus légitimement faire appel à leur secours (2680). On retrouve notamment cette idée dans l'adage *nemo auditur*.

Par ailleurs, on insiste sur la *dimension à la fois préventive et répressive* de la sanction (2681). L'idée est en effet de frapper les coupables dans leur patrimoine en les privant des restitutions auxquelles ils auraient normalement droit, mais qui pourraient paraître choquantes compte tenu de leur culpabilité. D'autre part, cette sanction, par son exemplarité, est appelée à jouer un rôle

(2677) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 371, p. 307 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, n° 886, p. 499 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 1968, p. 587.

(2678) Voy. *supra*, n° 249.

(2679) Voy. *infra*, n° 285.

(2680) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 369, p. 304 ; S. STIJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 255 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 132, p. 419 ; **en droit allemand**, voy. BAG, 28 juillet 1982, *BAGE*, vol. 39, p. 226, point II, 3, a) ; BGH, 7 mars 1962, *N.J.W.*, 1962, p. 955, point IV, 2.

(2681) Voy. Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101 ; conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT av. Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., spéc. p. 23 ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 288, pp. 191 et s. ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 113 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 233, p. 180 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis, o.c.*, n° 567, p. 716 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 357, p. 483 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 173, p. 189 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, n° 748, p. 39 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, o.c.*, n° 110, p. 207 ; **en droit allemand**, après avoir mis dans un premier temps l'accent sur la fonction répressive du § 817 (voy. BGH, 31 janvier 1963, *N.J.W.*, 1963, p. 950, point II, 2 ; P. SALJE, « Zur Rückforderung von verdeckten privaten Parteispenden », *N.J.W.*, 1985, p. 998 et s., spéc. p. 1002), on insiste plutôt aujourd'hui sur sa fonction préventive (voy. M. ARMGARDT, « Der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB im Licht der neuesten Rechtsprechung des BGH », *N.J.W.*, 2006, pp. 2070 et s., spéc. pp. 2072 et s. ; M. SCHWAB, « §§ 812-822 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2009, pp. 1326 et s., § 817, n° 13, pp. 1528 et s.).

dissuasif à l'égard de ceux qui seraient tentés de verser dans la même illégalité.

280. Conditions d'application. Bien que l'idée soit rarement formulée expressément, on considère généralement que l'adage *in pari causa* ne peut s'appliquer que si l'annulation résulte de l'objet ou de la cause de l'obligation (2682) ; une cause de nullité affectant le consentement ou la capacité des parties ne suffirait donc pas à déclencher l'application de l'adage (2683). Pour le surplus, les termes de l'adage *in pari causa* se révèlent trompeurs (2684), doctrine et jurisprudence ayant pris leur distance par rapport à ceux-ci. Il convient donc d'en préciser les conditions d'application.

I. Premièrement, il convient de s'interroger sur la nature de la règle violée.

En France, les restitutions ne sont d'ordinaire exclues que dans le cas d'une convention immorale, c'est-à-dire contraire aux bonnes mœurs (2685).

En Belgique, en revanche, on tend à assimiler entièrement bonnes mœurs et ordre public, de sorte que toutes les conventions frappées de nullité absolue seraient concernées (2686).

(2682) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 349, p. 318 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 233, p. 179.

(2683) Voy., en ce sens, P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 88, pp. 97 et s. Toutefois, lorsqu'il existe plusieurs causes de nullité, il suffit que l'une d'entre elles soit une cause illicite pour permettre l'application de l'adage (voy. Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., avec les concl. de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT, spéc. pp. 24 et s., note J. DABIN, ainsi que W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 132, p. 423). Comp. à ce propos la théorie de la *Doppelwirkung en droit allemand*, *infra*, n° 289.

(2684) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 250, p. 168.

(2685) Voy. Cass. fr., 10 novembre 2009, *Bull.*, 2009, V, n° 251, *JCP G*, 2010, p. 168, note J. Moury ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 233, p. 179 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, o.c., n° 107, p. 201 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 490, p. 679 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, o.c., n° 370, p. 305 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 729, p. 364 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, o.c., n° 357, p. 483 ; **en Belgique**, J.P. Wavre, 30 décembre 1999, *Rev. dr. imm.*, 2000, p. 87, note B. HUBEAU ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 1^{er}, o.c., n° 94, F, p. 140.

(2686) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, o.c., n° 567, p. 716 ; J. DABIN, o.c., *R.C.J.B.*, 1967, n° 16, p. 36 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 44, p. 179 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n°s 2032 et s., pp. 602 et s. ; T. STAROSSELETS, o.c., *La nullité des contrats*, n° 31, p. 274 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 132, pp. 423 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere*

Certains auteurs estiment enfin qu'il n'existe aucune raison de traiter différemment les conventions atteintes de nullité relative (2687). Ainsi, dans cette dernière conception, la *turpitude* de l'adage finirait par perdre toute spécificité.

II. Deuxièmement, se pose la question de la *culpabilité des parties*.

Historiquement – et la formulation de l'adage *in pari causa* le confirme –, les deux parties devaient être animées d'un mobile illicite pour que les restitutions leur soient refusées (2688). Un mouvement se dessine toutefois en vue de permettre au juge de tenir compte du degré de culpabilité respective de chacune des parties, seule la partie la plus coupable devant être sanctionnée (2689).

La discussion a rebondi depuis que la nullité d'un contrat peut être prononcée en raison de la cause illicite « unilatérale », poursuivie par une partie à l'insu de l'autre (2690) : afin de protéger le cocontractant innocent, victime d'une nullité qu'elle ne pouvait prévoir, on a suggéré de refuser à la seule partie coupable le droit de répéter ce qu'elle avait presté (2691). Au contraire, lorsque les

overeenkomsten, o.c., n° 30, p. 23 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 218, p. 339 ; P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 78 et s., n° 24, p. 113 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 316, p. 288 ; **en France**, AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, o.c., § 442bis, p. 324 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, o.c., n° 110, p. 205.

(2687) V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 109 ; I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 75, p. 322 ; S. STIJNS, o.c., *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 256.

(2688) Voy. *supra*, n° 278 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome VI, o.c., § 442bis, p. 322 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 233, p. 180 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 567, p. 716 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 30, p. 22.

(2689) Voy. J. DABIN, o.c., *R.C.J.B.*, 1967, n° 15, p. 35 ; P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 171 et s., pp. 182 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, n° 749, p. 42 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 2045, p. 605 ; comp. I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 75, p. 322.

(2690) Voy. Cass., 7 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 466, avec les conclusions de M. l'avocat général HENKES ; Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74, note P. WÉRY.

(2691) Voy. H. DE WULF, « Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditur », note sous Cass., 2 mars 2006, *R.D.C.*, 2007, pp. 255 et s., n° 14, p. 265 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, o.c., n° 269, p. 213 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 44, p. 180 ; P. WÉRY, o.c., *R.C.J.B.*, 2003, n° 23, p. 112 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 349, p. 318 ; voy. déjà H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 94, D, 2^o, p. 136 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, o.c., n° 108, p. 204 ; P. LE TOURNEAU, *La règle*

deux parties se trouvent à un degré égal de turpitude, le refus des restitutions serait selon certains dépourvu de sens (2692). Ainsi s'exprime la tendance, paradoxale compte tenu des origines de la règle, à ne plus refuser les restitutions que lorsque les parties se trouvent à un degré *inégal* de turpitude.

III. Troisièmement et enfin, la formulation de l'adage (*cessat repetitio*) pouvait donner à penser que le refus de restitutions serait automatique. Tel est encore théoriquement le cas en France (2693), même si la doctrine relève l'existence de nombreuses exceptions au principe (2694), rétives à toute tentative de systématisation (2695). En Belgique, au contraire, la Cour de cassation a clairement pris parti en faveur du *caractère facultatif de la règle* (2696). Un pas décisif à cet égard a été franchi par M. le procureur général Hayoit de Termicourt dans ses conclusions précédant l'arrêt rendu en audience plénière le 8 décembre 1966. S'inspirant directement de la thèse défendue dans les *Novelles* (2697), il justifie le refus des restitutions dans les termes suivants :

« Les adages *nemo auditur...* et *in pari causa turpitudinis...* sont un moyen complémentaire de défense de l'ordre social contre les conventions illicites. Le juge s'inspirera donc non point de l'intérêt des parties, mais uniquement de l'intérêt public ; il recherchera, dans l'espèce qui lui est soumise, si la sanction que constitue la nullité absolue,

« *Nemo auditur...* », *o.c.*, n° 170, p. 181 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Novelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 2060, p. 607. **En droit allemand**, on admet, contre le texte du § 817, 2° phrase, que le refus de restitution est applicable en cas de culpabilité de la seule partie qui a presté (par exemple, le prêteur usuraire), mais non de la seule partie qui a reçu la prestation (par exemple, en cas d'extorsion) : voy. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 133, n° 1137, p. 385, et § 134, n° 1152, p. 390.

(2692) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 620 et s.

(2693) Voy. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 357, p. 483.

(2694) Ainsi, notamment, l'adage ne trouverait pas à s'appliquer en matière de libéralités (A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 233, p. 180 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 370, p. 306 ; P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... », o.c.*, n° 78, p. 86 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 357, p. 483 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 334, p. 327 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 88, p. 13). Cette conception n'est généralement pas accueillie en Belgique (voy. P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2003, n° 24, p. 114).

(2695) Comme l'observent J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 370, p. 305 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 33, p. 277.

(2696) Voy. dans le même sens l'article 3.3.2 des **Principes d'Unidroit 2010** et son commentaire, pp. 139 et s. ; l'article 1162-3 du **Projet Catala**.

(2697) C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Novelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n°s 2037 et s., pp. 604 et s.

établie par l'article 1131 du Code civil, sera rendue plus efficace par le rejet de la répétition que par l'accueil de celle-ci, accueil qui est la conséquence normale de la nullité. Les adages peuvent, partant, servir de "correcteur" des effets parfois antisociaux de la répétition.

Ainsi le juge appliquera les adages quand l'avantage tiré de la nullité par l'un des contractants compromettrait le rôle préventif de la sanction ou quand l'intérêt social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé. En revanche, le juge ne recourra pas aux adages et accueillera la répétition, lorsque le maintien de la situation créée à la suite de l'exécution de prestations illicites cause un trouble permanent attentatoire à l'ordre social ou lorsque l'application des adages constituerait un encouragement à la conclusion de conventions analogues » (2698).

Dans cette affaire, la Cour s'est bornée à décider que « le juge a pu considérer que la protection de l'ordre social exigeait que fût rejetée la demande en répétition des prestations effectuées par le demandeur ensuite des conventions immorales du 5 juin 1961 » et à rejeter en conséquence le moyen notamment pris de la violation de la maxime *in pari causa*. Dans un arrêt ultérieur du 24 septembre 1976, la Cour s'est expressément approprié la thèse de son ministère public. Après avoir décidé que « la répétition peut, en principe, être déclarée recevable comme une conséquence normale de la nullité prévue par l'article 1131 du Code civil par application des articles 1235 et 1376 du même Code », elle ajoute :

« Attendu que le juge a, certes, la faculté de rejeter la répétition, soit parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des contractants compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue prévue à l'article 1131 du Code civil, soit parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé ; qu'il n'est toutefois pas tenu de le faire, parce que l'adage *in*

(2698) Concl. de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT av. Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., spéc. p. 23. La doctrine a emboîté le pas à ce raisonnement : voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 109 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 74, p. 321 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 567, p. 716 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 287 ; S. STIJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 255 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 31, p. 274 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 132, pp. 420 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 30, p. 22 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 232, pp. 367 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 349, p. 317 ; **en France**, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n° 370, p. 306.

pari causa turpitudinis cessat repetitio n'est pas une norme obligatoire » (2699).

On voit donc que la Cour de cassation de Belgique reconnaît un très large pouvoir d'appréciation au juge du fond pour décider de faire application ou non de l'adage *in pari causa* (2700). Les seuls critères qui lui sont fournis pour guider sa décision correspondent au troisième fondement envisagé de la règle (2701), à savoir la mise en œuvre de ses fonctions préventives et répressives.

Il est intéressant de relever que, même **en Allemagne** où le § 817, 2^e phrase, du BGB ne confère au magistrat aucun pouvoir d'appréciation, la jurisprudence a néanmoins décidé, par une réduction téléologique de cette disposition (2702), que celle-ci ne pouvait trouver à s'appliquer toutes les fois où l'objectif de la loi violée commandait d'autoriser les restitutions nonobstant la culpabilité commune des parties (2703). Ainsi, par exemple, en cas d'annulation d'un contrat d'apprentissage pour violation de la disposition légale qui interdit à l'employeur de recevoir le paiement d'une quelconque somme de l'apprenti, ce dernier sera autorisé à répéter les sommes payées, nonobstant l'illicéité commune, dès lors que le but de la loi est de faire en sorte que la chance d'obtenir une formation soit indépendante des capacités financières de l'apprenti ou de ses parents (2704). De même, l'illégalité d'un contrat de louage d'ouvrage au noir n'interdit pas au travailleur indépendant de réclamer la restitution de la valeur de son travail, l'objectif préventif de la loi étant suffisamment atteint par le refus de l'action contractuelle, la crainte des poursuites pénales et le paiement des contributions fiscales et sociales (2705). On peut encore citer comme illustration l'hypothèse où un prêt est consenti

(2699) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101. Pour une analyse plus détaillée de cette affaire, voy. *infra*, n° 284, I.

(2700) Dans ses conclusions précitées (p. 23), le ministère public faisait valoir que « [l]es adages précités n'étant pas une norme obligatoire pour le juge et leur applicabilité dépendant essentiellement de circonstances de fait, la décision du juge d'en faire ou de se refuser à en faire application ne donne pas ouverture à cassation, à moins que cette décision ne soit fondée sur des motifs illégaux ou ne viole l'article [149] de la Constitution ». La Cour se limite donc à une appréciation marginale (comp., dans le droit de la responsabilité, Cass., 19 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 337).

(2701) Voy. *supra*, n° 279.

(2702) Sur cette méthode d'interprétation, voy. *supra*, n° 42, II, B.

(2703) Voy. M. SCHWAB, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 817, n°s 20 et s., pp. 1533 et s. ; comp. D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 134, n° 1159, p. 392, pour qui le refus de restitution ne peut être admis lorsqu'il aboutit à pérenniser de manière absurde une situation contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

(2704) BAG, 28 juillet 1982, *BAGE*, vol. 39, p. 226, point II, 3, b).

(2705) BGH, 31 mai 1990, *BGHZ*, vol. 111, p. 308, point 6.

pour l'exploitation d'une maison de prostitution établie sur un navire (« *schwimmendes Bordell* ») : le prêteur doit être autorisé à répéter le montant du prêt, à défaut de quoi les sommes prêtées continueraient à servir à des fins illicites (2706).

On notera encore qu'aux **Pays-Bas**, les règles du paiement indu ne contiennent pas, en tant que telles, de disposition permettant de refuser les restitutions dans ce type de situation. Une partie de la doctrine a néanmoins critiqué cette absence en faisant valoir que, dans certains cas, les restitutions risqueraient de compromettre l'objectif même de la nullité. En se référant au droit belge et plus particulièrement à la règle *in pari causa*, elle plaide dès lors pour que les restitutions puissent être refusées dans certain cas sur la base du principe de bonne foi, au terme d'une appréciation *in concreto* retenant comme critères la qualité des parties, leur connaissance des exigences légales, leur éventuelle intention de violer la loi, l'atteinte portée à l'intérêt général et la manière dont celui-ci est protégé d'une autre manière, notamment par le biais de sanctions pénales et administratives (2707). Ici également, l'approche préconisée est donc particulièrement flexible.

281. Effets de la règle. Pris littéralement, l'adage *in pari causa* donne une impression de « tout ou rien » : à égalité de turpitude, il n'y aurait aucune restitution. Dans son arrêt du 24 septembre 1976, la Cour de cassation parle de même uniquement de la faculté pour le juge de « rejeter la répétition » (2708). On constate cependant une tendance à faire une application beaucoup plus nuancée de la sanction. On a déjà souligné, à cet égard, que la sanction pourrait n'être appliquée qu'à une seule des parties, la seule coupable ou du moins la plus coupable (2709). Certains vont même plus loin et considèrent que le juge pourrait décider de n'autoriser qu'en partie les restitutions, et de les refuser pour le surplus (2710).

Une question rarement examinée est celle de l'incidence de la règle sur le plan réel. On sait en effet que, lorsque l'obligation de restitution

(2706) BGH, 15 mars 1990, *WM*, 1990, p. 799, point 3, a).

(2707) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 635. Voy. également J. HJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, o.c., n° 200, p. 218.

(2708) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101.

(2709) Voy. *supra*, n° 280, II.

(2710) Voy. apparemment en ce sens S. STJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, o.c., n° 190, p. 137 (le juge qui fait appel à l'adage « de vordering tot restitutie geheel of gedeeltelijk afgewijst ») ; voy. également les décisions citées *infra*, n° 282.

porte sur une chose certaine, l'action personnelle se double d'une action réelle en revendication (2711). On soutient parfois à cet égard que, compte tenu de son origine – étant issu du droit romain de l'enrichissement sans cause –, l'adage *in pari causa* n'aurait pas le pouvoir d'entraver l'action en revendication (2712). La solution nous paraît cependant paradoxale, dans la mesure où elle aboutit à vider l'adage de toute portée pratique dès qu'une chose certaine est en cause. À supposer que l'adage ait sa place en droit positif (2713), il faut à notre sens donner un effet utile à la protection de l'ordre public en considérant que tant l'action personnelle en restitution que l'action réelle en revendication doivent être paralysées (2714), du moins lorsque le contrat illicite était translatif de propriété et ne portait donc pas seulement sur la mise à disposition ou la jouissance d'une chose (bail, prêt, dépôt, etc.) (2715).

282. Mise en œuvre par la jurisprudence. Avant de poser un jugement critique sur le maintien de l'adage *in pari causa* dans l'arsenal du droit positif, un aperçu de la jurisprudence des vingt

(2711) Voy. *supra*, n° 248.

(2712) Voy. P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 34, pp. 47 et s., qui justifie la solution par l'idée que la propriété ne serait jamais en soi illicite ou immorale, quel que soit l'usage qui en est fait ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, o.c., n° 109, p. 205, au motif que le juge peut se prononcer sur l'action en revendication sans devoir prendre connaissance du contrat immoral. **En droit allemand**, voy. BGH, 8 janvier 1975, *N.J.W.*, 1975, pp. 638 et s., spéc. p. 640 ; BGH, 20 mai 1964, *N.J.W.*, 1964, p. 1791, point I, 4, c) ; M. SCHWAB, o.c., *Münchener Kommentar*, § 817, n° 17, p. 1532.

(2713) Sur cette question, voy. *infra*, n°s 283 et s.

(2714) La doctrine majoritaire est également en ce sens **en droit allemand**, voy. not. S. LEUPERTZ, « §§812-822 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 1555 et s., § 817, n° 8, p. 1598 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, o.c., § 134, n° 1160, pp. 393 et s. ; H.P. WESTERMANN et P. BUCK-HEEB, « § 817 », *Erman BGB*, 12^e éd., Köln, Otto Schmidt, 2008, n° 11 ; *adde* les références citées par M. SCHWAB, o.c., *Münchener Kommentar*, § 817, n° 17, p. 1532, note n° 48. – Comp. réciproquement *supra*, n°s 257 et 276, sur l'application des articles 549 et 555 du Code civil, dispositions propres au droit des biens, aux actions personnelles en restitution.

(2715) Sur cette dernière hypothèse, voy. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 750, note n° 3, p. 43 (« La nullité de la convention n'a pu faire le défendeur propriétaire »). De même, on considère en ce cas **en droit allemand** que l'application du § 817 ne prive pas définitivement la partie qui a illicitement fourni la chose en vertu d'un tel contrat du droit de la récupérer. Le refus de restitution se traduit alors par l'interdiction de réclamer la chose avant le terme normal du contrat. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse d'un prêt usuraire contraire aux bonnes mœurs, le prêteur pourra obtenir la restitution du capital, mais uniquement au terme contractuellement prévu pour la restitution de celui-ci, et ne pourra obtenir aucun intérêt ni en principe aucune indemnisation pour cette mise à disposition en raison de la nullité du contrat. Voy. à cet égard D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, o.c., § 134, n° 1153, pp. 390 et s., et n° 1161, p. 394.

dernières années permettra de se faire une opinion plus précise de la manière dont la règle est concrètement mise en œuvre.

I. Le domaine de prédilection de l'adage semble être *l'exercice illégal d'une profession*. La plupart des décisions rendues sont en effet relatives à des contrats d'entreprise conclus par des entrepreneurs ne répondant pas aux conditions posées par la loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat, remplacée par la loi du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante. On rencontre également plusieurs décisions où un entrepreneur ou un architecte d'intérieur avaient empiété sur le monopole garanti par la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte. Nous rangeons enfin dans cette catégorie les cas où le professionnel disposait des autorisations requises, mais où le contrat conclu ne satisfait néanmoins pas aux exigences légales.

Dans une première série de cas, l'ignorance de la cause de nullité est établie dans le chef du maître de l'ouvrage. Certains juges ordonnent alors au professionnel la restitution des honoraires perçus, mais lui refusent au contraire toute indemnisation pour les travaux effectués. Ils refusent donc les restitutions à la seule partie coupable (2716). D'autres accordent en revanche les restitutions aux deux parties (2717).

Lorsque les deux parties sont coupables, la plupart des décisions refusent alors les restitutions aux deux parties (2718). La jurisprudence

(2716) Voy. Antwerpen, 8 mars 2010, *N.J.W.*, 2010, p. 760, note R. STEENNOT, point 4.1.10 (en vue de garantir l'effet préventif de la sanction) ; Liège, 4 février 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 561 ; Mons, 25 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 638 ; Comm. Charleroi, 25 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 24, obs. B. LOUVEAUX.

(2717) Voy. Bruxelles, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 97 (au motif que l'absence de volonté d'amendement de l'entrepreneur n'est pas prouvée) ; Liège, 3 février 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 559 (la cour accorde la restitution des montants payés aux seuls maîtres de l'ouvrage, mais estime que la valeur réelle des travaux et fournitures dont ils ont pu bénéficier doit venir en déduction de ce montant, ce qui aboutit en pratique à accorder les restitutions à chaque partie et à compenser à due concurrence) ; Comm. Namur, 23 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 360 (le tribunal décide que la connaissance de la cause de nullité n'est pas établie dans le chef du maître de l'ouvrage, mais estime qu'il n'y a pas lieu de sanctionner plus sévèrement l'entrepreneur dès lors que le maître de l'ouvrage était assisté d'un architecte qui devait veiller à la régularité du contrat d'entreprise, que le choix de l'entreprise était guidé par un souci d'économies et qu'il existe des liens familiaux entre le maître de l'ouvrage et le gérant de l'entrepreneur).

(2718) Voy. Liège, 21 décembre 1999, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2001, pp. 276 et s., spéc. pp. 286 et s. ; Liège, 25 mai 1994, *R.R.D.*, 1994, p. 513 ; Civ. Mechelen, 21 mars 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 465 (nullité d'une convention de placement conclue par un bureau de placement non agréé ; celui-ci ne réclamait apparemment pas la restitution en valeur de ses prestations, en revanche la restitution de l'acompte

écarte cependant parfois l'application de l'adage et ordonne alors les restitutions à charge des deux parties (2719).

Par ailleurs, nombreuses sont les décisions qui accordent les restitutions aux parties sans même évoquer l'adage *in pari causa* (2720). Si l'on admet que l'adage n'est que facultatif, que *jura novit curia* et qu'à défaut de conclusions l'y invitant, le juge du fond n'est pas tenu d'indiquer tous les éléments de fait justifiant sa décision (2721), on peut supposer que, dans chacune de ces affaires, le juge a estimé que les conditions d'application de l'adage n'étaient pas réunies.

Enfin, il faut réserver le cas où deux parties mettent en commun des moyens pour l'exercice d'une activité illicite. On voit alors parfois les juges décider de sanctionner la partie qu'ils estiment la plus coupable en lui refusant le droit aux restitutions (2722). Tout en constatant le caractère commun de l'illicéité, certains juges ont cependant fait droit à la demande d'exécution (2723). Décision singulière, car,

payé par le client est refusée à ce dernier) ; Comm. Mons, 13 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 366.

(2719) Voy. Gent, 8 novembre 2006, *N.J.W.*, 2007, p. 277, note R. STEENNOT, point 4 (l'agent immobilier est coupable de ne pas avoir inséré dans le contrat de courtage les mentions prévues à l'article 88 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce – devenu l'article 60 de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché –, mais le consommateur est quant à lui coupable d'avoir tenté d'éviter de payer la commission de l'agent en antdatant le contrat de vente ; on observera que cette culpabilité du consommateur est en soi étrangère à la nullité du contrat : comp. à ce propos Cass., 24 septembre 1976, commenté *infra*, n° 284, I ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790 (solution justifiée par le souci d'éviter un profit excessif dans le chef du maître de l'ouvrage).

(2720) Voy. Civ. Antwerpen, 21 décembre 2006, *T.B.O.*, 2007, p. 228, note (seul le client agissait en restitution) ; Comm. Liège, 1^{er} octobre 1997, *Bull. contr.*, 1999, p. 1856 (seul le client agissait en restitution) ; Civ. Nivelles, 18 juillet 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1341 ; *adde* dans le même sens, à propos d'un contrat d'entreprise nul en l'absence du permis de bâtir requis, Gent, 26 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2007, p. 627, note C. VAN CAEKENBERG et B. DE WINTER ; Civ. Leuven, 11 juillet 2008, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1369, note N. VAN DE SYPE (seul le client agissait en restitution).

(2721) Voy. Cass., 4 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 1 ; Cass., 8 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 456 ; Cass., 18 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 233 ; Cass., 28 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 516 ; Cass., 30 septembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 489 ; Cass., 8 octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 514 ; Cass., 30 septembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 489.

(2722) Voy. ainsi Antwerpen, 15 février 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 166 (l'intimé avait effectué un prêt de 2,5 millions BEF pour permettre la constitution d'une SPRL, dirigée par deux hommes de paille, par l'entremise de laquelle un failli auquel il avait été fait interdiction d'exercer une activité commerciale entendait continuer à exercer le commerce de véhicules ; la cour refuse d'accorder à l'intimé la restitution des sommes prêtées au motif que le failli et son épouse se trouvaient déjà dans une situation financière précaire et n'avaient donc plus rien à perdre dans le montage, tandis que l'intimé était la partie apporteuse de capital qui avait tout à gagner de l'opération, puisqu'il espérait obtenir ainsi une part de marché dans le commerce de véhicules de cette région).

(2723) Gent, 29 mars 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 202 (deux parties avaient décidé d'exploiter ensemble un établissement illicite de jeux de hasard, en se partageant par moitié les bénéfices après déduction des taxes d'exploitation ; l'une des parties, condamnée à acquitter un

loin de se borner à refuser la restitution d'une prestation déjà effectuée, elle donne en réalité effet à une convention nulle.

II. Un second domaine où l'application de l'adage se présente fréquemment est celui du droit des sociétés. En effet, les opérations accomplies se heurtent fréquemment soit à l'interdiction adressée à la société de financer le rachat de ses propres titres (2724), soit au respect de l'intérêt social.

Parfois, le prêt illicite est annulé et la restitution à la société ordonnée sans que l'adage *in pari causa* ne soit évoqué dans la décision (2725). L'annulation du prêt entraîne quelquefois également celle de la cession de parts que le prêt avait permis de réaliser et le cessionnaire est condamné à restituer les parts sans pouvoir se prévaloir de l'adage au motif qu'il était au courant du caractère illicite de l'opération et que c'est principalement lui qui en a tiré profit (2726).

Une approche différente a été suivie dans affaire où une filiale avait été utilisée par sa maison mère pour accomplir une opération qui ne présentait pas le moindre intérêt pour la filiale. Ladite opération avait été financée par un établissement de crédit. Le curateur de la filiale, déclarée en faillite, agit alors en annulation du prêt pour violation de l'intérêt social. En première instance, le tribunal annula tant le prêt que les garanties dont bénéficiait la banque, mais estima « équitable » de permettre à celle-ci de produire la totalité de sa créance aux motifs que les fonds avaient effectivement été mis à la disposition de la filiale et que l'ensemble des opérations illicites devraient suivre le même sort (2727). La solution est critiquable, car, sous couvert d'autoriser les restitutions, le tribunal donne en réalité effet à une convention nulle, puisqu'il accorde à la banque non seulement la restitution en principal, mais apparemment également les avantages contractuels (intérêts convenus, indemnités de remplacement et autres indemnités). Ce sont précisément ces avantages dont la banque va être privée en degré d'appel, en vue de « la dissuader de persister dans une telle voie » (2728). Mais, sous couvert de frapper plus sévèrement la banque, la cour d'appel ne fait en réalité que donner

million BEF de taxes vis-à-vis de l'Administration, réclamait le remboursement de la moitié à son partenaire ; il fut fait droit à cette demande au motif qu'il ne se justifiait pas d'avantager l'autre partie, qui était un professionnel).

(2724) Art. 329, 430 et 629 C. Soc.

(2725) Voy. Comm. Brussel, 25 octobre 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 315, note.

(2726) Voy. Brussel, 5 février 2008, *T.R.V.*, 2008, p. 301.

(2727) Voy. Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, spéc. point 4.2, p. 795, et note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

(2728) Voy. Bruxelles, 10 septembre 2004, *Dr. banc. fin.*, 2006, p. 25, spéc. point 22, p. 28, et note K. MACOURS.

son effet normal à la nullité, à savoir priver d'effet les stipulations contractuelles tout en ordonnant la restitution des sommes versées.

On rapprochera enfin ces décisions d'une affaire où un immeuble avait été vendu par une société à une seconde pour un prix nettement inférieur à sa valeur vénale, et ce, à l'instigation d'un administrateur commun aux deux sociétés qui fut condamné pour abus de bien sociaux. Le tribunal prononça la nullité de la vente et refusa de faire application de la règle *in pari causa* aux motifs que décharger la société acheteuse de son obligation de restitution ne contribuait pas à renforcer le rôle préventif de la nullité, bien au contraire, et que l'ordre social ne commandait pas de sanctionner plus sévèrement la société vendeuse et ses créanciers (2729).

III. Troisième domaine d'application de l'adage : la location d'un logement *insalubre* ou effectuée sans le permis locatif requis. Ici encore, l'attitude des juges varie d'une espèce à l'autre. Tel juge de paix refuse d'appliquer l'adage *in pari causa* au motif qu'il ne concernerait que les conventions contraires aux bonnes mœurs, mais non à l'ordre public (2730). Tel autre ordonne la restitution des loyers, mais refuse le paiement d'une indemnité d'occupation sans même évoquer l'adage (2731). Tel autre enfin estime devoir sanctionner tant le bailleur que les locataires et rejette par conséquent la demande d'indemnité d'occupation tout en n'accordant la restitution que d'environ un tiers des loyers payés (2732).

IV. En définitive, seule une décision rendue au cours de la période recensée concerne le domaine de la *morale sexuelle*, qui constituait autrefois le terrain privilégié où l'adage pouvait déployer ses effets.

En 1966, la Cour de cassation avait sanctionné l'exploitant d'un café qui n'avait repris cette exploitation qu'en vue de « favoriser la continuation de relations hors mariage » avec une serveuse de ce café en refusant à cet exploitant la restitution des titres qu'il avait remis en gage pour sûreté de ses obligations au titre de la reprise du fonds

(2729) Corr. Gent, 21 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 619, point 10.

(2730) J.P. Wavre, 30 décembre 1999, *Rev. dr. imm.*, 2000, p. 87, note B. HUBEAU.

(2731) J.P. Turnhout, 27 février 2007, *Huur*, 2007, p. 96.

(2732) J.P. Grâce-Hollogne, 10 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1266, qui justifie sa décision dans les termes suivants : « La condition du propriétaire n'est guère plus aisée que celles des occupants ; il pâtit des conséquences d'un investissement catastrophique dépassant ses facultés. [...] Pour l'instant, les mesures de police administrative du logement apparaissent s'opposer efficacement à la poursuite de l'occupation des taudis révélés par la vue des lieux. Accorder aux preneurs la restitution des quatre termes de loyer qu'ils payèrent en seize mois d'occupation, durant lesquels ils ont trop passivement couru et fait courir à une enfant des dangers sérieux, qu'ils contribuaient à aggraver notamment par l'utilisation inconsidérée de moyens de chauffage périlleux, pourrait les inciter, dans leur situation de grand dénuement, à recourir encore au marché marginal du logement qu'il convient de combattre. »

de commerce, alors même que l'arrêt attaqué avait constaté que la créancière gagiste « était au courant de la liaison susdite et du but illicite poursuivi par [le repreneur], mais qu'elle a sciemment tiré profit de cette situation pour imposer à [celui-ci] des conditions particulièrement onéreuses » (2733). Le souci de la répression de l'adultère l'emportait donc sur l'exploitation des passions d'autrui.

Presque quarante ans plus tard, un jugement similaire est porté par la cour d'appel d'Anvers (2734). Celle-ci était confrontée à plusieurs prêts consentis à une femme mariée et à son époux connaissant des difficultés financières en échange des faveurs sexuelles consenties par la première, au vu et au su du second. Confronté à une demande de remboursement, le couple se rebella et opposa l'illicéité du prêt. La cour retient une cause illicite, mais estime que refuser toute restitution aurait pour effet d'accorder aux époux un avantage qui les inciterait à continuer à conclure de telles conventions. Elle décide dès lors d'ordonner la restitution du principal, mais de sanctionner le prêteur en lui accordant uniquement les intérêts judiciaires sur cette somme. Ici également, l'auteur de l'adultère est donc jugé plus sévèrement que celui qui entendait en retirer un profit économique.

V. Enfin, quelques décisions ne rentrent dans aucune des catégories esquissées ci-avant (2735).

L'impression générale qui se dégage à la lecture de ces décisions est celle d'un grand désordre (2736). Même dans les hypothèses où la jurisprudence est abondante, la solution semble varier au gré des espèces sans que les motifs exprimés ne permettent le plus souvent de justifier, ni même de comprendre, ces différences. Pire encore, enhardis par le pouvoir discrétionnaire que l'adage semble leur conférer et sous couvert d'autoriser les restitutions,

(2733) Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT.

(2734) Antwerpen, 31 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 892.

(2735) Voy. ainsi Liège, 13 mars 2007, *Rev. not. belge*, 2007, p. 69 (un notaire prête son concours à une fraude fiscale ; la cour estime que le rejet des actions en restitution est obligatoire, sauf lorsqu'une des parties est nettement moins coupable que l'autre, ce qui n'est pas le cas en l'espèce) ; Brussel, 8 janvier 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 470 (un professeur de langue à l'École royale militaire est nommé sénateur, fonction incompatible avec celle de professeur qu'il continue néanmoins à exercer pendant un certain temps ; l'État belge agissant en restitution des salaires perçus pendant cette période, la cour rejette la demande au motif que, si les deux parties sont coupables, l'État belge tirerait néanmoins un bénéfice excessif de la restitution, que la faute du professeur n'est pas plus grave que celle de l'État belge, que le refus des restitutions ne porte pas d'atteinte durable à l'ordre social et qu'au contraire la restitution heurterait le sentiment de justice).

(2736) Le constat n'est pas neuf : voy. déjà P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 118, p. 131.

certaines magistrats vont jusqu'à donner effet à la convention dont ils ont prononcé la nullité.

Plus de quarante ans après les conclusions prises par le ministère public en audience plénière de la Cour de cassation pour tenter de clarifier les conditions d'application de l'adage *in pari causa*, ce constat apparaît comme décevant et pose de manière aiguë la question du maintien de cette maxime dans l'arsenal juridique.

283. Appréciation critique – Principe de légalité des délits et des peines. I. Institution de droit civil, la nullité poursuit au premier chef une finalité réparatrice, puisqu'elle vise à faire disparaître de l'ordre juridique un acte qui lui est contraire (2737). Il en va de même des restitutions, qui visent à replacer les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu.

Par conséquent, le refus opposé à la partie « coupable » d'obtenir la restitution de ce qu'elle a presté en exécution du contrat nul transforme indéniablement la nature de la nullité. Il en va d'autant plus ainsi que, dans l'état actuel de la jurisprudence, ce refus ne peut s'inspirer de l'intérêt des parties, et exclut donc toute considération indemnitaire : dicté exclusivement par l'intérêt public, il doit être motivé, soit par le souci de préserver le rôle préventif de la nullité, soit par celui de « frapper plus sévèrement », c'est-à-dire en réalité de punir, l'un des cocontractants (2738). En d'autres termes, l'adage *in pari causa* présente une finalité à la fois dissuasive et répressive (2739).

Ces éléments suffisent à qualifier le refus des restitutions de *peine privée* (2740).

(2737) Voy. *supra*, n° 240, II.

(2738) Voy. *supra*, n° 280, III.

(2739) Voy. *supra*, n° 279.

(2740) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 490, p. 679 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, nos 907 et s., pp. 507 et s. ; voy. aussi R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 621. Sur ce que la peine privée se distingue par ses fonctions dissuasive et punitive, voy. A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 2005, nos 79 et s., pp. 47 et s. Comp. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *o.c.*, n° 544, p. 315, pour qui la peine privée se distingue plutôt par le fait qu'à la différence de la réparation, elle ne peut se concevoir qu'en présence d'un acte illicite, d'une faute. Ce critère paraît cependant également applicable à la règle *in pari causa*, puisque celle-ci vise comme on l'a vu à punir la partie coupable de l'illégalité du contrat.

Une doctrine autorisée l'a contesté en faisant valoir que « Pour qu'il soit une peine privée, il faudrait d'abord que l'on prouvât que la répétition est un droit à la disposition du demandeur *turpis*. [...] Il est trop clair pourtant que l'action en répétition n'est un droit qu'entre des mains innocentes, qu'entre celles du plaideur innocent. Le plaideur coupable, par son immoralité, s'est en quelque sorte mis hors de la communauté juridique ; il n'a plus aucun droit. [...] L'impossibilité où il est d'obtenir la répétition n'est pas une peine qui viendrait s'ajouter par la suite pour sanctionner son immoralité, qui viendrait se plaquer sur elle. [...] Ce n'est pas une peine, mais un effet de l'immoralité, une conséquence de cette dernière » (2741). Cette thèse ne peut cependant être suivie, à tout le moins en droit positif belge où la restitution constitue une « conséquence normale » de la nullité d'une convention illicite ou immorale et où le refus des restitutions n'intervient qu'à titre facultatif dans un but répressif ou dissuasif (2742).

II. La qualification de peine privée n'est pas anodine. Elle entraîne en effet l'application d'une série de garanties consacrées par les *instruments internationaux de protection des droits de l'homme* (2743), parmi lesquelles le principe de légalité des délits et des peines présente une importance particulière pour notre propos.

Ce principe est consacré par l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux termes duquel « [n]ul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. »

La notion de peine utilisée dans cette disposition revêt une dimension autonome (2744) et ne reçoit donc pas la même acception restrictive qu'en droit pénal interne. Pour retenir l'existence d'une peine, la Cour européenne se fonde sur cinq critères différents : (i) le fait que la mesure a été imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction pénale » ; (ii) la nature et le but de la mesure en cause ;

(2741) P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 229, p. 245. Comp. le deuxième fondement de la règle, *supra*, n° 279.

(2742) Voy. Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101, cité *supra*, n° 280, III.

(2743) Voy., dans le même sens, C. CAUFFMAN, « Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid et de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 2007, pp. 799 et s., n°s 67 et s., pp. 841 et s.

(2744) C.E.D.H. (Gr. ch.), 17 septembre 2009, *Scoppola C. Italie (n° 2)*, n° 10249/03, § 96 ; C.E.D.H. (Gr. ch.), 12 février 2008, *Kafkaris C. Chypre*, n° 21906/04, § 142.

(iii) la qualification de la mesure en droit interne ; (iv) la procédure associée à son adoption et à son exécution ; et (v) la gravité de la mesure (2745). Compte tenu de l'unité de la matière pénale dans la Convention (2746), ces critères doivent à notre sens se comprendre à la lumière de ceux développés pour retenir l'existence d'une « accusation en matière pénale » au sens (autonome) de l'article 6.1 de la Convention, à savoir la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la nature et la gravité de la sanction (2747). Il nous semble dès lors que, pour apprécier la nature et le but de la mesure en cause, on puisse transposer les précisions données par la Cour à propos du deuxième critère d'application de l'article 6.1, à savoir la nécessité de prendre en considération l'objectif répressif et dissuasif de la règle, le fait qu'elle s'adresse à la généralité des citoyens plutôt qu'à un groupe particulier soumis à un statut spécifique et le fait que le comportement réprimé soit également susceptible de donner lieu à des sanctions qualifiées de pénales en droit interne. Par ailleurs, la Cour considère que pour apprécier la gravité de la sanction, c'est la sanction maximale possible – plutôt que celle effectivement infligée – qui doit entrer en ligne de compte (2748). Enfin, la Cour paraît accorder de l'importance au fait que la mesure est imposée en raison d'une négligence ou d'une intention délictueuse de l'auteur (2749) et, plus précisément, que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation en fonction de la culpabilité de l'intéressé (2750).

Compte tenu de ces paramètres, il nous semble que le refus des restitutions fondé sur l'adage *in pari causa* constitue bien une peine au sens autonome de l'article 7 de la Convention. Certes, ce refus ne constitue pas une peine en droit interne, ne suppose

(2745) Arrêt *Scoppola C. Italie* (n° 2), § 97 ; arrêt *Kafkaris*, § 142.

(2746) Voy. sur ce point C.E.D.H. (Gr. ch.), 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhin C. Russie*, n° 14939/03, § 52 (à propos des articles 6 et 7 de la Convention et 4 de son Protocole n° 7) ; C.E.D.H., 31 juillet 2007, *Zaicevs C. Lettonie*, n° 65022/01, § 53 (à propos de l'article 2 du Protocole n° 7) ; C.E.D.H. (plén.), 21 février 1984, *Öztürk C. Allemagne*, n° 8544/79, § 47 (à propos des trois paragraphes de l'article 6 de la Convention). La Cour considère à cet égard de manière générale que « la notion de peine ne saurait avoir des acceptations différentes selon les dispositions conventionnelles » (C.E.D.H., 2 juillet 2002, *Göktaş C. France*, n° 33402/96, § 48).

(2747) Voy. à ce propos C.E.D.H. (Gr. ch.), 23 novembre 2006, *Jussila C. Finlande*, n° 73053/01, §§ 30 et s. ; C.E.D.H. (Gr. ch.), 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors C. Royaume-Uni*, n°s 39665/98 et 40086/98, §§ 82 et s.

(2748) Comp. C.E.D.H. (déc.), 21 mars 2006, *Valico S.r.l. C. Italie*, n° 70074/01, où, pour retenir l'applicabilité de l'article 7, la Cour prend en considération à la fois la sanction maximale encourue et celle réellement infligée.

(2749) Voy. *a contrario* C.E.D.H. (déc.), 21 mars 2006, *Valico S.r.l. C. Italie*, n° 70074/01 (à propos de l'article 7).

(2750) Voy. C.E.D.H., 9 février 1995, *Welch C. Royaume-Uni*, n° 17440/90, § 33.

pas une condamnation pénale préalable et est prononcé dans le cadre d'une procédure civile. Toutefois, nous avons vu que la Cour de cassation lui conférerait un objectif exclusivement répressif et dissuasif et que son application dépendait du degré de culpabilité des parties. Tels sont bien les caractères déterminants d'une peine. On relèvera encore que le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs s'impose à la généralité des citoyens plutôt qu'à un groupe soumis à un statut particulier, que le refus des restitutions peut parfois entraîner des conséquences patrimoniales importantes conférant à la mesure un caractère de gravité (2751) et que le comportement sanctionné peut, dans certains cas, également donner lieu à des poursuites pénales (2752). Enfin, la circonstance que le refus des restitutions profite indirectement au cocontractant ne suffit pas à lui ôter le caractère de peine, dès lors que seul l'intérêt public, à l'exclusion de l'intérêt des parties, entre en considération dans l'infliction de la mesure.

III. Or, si l'on admet que le refus des restitutions constitue une peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, le pouvoir du juge s'en trouve nécessairement limité. Le *principe de légalité* implique en effet qu'une peine ne puisse être infligée qu'à la condition que tant celle-ci que l'infraction soient prévues par le droit (à nouveau au sens autonome du terme).

Ces exigences ne doivent pas, il est vrai, être comprises trop sévèrement (2753). Ainsi, la notion de « droit » « englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle ». Le fait que l'adage *in pari causa* n'ait pas de base textuelle dans le Code civil n'empêche donc pas son application dès lors qu'il est notamment consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation (2754). Encore le droit doit-il, indépendamment de son origine, présenter certaines « conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité ». Certes, « en raison même du caractère général des lois, le libellé de celles-ci ne peut pas présenter une précision absolue », de sorte qu'« on

(2751) Voy. ainsi les montants en cause dans Bruxelles, 10 septembre 2004, *Dr. banc. fin.*, 2006, p. 25, note K. MACOURS, évoqué *supra*, n° 282, II.

(2752) Ainsi, par exemple, à l'époque où l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1966 a été rendu, l'adultère était encore réprimé par les articles 387 et s. du Code pénal.

(2753) Voy. C.E.D.H. (Gr. ch.), 17 septembre 2009, *Scoppola C. Italie (n° 2)*, n° 10249/03, §§ 99 et s. ; C.E.D.H. (Gr. ch.), 12 février 2008, *Kafkaris C. Chypre*, n° 21906/04, §§ 139 et s.

(2754) Voy. déjà P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 228, p. 244, qui se fonde sur la valeur traditionnellement reconnue aux maximes de droit.

ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible ». Une jurisprudence formée de décisions contradictoires au point de lui ôter toute prévisibilité raisonnable ne satisfait toutefois pas à cette exigence (2755). La Cour européenne a encore indiqué que « [la] prévisibilité d'une loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé ». Tous ces éléments se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (2756).

IV. Compte tenu de ces éléments, il nous semble que le refus des restitutions fondé sur l'adage *in pari causa* ne satisfait pas aux exigences de prévisibilité inhérentes au principe de légalité des délits et des peines.

Nous avons vu, en effet, que les juges du fond n'étaient dans l'ensemble pas parvenus à appliquer de manière cohérente cet adage (2757).

Cette constatation empirique ne doit pas surprendre, compte tenu de la généralité des directives données par la Cour de cassation et son ministère public pour guider l'application de l'adage (2758). La difficulté provient de ce que les critères donnés au juge du fond, loin de se compléter, finissent par *se neutraliser entièrement*.

Ainsi, le juge du fond est invité à refuser les restitutions pour éviter que celles-ci ne compromettent le rôle préventif de la sanction. Simultanément, il doit cependant éviter que ce refus ne constitue un encouragement à la conclusion de conventions analogues. Qui ne voit, cependant, que, dès lors que le refus opposé au créancier de la restitution entraîne automatiquement l'enrichissement corrélatif du débiteur

(2755) Voy., en ce sens, M.R. VAN BRUSTEM et E.J. VAN BRUSTEM, « Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale et la prévisibilité de l'interprétation jurisprudentielle », obs. sous C.E.D.H., 10 octobre 2006, *Pessino C. France*, J.L.M.B., 2007, pp. 780 et s., spéc. p. 786.

(2756) Voy. not. C.C., 26 septembre 2013, n° 127/2013, point B.13.2 ; C.C., 16 septembre 2010, n° 99/2010, point B.7.2 ; C.C., 25 février 2010, n° 17/2010, point B.8.4. ; C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, point B.43.6.

(2757) Voy. *supra*, n° 282.

(2758) Voy. *supra*, n° 280, III.

de la restitution, le refus des restitutions est toujours susceptible d'avoir cet effet ?

De même, le refus des restitutions, destiné à frapper plus sévèrement une partie, doit être écarté lorsqu'il cause un trouble permanent attentatoire à l'ordre social. Pourtant, ce trouble paraît bien être inhérent au refus des restitutions, puisque celui-ci a pour effet de pérenniser une situation par hypothèse contraire à l'ordre public.

En définitive, le juge du fond est appelé à choisir entre les deux branches de l'alternative qui lui est présentée – autoriser ou refuser les restitutions – sans qu'aucun critère sûr ne lui soit donné. À la limite, sa décision ne repose plus que sur une décision purement subjective (2759), ce que le raisonnement juridique avait précisément pour but d'éviter, particulièrement dans la sphère du droit pénal (2760). À cet égard, il ne paraît pas hors de propos de rappeler la pensée de Beccaria, pour qui « aucun magistrat ne peut, même sous le prétexte du bien public, accroître la peine prononcée contre le crime d'un citoyen » (2761).

Nous irons même plus loin en faisant valoir que cette incertitude des critères, cette imprévisibilité du résultat, loin de constituer un accident auquel le développement de la jurisprudence finirait par remédier, constitue au contraire *une caractéristique délibérée de la règle*. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 8 décembre 1966, le procureur général écrivait déjà :

« Dira-t-on, avec le professeur De Page [...], que pareille faculté laissée au juge aboutit “à briser le but même du droit : la sécurité” ? Sans doute le droit doit assurer la sécurité des relations juridiques, et notamment des contrats ; mais il a aussi pour but de protéger l'ordre public. Partant, lorsque le contrat est illicite, *le droit ne se détourne pas de son but en privant de sécurité ceux qui ont conclu pareil contrat* » (2762).

(2759) Comp. le jugement sévère porté sur les directives proposées par les auteurs des *Novelles* et consacrées par la Cour de cassation de Belgique et son ministère public : « en réalité, ces derniers auteurs, devant la complexité des solutions, renoncent à donner un véritable critère d'application de l'adage : affirmer que les magistrats peuvent faire ce qu'ils veulent, ce n'est pas donner un critère, c'est reconnaître l'impossibilité de limiter la portée de l'adage » (P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 153, p. 167). Pour le même auteur, l'ordre public « n'est plus un critère, c'est une vague indication, très floue » (n° 141, p. 155) ; quant au critère de l'intérêt public, « il fait la part trop belle à l'arbitraire des juges » (n° 143, p. 156). Sur le caractère vague des directives données au juge du fond, voy. également W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 132, p. 422.

(2760) Voy. à ce propos B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., nos 134 et s., pp. 277 et s.

(2761) C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 2^e éd., Paris, Guillaumin, 1870, § III, p. 18.

(2762) Conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT avant Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., spéc. p. 23 (nous soulignons). Dans le

L'idée est relayée par une partie de la doctrine : l'application facultative de l'adage *in pari causa* engendre certes des résultats imprévisibles, mais cette imprévisibilité est voulue et assumée, parce qu'elle participe de la fonction répressive et surtout dissuasive de la règle (2763). Qu'on « laisse les coquins se débrouiller entre eux » ! (2764)

Si l'on peut comprendre ce raisonnement, nous pensons au contraire que c'est précisément lorsque la fonction répressive est en cause que la sécurité juridique s'impose le plus. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le but premier du principe de légalité des délits et des peines est en effet d'« assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires » (2765). Nous estimons que l'adage *in pari causa*, tel qu'il existe en droit positif belge, ne respecte pas cet objectif

284. Suite – Autres conséquences de la qualification de peine privée. Indépendamment des exigences de prévisibilité imposées par le principe de légalité des délits et des peines, l'analyse de l'adage *in pari causa* comme une peine privée emporte d'autres conséquences importantes sur son régime (2766).

I. Tout d'abord, la responsabilité pénale repose essentiellement sur l'existence d'une faute de l'auteur. Ainsi, même s'il peut exister des présomptions de responsabilité pénale, celles-ci ne peuvent jamais aboutir à instaurer une responsabilité pénale purement objective ou pour autrui (principe de la personnalité des

passage cité, De Page commence par rappeler que, selon la doctrine favorable à l'adage, les circonstances propres à chaque espèce peuvent commander d'accorder ou de refuser la restitution, et ajoute : « Voilà au moins une conclusion qui, par la définitive incertitude qu'elle installe en notre matière, démontre une nouvelle fois à quel point l'intrusion de la morale dans le droit aboutit toujours à briser le but même de ce dernier : la sécurité » (*Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 94, E, 5°, note n° 2, p. 139).

(2763) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 371, pp. 307 et s. ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 1915, p. 574.

(2764) Selon l'expression de G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, o.c., n° 110, p. 207.

(2765) Voy. les arrêts précités *Scoppola C. Italie (n° 2)*, § 92, et *Kafkaris*, § 137.

(2766) Le rapprochement peut, à cet égard, être fait avec le régime des sanctions administratives, dépourvus de caractère pénal en droit interne et néanmoins pénales au sens autonome des instruments protecteurs des droits de l'homme. Pour un exposé succinct de ce régime, cons. not. P.A. FORIERS, S. HIRSCH, V. MARQUETTE et R. JAFFERALI, *Les offres publiques d'acquisition*, o.c., nos 301 et s., pp. 269 et s.

peines) (2767), ce qui implique que la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux (2768). La même vision prévaut à l'égard des peines privées (2769) et n'est dès lors pas sans incidence lorsque l'adage *in pari causa* est invoqué à l'encontre de l'ayant cause d'une partie coupable (2770). Elle pose donc la question de la *transmissibilité passive* de la peine privée.

Cette analyse permet de jeter un regard neuf sur l'arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1976 (2771). Dans cette affaire, une vente avait été conclue en contravention à la législation en matière d'approvisionnement en produits textiles. Afin d'éluider la loi, le paiement effectué par l'acheteur avait été dissimulé sous la forme d'un prêt consenti au vendeur. Les biens de l'acheteur avaient ensuite été séquestrés par l'Office des séquestres conformément à l'arrêté-loi du 17 janvier 1945. Saisis par cet Office d'une action en répétition des sommes payées, les juges d'appel, après avoir constaté la nullité de l'opération, firent droit à la demande de répétition en rejetant l'invitation faite par le vendeur de faire application de l'adage *in pari causa*. Ils estimèrent en effet que « pour apprécier l'applicabilité de cet adage, il faut se référer uniquement aux exigences de l'intérêt public, sans prendre en considération les intérêts particuliers des parties qui ont créé la situation illicite » et que « les intérêts de la société seront, en l'espèce, sauvegardés de la manière la plus efficace si la somme payée [par l'acheteur] en exécution des fins qu'il poursuivait, c'est-à-dire aux fins d'éluider la loi, est restituée à [l'Office], qui en assurera la gestion pour sauvegarder les droits de l'État ».

Le vendeur se pourvut en cassation en faisant valoir que l'Office des séquestres n'avait pas plus de droits que le séquestré lui-même et

(2767) Voy. sur ces questions C.J.C.E, 23 décembre 2009, *Spector Photo Group et Van Raemdonck*, C-45/08, *Rec.*, 2009, I, p. 12073, point 43 ; C.E.D.H., 20 janvier 2009, *Sud Fondi SRL e.a. C. Italie*, n° 75909/01, § 116 ; C.C., 28 mars 2013, n° 47/2013, point B.4.3 ; C.A., 15 octobre 2002, n° 147/2002, point B.17.3 ; C.A., 26 juin 2002, n° 108/2002, point B.7.3 ; C.A., 20 février 2002, n° 38/2002, point B.7.3 ; C.A., 30 octobre 2001, n° 132/2001, point B.6.2 ; C.A., 29 mars 2001, n° 43/2001, B.5.3 ; voy. également C.C., 7 novembre 2013, n° 148/2013, point B.3. Sur ce que la règle constitue un principe général du droit, voy. Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 5.

(2768) Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « Non seulement cette règle est aussi requise par la présomption d'innocence consacrée à l'article 6, § 2, de la Convention, mais en outre hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit » (C.E.D.H., 12 avril 2012, *Lagardère C. France*, n° 18851/07, § 77).

(2769) Voy. A. JAULT, *La notion de peine privée, o.c.*, n°s 116 et s., pp. 67 et s. ; voy. aussi C. CAUFFMAN, *o.c.*, *T.P.R.*, 2007, n° 86, p. 850.

(2770) Voy. sur ce point C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, n° 911, p. 508.

(2771) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101.

que les exigences de l'ordre social devaient s'apprécier en fonction du contenu de la convention et du rôle joué par chacune des parties à ce contrat dans la transgression de la loi plutôt que de la seule mission d'intérêt public confiée à l'Office.

La Cour de cassation rejeta cependant le pourvoi. Après avoir rappelé le caractère facultatif de l'adage et les critères qui commandent son application (2772), elle estima en effet qu'il est « indifférent que la répétition soit, comme en l'espèce, poursuivie par l'État belge, subrogé à l'Office des séquestres, dont le moyen soutient qu'il n'a pas plus de droits que le séquestrés lui-même, ou que le juge du fond se décide à accueillir la répétition sur des motifs étrangers au contenu de la convention elle-même ou au rôle que les parties ont joué lors de la conclusion de celle-ci ».

La lecture de cet attendu pourrait donner à penser que, pour la Cour, l'intérêt général qui commande l'application ou l'écartement de l'adage *in pari causa* peut dans certains cas être entièrement détaché de la culpabilité des parties. Certes, comme le rappelle la Cour dans le même arrêt, la restitution peut être refusée par le juge « parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé ». Néanmoins, la Cour se refuse à censurer la décision du juge qui, sans tenir compte du degré de culpabilité respective du séquestré et de son cocontractant, s'était borné à constater que la répétition bénéficierait ici à une autorité publique, et n'estime dès lors même pas nécessaire d'examiner si, venant aux droits du séquestré, cette autorité pouvait ou non avoir plus de droits que celui-ci. À la limite, cette décision paraît inviter à considérer que la restitution devrait toujours être autorisée lorsqu'elle bénéficie à une autorité publique – et, inversement, refusée lorsqu'elle pourrait nuire à celle-ci –, même lorsque cette autorité est elle-même à la source de l'illégalité, puisqu'elle demeure par hypothèse la meilleure représentante de l'intérêt général.

Nous ne dissimulerons pas nos réticences face à un tel raisonnement marqué au coin de la raison d'État. Nonobstant sa motivation, la solution donnée par la Cour nous paraît néanmoins pouvoir être réconciliée avec le principe de la personnalité des peines (2773). Il suffit, en effet, de relever qu'en tant que tiers à la convention illicite, l'Office des séquestres et l'État belge ne pourraient se voir opposer la faute commise par le séquestré. S'agissant d'un principe de droit pénal

(2772) Voy. *supra*, n° 280, III.

(2773) Comp. avec la démarche interprétative de Dworkin pour qui, dans certaines circonstances, « Fitting what judges did is more important than fitting what they said » (R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 248).

(au sens autonome du terme), il serait dès lors « indifférent », pour reprendre les termes de la Cour, que l'autorité publique vienne ou non aux droits du séquestré, cette succession ne pouvant valoir en toute hypothèse que sur le plan civil.

Si l'on suit cette interprétation, la solution vaudrait dès lors également, par exemple, à l'égard des héritiers de la partie coupable décédée avant l'introduction de l'action en nullité : l'ordre social s'opposerait à ce que la restitution leur soit refusée dès lors qu'ils ne peuvent être tenus pénalement responsables des agissements de leur auteur.

II. Une autre conséquence de la qualification de peine privée pourrait être, assez curieusement, l'application des *mesures de clémence* que sont le sursis et la suspension du prononcé, dont la Cour de cassation a admis qu'elles concernent toutes les peines au sens autonome de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (2774).

III. Plus important sur le plan pratique est le principe *ne bis in idem*, garanti par l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (2775) et l'article 4 du Septième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur en Belgique le 1^{er} juillet 2012.

À cet égard, la Cour européenne a précisé que ce principe doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction (au sens autonome du terme) pour autant que celle-ci ait pour origine « des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » que ceux ayant donné lieu à une première décision passée en force de chose jugée et ce, qu'il s'agisse d'une décision d'acquiescement ou de condamnation (2776). L'application du principe suppose donc « un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant

(2774) Voy. Cass., 26 février 2008, *Nullum Crimen*, 2009, p. 39, note J. ROZIE, *R.W.*, 2008-2009, p. 1220, note P. HOET ; Cass., 12 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 401 ; Cass. (plén.), 27 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 441, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH (sol. implicite).

(2775) Cette disposition repose également sur une conception autonome de la matière pénale ; voy. l'Observation générale n° 32 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, points 57 et 15, lequel énonce : « Une accusation en matière pénale se rapporte en principe à des actes qui sont réprimés par la loi pénale interne. Cette notion peut également être étendue à des mesures de nature pénale s'agissant de sanctions qui, indépendamment de leur qualification en droit interne, doivent être considérées comme pénales en raison de leur finalité, de leur caractère ou de leur sévérité ».

(2776) Voy. C.E.D.H. (Gr. ch.), 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhin C. Russie*, n° 14939/03, § 82.

le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace » (2777). Dès que cette identité de faits est établie, l'intéressé ne peut plus être poursuivi, jugé ou condamné une seconde fois du chef de ceux-ci (2778).

Ce principe est loin d'être anodin. On constate en effet qu'une très large majorité des décisions rendues sur l'application de l'adage *in pari causa* se rapportent à la violation de dispositions par ailleurs pénalement sanctionnées (2779). Il en va notamment ainsi en matière d'accès à la profession (2780), de financement par une société du rachat de ses propres titres (2781) ou de conditions minimales auxquelles doivent répondre les logements loués (2782). Il en résulte que, lorsque ces sanctions pénales ont déjà été infligées par une décision passée en force de chose jugée ou que le prévenu a été acquitté du chef de poursuites fondées sur ces dispositions par une décision de même nature, il ne peut normalement plus ultérieurement se voir appliquer l'adage *in pari causa*. Inversement – et l'importance pratique de cette considération est encore plus grande –, lorsque l'application de cet adage est débattue devant le juge civil et que la décision de celui-ci, qu'il s'agisse d'une décision de refus ou d'application de l'adage, est passée en force de chose jugée, la personne concernée ne peut en principe plus ultérieurement être poursuivie au pénal. Cette situation, qui pourrait paraître choquante, invite à notre sens à réexaminer l'opportunité de confier au juge civil la répression des atteintes à l'ordre public (2783).

IV. On notera enfin que la qualification pénale de l'adage *in pari causa* justifie l'application du droit à un double degré de juridiction, garanti par l'article 14, §5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 2 du Septième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

(2777) *Ibid.*, § 84.

(2778) *Ibid.*, § 110. Voy. ainsi, sur le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative, C.C., 19 décembre 2013, n° 181/2013, point B.6.2.

(2779) Pour un aperçu de la jurisprudence récente, voy. *supra*, n° 282.

(2780) Voy. l'article 16, § 1^{er}, de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante et, antérieurement, l'article 14 de la loi du 5 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat.

(2781) Voy. art. 347, 4^o, et 648, 7^o, du Code des sociétés.

(2782) Voy. art. 201 du décret du 29 octobre 1998 portant le Code wallon du logement ; art. 20, § 1^{er}, du décret du 15 juillet 1997 « houdende de Vlaamse Wooncode » ; voy. également les amendes administratives prévues à l'article 15 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement.

(2783) Voy. à cet égard *infra*, n° 285.

Bien que d'une importance pratique limitée, ce principe signifie notamment qu'une personne à laquelle la restitution aurait été refusée sur la base de l'adage par une décision du juge de paix n'atteignant pas le taux du ressort devrait néanmoins pouvoir faire réexaminer sa « condamnation » (toujours au sein autonome du terme) par le tribunal de première instance. En revanche, aux yeux de la Cour de cassation, le seul fait qu'une peine soit infligée pour la première fois en degré d'appel en cas de réformation du jugement *a quo* n'implique, compte tenu de la réserve émise par la Belgique, aucune violation du droit à un double degré de juridiction (2784).

285. Suite – Inopportunité de la règle. L'analyse de la règle *in pari causa* comme une peine privée a eu pour effet de jeter de sérieux doutes sur la légalité de cet adage tel qu'il est généralement appliqué, son caractère essentiellement – et, dans une certaine mesure, délibérément – imprévisible entrant en conflit avec le principe de la légalité des délits et des peines. Par ailleurs, cette même analyse a mis en lumière certaines difficultés d'application de la règle, en particulier lorsque celle-ci doit se concilier avec le principe *ne bis in idem*.

Il reste maintenant à examiner si, au-delà de ces problèmes de légalité, le refus des restitutions à la partie coupable est dûment justifié. Nous nous tournerons, à cet égard, vers les deux fondements principaux attribués à l'adage (2785).

I. Le premier de ces fondements repose sur l'idée d'*indignité du demandeur en restitution* : ayant certes le droit de poursuivre la nullité de la convention qu'il a conclue, il serait néanmoins indigne de réclamer la protection de la loi qu'il a violée en poursuivant la restitution de ce qu'il a presté en exécution de cette convention.

Aussi séduisante apparaisse cette justification, elle cadre cependant mal avec le système de notre droit positif. Elle entretient en effet une étroite parenté avec la question des conditions d'accès au prétoire. Sur ce point, la jurisprudence de notre Cour de cassation est fixée en ce sens que l'intérêt à agir d'un demandeur n'est illégitime et n'entraîne l'irrecevabilité de l'action qu'à la condition qu'il poursuive *exclusivement* le maintien d'une situation contraire

(2784) Voy. en ce sens Cass., 3 septembre 2013, n° P.12.1645.N.

(2785) Voy. *supra*, n° 279.

à l'ordre public ou d'un avantage illicite (2786). Il résulte de cette jurisprudence que le seul fait que le demandeur se trouve dans une situation illégale ou ait accompli des actes illégaux ne l'empêche pas d'agir en justice, pour autant qu'il ne tente pas ce faisant de maintenir cette situation illégale. Or, l'action en restitution de ce qui a été presté en exécution d'un contrat nul vise précisément à empêcher le maintien d'une situation illégale. Il en résulte que l'intérêt à agir du demandeur en restitution est en principe *légitime* (2787) et qu'il serait dès lors incohérent de lui refuser néanmoins le bénéfice de la restitution sous prétexte qu'il ne pourrait invoquer sa propre turpitude.

L'indignité du demandeur n'est d'ailleurs pas le fondement retenu par la Cour de cassation pour justifier le refus des restitutions. Celle-ci préfère en effet se référer au souci de garantir le caractère à la fois dissuasif et répressif de la nullité (2788).

II. Que faut-il alors penser de cet autre fondement de la règle ?

A. La *composante dissuasive* de l'adage repose sur l'idée que le contrat illicite est exécuté en deux temps, et ne peut dès lors jouer dans les contrats exécutés de manière réciproque et immédiate (2789). Les exemples donnés par la doctrine sont généralement assez pittoresques : on évoque ainsi le commanditaire du meurtre qui verse ses arrhes au tueur avant que ce dernier ne passe à l'action. De manière plus courante, on pensera par exemple à l'entrepreneur ne satisfaisant pas aux conditions d'accès à la profession qui commence la construction de l'édifice avant d'avoir perçu la totalité du prix du maître de l'ouvrage. Quelle qu'en soit la forme exacte, cette asymétrie dans l'exécution serait censée dissuader purement et simplement chacun des cocontractants de s'exécuter en premier, car, en cas d'annulation du contrat, l'autre partie pourrait conserver sans indemnité ce qui a été presté à son égard.

(2786) Voy. Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 142 ; Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 120 ; Cass., 7 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 482 ; Cass., 8 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 606 (sol. implicite) ; Cass., 5 juin 2001, *Pas.*, 2001, n° 333, spéc. la note (1), p. 1047, exposant les conclusions partiellement contraires de M. l'avocat général DUINSLAEGER ; Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 188, *A.C.*, 1998, I, n° 188, avec les conclusions de M. le procureur général DE SWAEF, alors avocat général.

(2787) Voy., dans le même sens, H. DE WULF, *o.c.*, *R.D.C.*, 2007, n° 15, p. 267.

(2788) Voy. *supra*, n° 280, III.

(2789) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 890, p. 501.

À la réflexion, cette présentation n'emporte guère la conviction. On observera tout d'abord que le pouvoir d'appréciation reconnu au juge dans l'application de l'adage, et l'imprévisibilité qui en résulte, œuvrent ici contre sa force dissuasive (2790) : le contractant qui s'exécute le premier doit-il vraiment craindre de ne pouvoir récupérer sa prestation en cas d'annulation du contrat, alors que, selon les termes de la Cour de cassation, la restitution constitue la « conséquence normale » de la nullité et que l'adage n'y fait obstacle que par exception ? (2791)

En outre, la multiplicité des cas où les cours et tribunaux sont amenés à se pencher sur l'application de l'adage (2792) tendrait plutôt à faire penser que le caractère dissuasif de l'adage ne fonctionne pas en pratique (2793). Par ailleurs, on ne perdra pas de vue que la nullité et les restitutions qui l'accompagnent normalement ont par elles-mêmes déjà un certain effet dissuasif (2794) ; celui-ci est cependant anéanti par l'effet dissuasif supposé du refus des restitutions (2795).

La critique peut enfin être formulée de manière plus radicale. On a vu, en effet, que la très large majorité des cas où il est fait application de l'adage met en cause des dispositions déjà pénalement sanctionnées (2796). Ceci pose dès lors la question de l'utilité – ou, au contraire, du caractère superflu – de la sanction civile dans son volet dissuasif par rapport à la sanction pénale (2797). Si une personne est prête à faire appel aux services d'un tueur et que la perspective d'être poursuivie pour meurtre ne l'en a pas dissua-

(2790) Voy. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, n° 920, p. 511 ; P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n° 253, p. 264.

(2791) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101.

(2792) Voy. *supra*, n° 282.

(2793) Comp. les doutes formulés par C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 890, p. 501 et n° 920, p. 511, note n° 126 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, o.c., § 134, n° 1157, p. 392.

(2794) Voy. *supra*, n° 240, II.

(2795) Comp., dans un sens similaire, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 94, E, 5^o, p. 139 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 890, p. 501.

(2796) Voy. *supra*, n° 284, III.

(2797) Comp. BGH, 31 mai 1990, commenté *supra*, n° 280, III, où l'application du § 817 est écartée dès lors que l'objectif préventif de la loi est suffisamment atteint en raison de l'existence d'autres sanctions notamment pénales. Comp. également l'article II. – 7:302, alinéa 3, c), du **DCFR**, et son commentaire, p. 542 ; l'article 3.3.1, al. 3, c), des **Principes d'Unidroit 2010**, et son commentaire, p. 135 ; ainsi que J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 291, p. 193.

dée, croit-on vraiment que la crainte que l'acompte payé ne lui soit pas restitué en cas d'annulation du contrat l'empêchera d'effectuer le premier paiement ? Le même raisonnement peut être tenu à l'égard d'illégalités certes plus ordinaires, mais dont la sanction pénale n'est pas moins terrible à l'échelle envisagée (2798).

B. Envisageons enfin l'adage dans son *volet répressif*. Il est indéniable, cette fois, que le refus des restitutions atteint le but qu'il s'est fixé, à savoir celui de punir la partie coupable. Il ne le fait toutefois qu'au prix d'un enrichissement corrélatif du cocontractant libéré de son obligation de restitution.

Cet enrichissement aurait déjà de quoi surprendre lorsque ce cocontractant est entièrement innocent. Les règles de la responsabilité précontractuelle lui assurent en effet la réparation du préjudice que l'illégalité commise par son cocontractant lui aura fait subir (2799). Quelle justification existe-t-il pour lui permettre en outre de s'enrichir aux dépens de ce cocontractant certes coupable ? (2800)

Surprenant lorsqu'il profite à la partie innocente, l'enrichissement du cocontractant devient décidément injustifiable lorsqu'il bénéficie cette fois à une partie coupable, fût-ce à un moindre degré que celle à qui la restitution est refusée. En punissant d'une main le crime, la Justice le récompense de l'autre ; est-ce là une solution désirable ? (2801) Confrontés à ce paradoxe, certains auteurs estiment que « [d]ans les cas individuels, force est de

(2798) Ainsi, par exemple, en cas de méconnaissance des conditions d'accès à la profession, le juge peut notamment ordonner la fermeture de l'établissement, outre une amende pouvant aller jusqu'à 10.000 €, c'est-à-dire en réalité presque 50.000 € en tenant compte des décimes additionnels (art. 16 de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante). Il s'agit là d'une sanction souvent bien plus radicale que celle consistant à priver l'entrepreneur d'une indemnisation pour le travail accompli.

(2799) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 920, pp. 511 et s. ; voy. *infra*, n°s 335 et s.

(2800) Et ce, alors que la victime de toute autre faute – fût-ce par exemple un dol dans la formation du contrat, une inexécution délibérée de celui-ci ou encore un accident mortel de la circulation – n'a droit, en règle, qu'à la réparation de tout son dommage, mais rien que de son dommage ? Comp. dans le même sens C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 917, p. 510 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 134, n° 1156, p. 392.

(2801) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, o.c.*, n° 110, p. 207, admet que « [l']argumentation est pressante, car elle fait appel à une idée morale pour combattre une règle fondée sur la morale. On peut pourtant répondre ceci : le législateur ou le juge ne peuvent se flatter de punir tous les coupables ; il y a des tractations immorales qui échappent à leur censure. Dans une turpitude commune, tant pis pour celui qui a besoin du secours judiciaire. L'autre n'est pas moins coupable, mais on n'a rien à lui refuser, parce qu'il ne demande

constater que le refus de répétition est moralement et socialement choquant » et en concluent que seule sa fonction préventive ou dissuasive peut encore justifier l'adage, comme si au fond celui-ci était conçu pour ne jamais devoir être appliqué (2802) ; nous avons vu, cependant, que même cette justification n'était pas à l'abri de la critique.

286. Suite – Conclusion. Des développements qui précèdent, nous retiendrons qu'en dépit des faveurs dont il jouit dans la doctrine et la jurisprudence, l'adage *in pari causa*, « fruit d'un moralisme discutabile et ferment d'un arbitraire insupportable » (2803), se heurte à de sérieuses objections de légalité et ne repose au surplus sur aucune justification convaincante. Son application généralisée est du reste d'autant plus problématique que, compte tenu de la multiplication des législations d'ordre public, l'adage risque de perturber le fonctionnement de l'ensemble du droit des nullités (2804). Si l'on désirait, malgré tout, le conserver dans l'arsenal du droit positif, il devrait à notre sens passer au préalable par de profondes réformes.

Dans un souci de prévisibilité imposée par le principe de légalité des délits et des peines, son application devrait être systématisée sur la base de critères précis (2805). On pourrait à cet égard songer à faire de son application la règle, sachant que la mesure du sursis pour-

rien ». Étrange morale, qui préfère tourner le dos à ceux qui font appel aux tribunaux et privilégier ceux qui peuvent compter sur leur position de force.

(2802) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 371, p. 307 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 134, n° 1156, p. 391. Comp. également BGH, 20 mai 1964, *N.J.W.*, 1964, p. 1791, point I, 4, c), qui relève qu'il dépend souvent du hasard de savoir qui des deux contractants s'est déjà exécuté et, dès lors, qui est puni et qui bénéficie du refus des restitutions, ce qui plaide en faveur d'une interprétation restrictive du § 817, 2^e phrase, du BGB ; plus radical, T. WAZLAWIK, « § 817 Satz 2 BGB – Eine systemwidrige Vorschrift? », *ZGS*, 2007, pp. 336 et s., spéc. p. 343, pour qui la rupture de l'équilibre synallagmatique provoquée par le § 817, 2^e phrase, est contraire à tout le système du BGB.

(2803) Cette élégante formule est empruntée à D. MAZEAUD, « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », note sous Cass. fr., 24 janvier 2002, *D.*, 2002, jur., pp. 2559 et s., n° 3, dans le contexte voisin de la réparation du dommage consistant en la privation d'un avantage illicite.

(2804) Comp., dans le même sens, les conclusions de M. le procureur général R. HAYOT DE TERMICOURT avant Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., spéc. p. 20. Il en irait *a fortiori* ainsi s'il fallait suivre la thèse des auteurs qui préconisent l'extension de l'adage au domaine des nullités relatives (voy. *supra*, n° 280, I).

(2805) Ainsi, par exemple, l'article 6, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (à propos duquel voy. *supra*, n° 255) n'apparaît pas critiquable au regard du principe de légalité des délits et des peines, dès lors que l'exclusion des restitutions à charge

rait en éviter les applications indésirables. Par ailleurs, pour éviter que le refus des restitutions ne bénéficie à une partie coupable, la loi devrait prévoir expressément la confiscation de la prestation au profit de l'État (2806). Enfin, pour éviter que la règle *ne bis in idem* n'empêche l'introduction de poursuites pénales après que l'application de l'adage a été débattue devant le juge civil et inversement, on pourrait envisager de confier au seul juge pénal la mission de prononcer le refus des restitutions, en complément des autres peines, chaque fois que l'illégalité du contrat résulte de la violation de dispositions pénalement sanctionnées.

En l'état actuel, les critiques que nous avons formulées nous conduisent cependant à rejeter purement et simplement l'application de l'adage (2807).

Le seul cas où la restitution pourrait encore être refusée serait l'hypothèse très particulière où *l'objet même de la restitution* serait par nature contraire à l'ordre public, parce qu'il s'agirait par exemple d'un objet hors commerce, tel que des stupéfiants, ou de la restitution par équivalent d'un service qui ne peut légalement être valorisé, tel que l'engagement de commettre un meurtre (2808). En ce cas, la restitution serait refusée, non par application de l'adage, mais parce que le demandeur poursuivrait en réalité la création ou le maintien d'une situation contraire à l'ordre public de sorte que son intérêt à agir serait illégitime (2809). Les cas où la demande en restitution serait ainsi rejetée demeureront cependant exceptionnels (2810).

de l'assuré qui s'est rendu coupable d'une omission ou d'une inexactitude intentionnelles est automatique et ne laisse donc pas de place à l'arbitraire.

(2806) Voy. déjà J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome 1^{er}, o.c., *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. 1^{er}, titre XVIII, sect. IV, n° 5, p. 399 (et, sur l'interprétation de ce passage, C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, n° 1928, p. 578) ; C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand traduit et annoté*, vol. II, Paris, Imprimerie nationale, 1904, art. 817, § IV, p. 378 ; *adde*, plus prudent, P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, o.c., n°s 245 et s., pp. 260 et s.

(2807) Dans le même sens, D. MAZEAUD, « Restitutions », note sous Cass. fr., 25 février 2004, n° 02-15.269, *Rev. contrats*, 2004, p. 635 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 921, p. 513.

(2808) Comp. art. 6:211 NBW et J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n°s 286 et s., pp. 190 et s.

(2809) Voy. *supra*, n° 285, I.

(2810) Voy. ainsi Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, point 5, *N.J.W.*, 2013, p. 29, note M. DAMBRE, décidant que le fait qu'un bail soit annulé pour infraction aux normes de qualité d'habitation contenues dans le Vlaamse Wooncode qui sont d'ordre public, n'exclut pas que le bailleur obtienne néanmoins une indemnité pour l'occupation du bien loué ; de même, Hoge Raad, 13 avril 2001, LJN AB1055, qui estime que la promesse d'une commune de réviser un plan d'occupations des sols, quoique illégale, était néanmoins légalement valorisable en argent et dès lors restituable par équivalent.

En outre, la confiscation pourra toujours être prononcée par le juge répressif dans les conditions prévues aux articles 42 et suivants du Code pénal dans les hypothèses – nombreuses – où la loi violée est pénalement sanctionnée (2811).

Enfin, lorsque le contrat est annulé par la faute d'une seule des parties (par exemple, en cas de mobile illicite unilatéral), la partie innocente ne sera pas totalement démunie même si elle ne peut pas se prévaloir de la règle *in pari causa*. Nous verrons en effet qu'elle est à notre sens habilitée à réclamer à la partie coupable des dommages-intérêts visant à lui accorder le bénéfice économique du maintien du contrat (2812).

6. – Incapacité d'une des parties

287. Principe. La loi comporte une autre exception aux restitutions consécutives à la nullité d'un contrat et, ainsi, à leur effet rétroactif. L'article 1312 du Code civil dispose en effet :

« Lorsque les mineurs ou les interdits sont admis en ces qualités à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou l'interdiction, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit » (2813).

L'objectif de cette disposition est facile à comprendre : elle se justifie par un souci de protection de l'incapable (2814). Celui-ci

(2811) Comp. R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation. Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, pp. 253 et s., n° 36, p. 262.

(2812) Voy. *infra*, n°s 346 et 349.

(2813) Voy., dans le même sens, les articles 1241 et 1926 du Code civil. On notera que la référence faite par l'article 1312 aux interdits est supprimée par la loi du 17 mars 2013, qui entrera en vigueur le 1^{er} juin 2014. Celle-ci reprend cependant le même principe aux nouveaux articles 493, § 3, alinéa 2, et 499/13, alinéa 6, du Code civil. Sur cette nouvelle loi, cons. F. DEGUEL « La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 290 et s. ; T. DELAHAYE et F. HACHEZ, « La nouvelle loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine », *J.T.*, 2013, p. 465 ; K. ROTTHIER, « De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief », *Not. Fisc. M.*, 2013, pp. 182 et s.

(2814) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 317, p. 206 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 108 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1970, p. 334 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 232, p. 179 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, o.c., n° 107, p. 200 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 823, p. 793 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX,

n'est en effet, par hypothèse, pas en mesure de gérer convenablement ses biens ; on craint qu'il ne les dilapide. Or, s'il était tenu de restituer ce qu'il a reçu en exécution du contrat nul alors que cette prestation ne se trouvait plus dans son patrimoine, on réduirait à néant l'objectif du législateur, qui était précisément de protéger l'incapable contre lui-même. La disposition a donc pour but de conférer un effet utile à l'action en nullité accordée à l'incapable. Son cocontractant demeure en revanche tenu à restitution conformément au droit commun (2815), et ne pourrait donc opposer l'exception d'inexécution.

À côté de ce but principalement protecteur, on peut également discerner une fonction préventive (2816), voire même répressive (2817) de la règle. En effet, ce régime défavorable au cocontractant est supposé le dissuader de traiter avec l'incapable, et a pour conséquence de le traiter plus sévèrement qu'en droit commun s'il passe outre à cette interdiction. Cette composante préventive et répressive nous paraît toutefois trop marginale pour faire de la règle une véritable peine privée (2818).

288. Régime. L'objectif de protection de la disposition permet de tracer les contours de ses conditions d'application.

La protection ne joue que si l'incapable agit « en cette qualité ». Lorsqu'il se fonde sur une autre cause de nullité que son incapacité, tel un vice de consentement, il n'existe en effet aucune raison de

Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c., n° 233, p. 184 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 669, p. 390 ; L. JOSSEYRAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, *o.c.*, n° 362, p. 170 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *o.c.*, n° 240, p. 388 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, *o.c.*, n° 66, p. 67 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 333, p. 326 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 726, p. 362 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 169, p. 184 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 87, p. 13 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 287 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 427, p. 429.

(2815) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 823, p. 793.

(2816) Voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 232, p. 179 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 726, p. 362 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 333, p. 326 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 169, p. 184 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 87, p. 13.

(2817) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 823, p. 793.

(2818) *Comp. supra*, nos 283 et s.

le traiter différemment d'un autre demandeur en nullité (2819). Pour que l'article 1312 puisse jouer, il faut encore que l'incapable ait reçu le paiement dont la restitution lui est réclamée pendant son incapacité (2820). Par ailleurs, malgré les termes restrictifs de la loi qui ne vise que le mineur et l'interdit, le régime est étendu à toutes les incapables, étant jugés également dignes de protection (2821). Il n'en va autrement que lorsque l'incapable a dissimulé sa condition par dol (2822), ce qui peut être vu comme une application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*.

La restitution est cependant ordonnée lorsque le paiement fait à l'incapable a « tourné à son profit ». Cette dernière expression signifie que la chose reçue par l'incapable doit avoir véritablement accru son patrimoine et que cet enrichissement doit avoir subsisté (2823). Si l'on considère généralement que cette condition doit être appréciée au jour de l'introduction de la demande en nullité, il serait plus logique de se placer au jour où l'incapacité a cessé (2824). La preuve que cette condition est remplie incombe à celui qui a traité avec l'incapable (2825).

(2819) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1977, p. 338 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, o.c., n° 67, p. 68 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 276, p. 247, note n° 1197.

(2820) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, o.c., n° 67, p. 68 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 170, p. 186.

(2821) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 319, p. 208 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1974, p. 337 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 823, p. 794 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 276, p. 248. — On refuse cependant le bénéfice de la disposition aux personnes frappées d'une incapacité spéciale portant sur un acte déterminé (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 823, p. 794 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 276, p. 248).

(2822) Arg. art. 1307 lu a contrario ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 232, p. 179 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 171, p. 187. De même, ce n'est qu'en cas de dol que la responsabilité précontractuelle de l'incapable sera engagée (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 56.III et s., pp. 46 et s.).

(2823) Voy. not. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 232, p. 179 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 823, p. 793 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 276, p. 247 ; pour des cas d'application, F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 427, p. 429.

(2824) Voy. en ce sens F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 427, p. 429.

(2825) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1971, p. 335 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 162 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, o.c., n° 70, p. 70 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 276, p. 247.

Il est intéressant de noter qu'en l'absence de tout texte exprès en ce sens, la **jurisprudence allemande** n'en pas moins dégagé une règle similaire. Elle considère en effet que lorsque le contrat conclu par l'incapable lui a octroyé un avantage qui ne peut être restitué en nature (location d'une voiture, billet d'avion, cours donnés par une auto-école, etc.), l'objectif de protection poursuivi par la nullité s'oppose à ce que le mineur soit tenu à une restitution par équivalent, comme cela devrait normalement résulter du § 818, alinéa 2, du BGB, sauf lorsque l'acquisition de ces avantages répondait à la volonté de son représentant légal (2826).

Ce dispositif d'exception confirme que l'effet rétroactif, loin de constituer une conséquence automatique de nullité, n'est rien d'autre qu'un procédé technique qui doit parfois s'accommoder du respect d'intérêts particuliers (2827).

B. – Autres conséquences de l'annulation

289. Principe et applications. Les restitutions constituent assurément la principale conséquence de l'annulation d'un contrat, raison pour laquelle nous leur avons consacré de longs développements. Elles ne suffisent cependant pas à épuiser la question des effets de la nullité entre parties. De manière générale, on considère en effet que l'annulation a pour conséquence l'effacement de tous les effets du contrat, à savoir toutes les obligations tant principales qu'accessoires qu'il a générées, et ce, tant pour le passé que pour l'avenir (2828).

L'annulation du contrat ôte ainsi tout caractère obligatoire à la norme contractuelle. Les parties peuvent donc méconnaître celle-ci sans encourir la moindre responsabilité contractuelle. Par

(2826) Voy. J. SCHMITT, « §§ 104-115 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, pp. 993 et s., § 105, n^o 49, pp. 1008 et s. ; B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, « §§ 90-113 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 73 et s., § 105, n^o 5, p. 89.

(2827) Voy. *supra*, n^o 241.

(2828) Voy. Cass., 28 novembre 2013, n^o C.12.0556.N, point 13 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 336, p. 427 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n^o 1967, p. 332 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 221, p. 172 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 161 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n^o 389, p. 232 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n^o 328, p. 312 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n^o 2. On réserve toutefois la question des nullités partielles : voy. *infra*, n^{os} 307 et s.

conséquent, si une partie a manqué à ses obligations contractuelles et que le contrat est ultérieurement annulé, sa faute contractuelle sera rétroactivement effacée (2829) et il ne pourra plus être question, par exemple, de résoudre le contrat aux torts d'une partie (2830).

S'il est impossible d'énumérer de manière exhaustive les conséquences de ces principes, certaines de leurs applications peuvent néanmoins être mentionnées.

Ainsi, un contrat de travail nul ne peut servir de fondement à une demande de paiement d'allocations de sécurité sociale (2831). Par ailleurs, en cas d'annulation d'une clause pénale, l'indemnisation du dommage subi par une partie par la faute de son cocontractant intervient conformément aux règles du droit commun (2832).

De manière plus générale, compte tenu de l'effet rétroactif de l'annulation, il importe peu que *le contrat ait déjà pris fin* au moment où son annulation est sollicitée (2833). Celle-ci aura en effet simplement pour effet de rendre sans objet la cause de dissolution dont les effets se produisent à une date ultérieure à ceux de la nullité (2834).

(2829) Voy. Cass. fr., 18 novembre 2009, *Bull.*, 2009, III, n° 252, *D.*, 2010, p. 741, note F. LABARTHE ; Cass. fr., 28 janvier 1998, n° 95-19.095 ; Cass. fr., 7 novembre 1978, *Bull.*, 1978, IV, n° 254 ; J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 25, p. 434 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1022, p. 2101 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 389, p. 233 ; J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 16, p. 217 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 462 ; C. RIGALLE-DUMETZ, « Le rejet de la résolution partielle ou la lecture normative de la règle résolutoire », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 125 et s., n° 7, p. 129 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 19, p. 17 ; comp. cependant la curieuse décision rendue par Cass. fr., 16 mars 1999, *Bull.*, 1999, I, n° 95 (« en allouant des dommages-intérêts à Mme X [...], la cour d'appel a justement réparé le préjudice d'exploitation causé à cette dernière par l'exécution défectueuse du contrat nul »). La responsabilité de la partie pourrait néanmoins demeurer engagée si son comportement devait être qualifié de fautif au regard cette fois des critères de la responsabilité précontractuelle ou extracontractuelle.

(2830) Civ. Gent, 23 mars 2010, *T.B.O.*, 2012, p. 75, note C. HEEB.

(2831) Voy. Cass., 1^{er} février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 359 (sol. implicite) et les notes (1) et (2) signées W.G. ; voy. cependant l'exception introduite en faveur des travailleurs lorsque la nullité trouve sa cause dans la réglementation du travail, *supra*, n° 255, II.

(2832) Voy. Brussel, 21 mars 2006, *D.C.C.R.*, 2006, n° 73, p. 106, point 15 ; Gent, 1^{er} février 2006, *D.C.C.R.*, 2006, n° 73, p. 114, point 20, note G. COENE.

(2833) Voy. ainsi, en cas de *mutuus dissensus*, Cass. fr., 8 novembre 1994, *Bull.*, 1994, IV, n° 331 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, n° 623, p. 805 ; J. DEWEZ, « La résiliation du contrat par accord mutuel des parties », note sous Cass., 27 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 226 et s., n° 23, p. 233 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 669, p. 711 ; en cas de résiliation du contrat conformément à l'article 31, §1^{er}, alinéa 4, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : Cass., 6 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 88.

(2834) Sur l'effet de la nullité d'un contrat sur les actes qui lui sont liés par l'objet, voy. *infra*, n°s 328 et s.

En droit allemand, on admet même généralement la possibilité de provoquer l'annulation d'un acte déjà nul, notamment lorsque cette annulation produirait des conséquences différentes de la nullité déjà intervenue (*Doppelwirkung*) (2835). À cet égard, nous avons relevé que le fait qu'un contrat doté d'une cause illicite soit également nul pour un autre motif n'empêche pas l'application de la règle *in pari causa* (2836).

Il se peut également que l'acte de résiliation d'une convention – que cette résiliation soit intervenue de manière unilatérale ou bilatérale – soit annulé. En ce cas, l'annulation fait revivre la convention résiliée (2837), pour autant bien sûr que l'acte annulé ait bien été la cause de la résiliation (2838). Cette « résurrection » du contrat ne va pas sans susciter certaines difficultés pratiques, qu'on ne peut ici qu'esquisser.

Ainsi, par exemple, si la résiliation d'un bail est annulée, il se peut que les lieux aient déjà été reloués dans l'intervalle à un tiers. Or, l'annulation de la résiliation n'entraînera pas nécessairement celle de la relocation (2839). Au cas où cette dernière est maintenue, le bailleur se trouvera alors automatiquement en faute vis-à-vis du premier locataire auquel il ne peut fournir la jouissance des lieux loués, ne pouvant en vertu de sa garantie du fait personnel déloger le second locataire, premier occupant des lieux (2840).

(2835) Sur cette théorie, controversée, cons. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 31, pp. 566 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., § 47, n^{os} 728 et s., pp. 290 et s. ; M. SCHERMAIER, o.c., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, o.c., §§ 142-144, n^o 8, pp. 806 et s.

(2836) Voy. *supra*, n^o 280. Pour une autre forme de *Doppelwirkung* dans le domaine des nullités partielles, voy. *infra*, n^o 307.

(2837) **En droit allemand**, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 31, p. 566 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 44, n^{os} 47 et s., p. 807. Il en va de même **en droit néerlandais** (C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n^o 637, qui cite également l'exemple de l'annulation d'une novation ou d'une compensation conventionnelle), mais, au cas où cette résurrection du contrat devait entraîner des difficultés pratiques, l'article 3:53, alinéa 2, du NBW permettrait alors de déroger à l'effet rétroactif (voy. *supra*, n^o 238, III, A). – De même, l'annulation d'une convention novatoire fait revivre la convention antérieure à laquelle elle s'était substituée (Cass. fr., 14 mai 1996, *Bull.*, 1996, IV, n^o 138 ; Cass. fr., 12 février 1986, *Bull.*, 1986, III, n^o 9 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 80, p. 93).

(2838) Sur cette réserve, voy. Cass., 26 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n^o 62 (où il n'apparaissait pas des faits constatés par la décision attaquée que l'acte antérieur avait bien été résilié en raison de l'acte annulé).

(2839) Sur cette question, voy. *infra*, n^{os} 325 et s.

(2840) Voy. Y. MERCIERS, « Le bail en général », *Rép. not.*, tome VIII, L. I, Bruxelles, Larcier, 1997, n^o 194, p. 183.

Même en l'absence de toute relocation, le preneur sera rétroactivement tenu au paiement du loyer pour la période séparant la résiliation du bail de son annulation. Réciproquement, le bailleur sera tenu de fournir la jouissance de la chose au cours de la même période. Par analogie avec l'annulation du contrat de bail, il nous semble que cette jouissance devra être fournie par équivalent sous la forme d'une indemnité égale à la valeur locative du bien (2841).

Plus délicate, en revanche, est l'hypothèse où l'annulation de la résiliation a pour effet de faire renaître des droits qui auraient dû être exercés avant le prononcé de l'annulation. On pense ainsi à des droits enserrés dans des contraintes temporelles, telle qu'une demande de renouvellement d'un bail commercial, l'exercice d'un droit de préemption ou de résiliation triennale. Lorsque l'annulation de la résiliation est imputable à la faute d'une partie, le cocontractant pourra alors réclamer l'indemnisation de la perte d'une chance d'exercer ce droit sur la base de la théorie de la *culpa in contrahendo* (2842). Hors cette hypothèse et afin de donner un effet utile à l'annulation, on serait tenté de ne faire courir le délai d'exercice des droits nés au cours de la période intermédiaire qu'à compter de l'annulation de la résiliation (2843). Une telle solution pourrait cependant se révéler attentatoire à la sécurité juridique, particulièrement lorsque ces droits intéressent des tiers et/ou que la période intermédiaire couvre un grand laps de temps ; or, les effets de l'annulation doivent dans la mesure du possible se concilier avec les exigences de la sécurité juridique (2844). En l'absence de jurisprudence sur cette question, il est difficile de prendre parti.

290. Survie limitée du contrat nul en tant que fait juridique. Si l'acte annulé perd donc en règle tous ses effets juridiques, ceci n'empêche toutefois pas que certaines conséquences, considérées comme indirectes ou accidentelles, demeurent (2845). On a pu exprimer cette idée de manière plus précise en soulignant que l'acte nul existe, non comme acte juridique, mais comme fait

(2841) Comp. *supra*, n^{os} 260 et s.

(2842) Voy. *infra*, n^{os} 335 et s.

(2843) Comp. en ce sens Cass., 4 avril 2002, *Pas.*, 2002, n^o 209, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THJLS : lorsqu'une autorité administrative est obligée de prendre des décisions dans un délai légal, que la loi lie des conséquences à l'expiration de ce délai, et que la décision prise en temps utile est annulée par le Conseil d'État, l'autorité administrative dispose d'un nouveau délai légal complet pour prendre une nouvelle décision.

(2844) Voy. *supra*, n^o 241, III.

(2845) Voy. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 170 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 660 et s. ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 289.

juridique auquel certaines conséquences légales peuvent être attachées, voire même comme simple élément de fait (2846).

Ainsi, bien que l'acte annulé soit effacé, il pourra encore être invoqué pour établir l'existence d'une *culpa in contrahendo* (2847).

On trouve une autre application de cette idée à l'article 1038 du Code civil (2848). Lorsque le testateur aliène un bien légué par testament, la loi interprète cette aliénation comme une révocation implicite du legs, même lorsque cette aliénation est ultérieurement annulée. Ainsi, bien que les effets principaux de l'aliénation soient rétroactivement effacés par la restitution de la chose au testateur, la loi considère néanmoins la volonté du testateur de révoquer le legs comme un fait juridique survivant à l'annulation de l'acte (2849).

Cette survie de la volonté des parties à l'annulation comme fait juridique se retrouve également dans la problématique de la nullité partielle (2850).

On peut encore rapprocher ce mode de raisonnement de celui consistant à voir dans un acte authentique nul en la forme un acte sous seing privé (article 1318 du Code civil) et, plus généralement, dans un *instrumentum* nul un commencement de preuve par écrit (2851).

Quant à la prise en compte du contrat annulé comme simple fait matériel, on a par ailleurs relevé que le montant du loyer convenu peut être pris en considération par le juge comme simple élément de fait,

(2846) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 388, p. 232 ; voy. déjà, **en droits allemand et néerlandais**, *supra*, n°s 237 et s.

(2847) J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations, o.c.*, n° 107, p. 201 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 392, p. 234 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 660 (qui va jusqu'à considérer, p. 674, note n° 1, que cette responsabilité est de nature contractuelle : voy. à ce propos *infra*, n°s 336 et s.) ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 8, p. 797.

(2848) « Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. »

(2849) À cet égard R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 670 et s., spéc. note n° 1, fait valoir à juste titre que l'application de l'article 1038 devrait dès lors être écartée lorsque la cause d'annulation est telle qu'elle exclut toute volonté d'aliéner la chose léguée (état de démence, *error in corpore*, etc.). En revanche, toute autre cause d'annulation, aussi grave soit-elle (telle qu'une cause illicite), ne suffirait pas à empêcher la révocation du legs.

(2850) Voy. *infra*, n°s 306 et s.

(2851) Voy. à ce propos D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, tome IV, L. II, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 62, pp. 128 et s., et, sur les rapports de cette règle avec la théorie des nullités, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 686 et s., note n° 2 ; *infra*, n°s 319 et s.

valant présomption de l'homme, pour fixer le montant de l'indemnité locative due en cas de restitution par équivalent (2852).

IV. – Effets à l'égard des tiers

A. – Généralités

291. Principe : effet *erga omnes* de la nullité. La nullité ne déploie pas uniquement ses effets entre les parties ; il est en effet largement admis en droit positif qu'elle produit également, en règle, ses effets à l'égard des tiers, qui ne peuvent dès lors plus se prévaloir du contrat nul (2853).

Un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1995 confirme expressément ce principe (2854).

À la suite du licenciement d'un travailleur, un mouvement de grève fut déclenché au sein d'une entreprise. Sous la pression de celle-ci, l'employeur décida de signer avec un syndicat une convention collective de travail au terme de laquelle le travailleur licencié fut réintégré dans l'entreprise et se vit reconnaître la qualité de délégué syndical (2855). Mais, quelque temps plus tard, le travailleur fut à nouveau licencié. Devant les juridictions du travail, l'employeur contesta la validité de la convention collective par laquelle il avait reconnu au travailleur la qualité de délégué syndical en alléguant que son consentement avait été entaché par le vice de violence. La cour du travail se

(2852) Voy. l'avis de M. l'avocat général DOMINGO av. Cass. fr., 9 novembre 2007, *B.I.C.C.*, n° 676, pp. 35 et s., spéc. p. 45.

(2853) Voy. P. ANCEL, « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *Rev. contrats*, 2008, pp. 35 et s. ; E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, tome III, n° 282, p. 151 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 114 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 236, p. 175 ; J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome 1^{er}, *o.c.*, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. 1^{er}, titre 1^{er}, sect. V, n° 17, p. 152 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *o.c.*, n° 557, p. 700 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 711, p. 410 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, *o.c.*, n° 72, p. 71 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 638 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 286 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 2 ; S. STIJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 227 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 431, p. 433 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, *o.c.*, n° 131, p. 416 ; M. VON KÜEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 40, p. 611 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 351, p. 319.

(2854) Cass., 27 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1071.

(2855) On rappellera que, par dérogation à l'article 1165 du Code civil, cette convention collective du travail affecte les droits et obligations du travailleur bien qu'il n'y soit pas partie (voy. les articles 19.4 et 51.3, d), de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires).

refusa toutefois à suivre cette argumentation en relevant que le travailleur n'était pas partie à cette convention et que l'employeur s'était abstenu d'assigner en justice le syndicat en nullité de la convention. En d'autres termes, la cour du travail paraissait considérer qu'à tout le moins aussi longtemps que la nullité d'une convention n'avait pas été prononcée entre parties (c'est-à-dire en l'occurrence entre l'employeur et le syndicat), elle ne pouvait être invoquée à l'égard d'un tiers (en l'espèce, le travailleur).

Cette ligne de raisonnement encourt cependant la censure de la Cour de cassation. Celle-ci casse en effet l'arrêt attaqué en décidant « qu'en règle la nullité d'une convention peut être opposée à tous ceux qui se prévalent ou sont susceptibles de se prévaloir de l'acte irrégulier ». Il importe donc peu qu'aucune action en nullité n'ait été introduite contre le cocontractant (2856). On peut en déduire que si une telle action avait été introduite et si la nullité avait été prononcée entre parties, elle aurait *a fortiori* été opposable aux tiers.

On peut également se référer à un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 2011 qui décide que « [l]e moyen qui, en cette branche, suppose que la sanction de la nullité en raison de la violation d'une disposition d'ordre public peut uniquement être appliquée envers celui qui a violé ces dispositions, manque en droit » (2857). Bien qu'il s'agissait uniquement en l'espèce de savoir si la nullité fondée sur l'illicéité de l'objet pouvait être opposée aux demanderesses qui prétendaient ne pas être responsables de la violation de la loi, la formulation générale de ce motif confirme implicitement que la nullité prononcée vaut à l'égard de toute personne, qu'elle soit partie ou tiers à la convention.

292. Domaine d'application : les effets externes de l'acte annulé. L'annulation d'un contrat concerne au premier chef les parties à celui-ci, puisque ce n'est en principe qu'à l'égard de celles-ci que le contrat peut engendrer des droits et des obligations.

L'arrêt précité du 27 novembre 1995 révèle à cet égard que lorsque, par exception, la convention annulée produit des effets internes à l'égard des tiers, ceux-ci sont également directement concernés par l'annulation (2858). De même, lorsque la convention entraîne des paiements au profit ou à la charge de tiers, ceux-ci doivent en règle être restitués (2859).

(2856) Dans le même sens, Cass. fr., 21 février 1995, *Bull.*, 1995, I, n° 91.

(2857) Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, n° 288, point 8, analysé *supra*, n° 278.

(2858) *Voy. supra*, n° 291.

(2859) *Voy. supra*, n° 253.

Toutefois, ce n'est pas parce que la convention ne crée pas directement de droits ni d'obligations pour les tiers qu'elle serait entièrement indifférente pour apprécier leur situation juridique. On sait en effet depuis longtemps que le contrat a des *effets externes* à l'égard des tiers, en ce sens qu'ils sont tenus de – et habilités à – en reconnaître l'existence et les effets sur le patrimoine des parties, avec toutes les conséquences qui peuvent en découler pour eux (2860). Sans lier les tiers, le contrat existe donc pour eux à l'état de *fait juridique*. C'est à ce titre que l'annulation du contrat, qui entraîne la disparition rétroactive de ce fait (2861), est significative pour les tiers et leur est opposable (2862).

L'application la plus classique de ce principe concerne les actes de disposition (voy. *infra*, B) et, dans une moindre de mesure, les actes d'administration (C) et de conservation (D). D'autres applications sont toutefois envisageables.

La nullité « peut ainsi être opposée au créancier agissant par voie oblique, au titulaire d'une action directe telle que celle prévue par l'article 1798 du Code civil ou encore au cessionnaire d'une créance » (2863). Elle peut également l'être au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui (2864). De même, la caution et le codébiteur solidaire pourront opposer au créancier la nullité de l'obligation pour autant qu'elle ne soit pas purement personnelle au débiteur (2865). Autre exemple : en raison de l'annulation de la vente d'un véhicule pour

(2860) Voy. Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272, avec les conclusions de M. le procureur général TERLINDEN, alors premier avocat général, et, plus récemment, Cass., 27 juin 2013, *Pas.*, 2013, n° 400 ; Cass., 4 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 573 ; Cass., 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 518 ; Cass., 9 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 288 ; Cass., 25 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 265.

(2861) Ou, pour être tout à fait précis, des conséquences juridiques ordinaires du contrat, puisque conséquences secondaires peuvent encore lui être reconnues par la loi : voy. *supra*, n° 290.

(2862) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 4, p. 37 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 236, p. 175 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 557, p. 700 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 511.

(2863) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 322, p. 292, note n° 1418.

(2864) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 335, p. 216.

(2865) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 514, note (1). On mentionnera à cet égard un arrêt de la Cour de cassation de France décidant que la nullité pour cause de dol affectant le consentement du débiteur principal vise uniquement à protéger celui-ci et est dès lors une exception qui lui est personnelle (Cass. fr., 8 juin 2007, *Bull.*, 2007, ch. mixte, n° 5, revenant sur la solution consacrée par Cass. fr., 11 mai 2005, *Bull.*, 2005, III, n° 101). À l'inverse, la Cour de cassation de Belgique décide qu'un vice de consentement, tel que l'erreur ou le dol ne constitue pas une cause de nullité purement personnelle à la personne du débiteur, de sorte que la caution est admise à s'en prévaloir (Cass., 10 octobre 2013, n° C.12.0379.N, avec les conclusions de M. l'avocat général A. VAN INGELGEM), solution

dol de l'acheteur, l'assureur ne peut se prévaloir de la suspension de la garantie qui résulte normalement de l'aliénation du véhicule (2866). Relevons encore qu'en cas d'annulation d'un mandat, l'acte du mandataire n'est plus attribuable au mandant, sauf ratification (2867).

On signalera par ailleurs qu'il existe certaines exceptions à l'opposabilité aux tiers de la nullité en droit des assurances (2868), en droit des sociétés (2869) et en droit fiscal (2870).

293. Conciliation avec la relativité de la chose jugée.

I. L'effet *erga omnes* de la nullité paraît, de prime abord, heurter le principe de la relativité de la chose jugée (article 23 du Code judiciaire) (2871).

Certes, il se peut que les tiers auxquels la nullité de l'acte est opposée aient été parties à la procédure au cours de laquelle cette nullité est prononcée, ayant par exemple été appelés en déclaration de jugement commun (2872). En ce cas, il n'y a aucune difficulté à considérer que la nullité leur est pleinement opposable.

Mais que décider lorsque les tiers à l'acte sont demeurés étrangers à l'action en nullité ? Auront-ils, néanmoins, à en subir les conséquences ? (2873)

L'arrêt du 27 novembre 1995 (2874) montre que la situation inverse peut également se présenter : lorsque la nullité est constatée dans une procédure mettant aux prises une seule des parties au contrat et un tiers, cette nullité sera-t-elle opposable au cocontractant demeuré tiers à cette procédure ?

qui se concilie parfaitement avec l'effet relatif de la confirmation émanant du débiteur principal (voy. *supra*, n° 115).

(2866) Cass. fr., 21 février 1995, *Bull.*, 1995, I, n° 91.

(2867) P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 3, p. 37 ; voy. *supra*, n° 116.

(2868) Voy. ainsi l'article 87 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (et, à ce propos, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 335, p. 217).

(2869) Voy. les articles 172, alinéa 2, et 180 du Code des sociétés.

(2870) Cons. à ce propos Cass. 2 décembre 1969, *Pas.*, 1970, n° 479 et la thèse de M. GHYSELEN, *Fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblio, 1996.

(2871) Sur l'opposabilité de la nullité amiable aux tiers, voy. *supra*, n° 230.

(2872) Ce que recommandent, par exemple, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 829, p. 797 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 32, p. 24.

(2873) Pour une réponse négative, voy., semble-t-il, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 335, p. 216.

(2874) Voy. *supra*, n° 291.

Il convient, à notre sens, de bien distinguer les effets procéduraux et substantiels de l'action en nullité (2875). Sur le plan substantiel, la nullité produit effectivement ses effets *erga omnes*. Mais, sur le plan procédural, le jugement de nullité ne jouit de l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties à la procédure (indépendamment du point de savoir si elles étaient ou non parties au contrat annulé). À l'égard des tiers, ce jugement n'engendre pas en tant que tel d'obligations, mais jouit toutefois d'une *force probante*, laquelle peut être contestée notamment dans le cadre d'un recours en tierce opposition (2876).

II. *La portée exacte de la force probante* des jugements à l'égard des tiers suscite encore certaines incertitudes, exacerbées par la formulation de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1989 à laquelle certains commentateurs n'ont pas hésité à reprocher son ambiguïté (2877). La bonne compréhension de cette décision contraint à en retracer au préalable le contexte.

Dans cette affaire, un accident de la circulation s'était produit entre le sieur Rasschaert et le sieur Robberechts à la suite duquel le premier était décédé. La veuve du sieur Rasschaert et des parents plus éloignés s'étaient constitués parties civiles contre le sieur Robberechts. Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 13 mai 1980 décida que l'accident était imputable à concurrence de deux tiers au sieur Rasschaert et d'un tiers au sieur Robberechts. Il condamna, par conséquent, celui-ci à indemniser la veuve du sieur Rasschaert à concurrence d'un tiers de

(2875) Pour une distinction claire entre ces deux niveaux d'analyse, voy., par exemple, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, pp. 518 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 432, p. 434.

(2876) Voy. surtout Cass., 28 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, n° 495, *A.C.*, 1989, I, n° 495, avec les conclusions de M. le procureur général E. KRING ; voy. également Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 61, point 4, *A.C.*, 2011, n° 61, avec les conclusions de M. l'avocat général A. VAN INGELGEM ; Cass., 26 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 700, *A.C.*, 2009, n° 700, avec les conclusions de M. l'avocat général A. VAN INGELGEM (sur la base de l'article 89 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre) ; Cass., 29 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 510, point 7 (*a contrario*) ; Cass., 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 403, somm. ; Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 245 ; Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1053 ; Cass., 20 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1055 ; Cass., 16 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1028 ; conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH avant Cass., 24 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, pp. 544 et s., spéc. pp. 546 et s. – En raison de la formulation de l'arrêt du 28 avril 1989, le caractère facultatif de la tierce opposition, qui résulte de l'article 1124 du Code judiciaire, est controversé, mais, dans l'ensemble, majoritairement reconnu par la doctrine contemporaine ; cons. not. à ce propos H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 1037, pp. 720 et s., approuvé depuis lors par Cass., 21 janvier 2011, précité, point 5.

(2877) Décision citée à la note précédente ; pour cette critique, voy. not. J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 495 et s., n° 42, p. 523.

son dommage, la faute de son époux lui étant opposable en sa qualité d'ayant cause universelle. En revanche, les parents plus éloignés du sieur Rasschaert obtinrent l'indemnisation de la totalité de leur préjudice, l'arrêt estimant que la faute du sieur Rasschaert ne pouvait leur nuire dès lors qu'ils agissaient en nom propre en faisant valoir un dommage moral par répercussion.

La SA Groupe Josi, assureur du sieur Robberechts, indemnisa les parents éloignés du sieur Rasschaert de la totalité de leur dommage, puis demanda le remboursement de 2/3 de cette somme à la SA Union des assureurs, assureur du sieur Rasschaert, estimant que cette part du dommage devait demeurer à la charge de ce dernier. Dans le cadre de ce second litige, elle prétendait opposer à l'Union des assureurs l'arrêt du 13 mai 1980. L'Union des assureurs faisait valoir, quant elle, que cet arrêt ne lui était pas opposable, dès lors que ni elle-même, ni son assuré – prédécédé – n'avaient été parties à la cause. Dans son second arrêt du 28 septembre 1987, la cour d'appel de Gand ne se laissa cependant pas convaincre par cette ligne de défense. Elle décida en effet qu'« [e]n se limitant à prétendre que l'arrêt ne lui est pas opposable, [l'Union des assureurs] ne démontre pas ou ne soutient pas que le partage des responsabilités des conducteurs qui a été effectué par l'arrêt [du 13 mai 1980], l'a été erronément. Dans ces circonstances, elle ne conteste pas que la présomption [résultant de la force probante de cet arrêt envers les tiers] et le partage des responsabilités, tel qu'il a été fait par l'arrêt de la juridiction répressive, lui est aussi opposable ».

A priori, on aurait pu voir dans cette décision une application tout à fait orthodoxe de l'enseignement de la Cour de cassation quant à la force probante des jugements envers les tiers (2878). Saisie d'un pourvoi de l'Union des assurances, la Cour de cassation commence par rappeler que, « si l'autorité de la chose jugée est relative et ne peut être opposée qu'entre parties, la décision a cependant force probante à l'égard des tiers qui n'étaient pas parties à la cause, sous réserve de la voie de recours que la loi reconnaît à ceux-ci, à savoir la tierce opposition exercée tant par demande principale que par demande incidente ». Elle crée toutefois la surprise en ajoutant que « ladite force probante ne signifie pas que naissent des obligations à charge de tiers qui ne pourraient s'en dégager qu'en apportant la preuve contraire ». Elle casse dès lors l'arrêt attaqué au motif que celui-ci « ne décide pas légalement que l'arrêt du 13 mai 1980 est opposable à la demanderesse en tant qu'il a fait un partage de responsabilités et établi la hauteur des indemnités revenant aux parents de la victime Rasschaert ».

(2878) Comp. en particulier Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 245.

Pourtant, l'arrêt attaqué n'avait-il pas pris le soin de relever que la force probante du jugement envers les tiers ne constituait qu'une présomption que l'Union des assureurs restait en défaut de renverser ?

Confrontée à ce décalage au moins apparent entre les principes proclamés par la Cour et leur application en l'espèce, la doctrine a tenté de préciser la portée véritable de la force probante des jugements envers les tiers. Schématiquement, trois pistes ont à cet égard été envisagées.

A. La première consiste à ravalier la force probante des jugements au rang de simple *présomption de l'homme*, « abandonnée », selon la formule poétique de l'article 1353 du Code civil, « aux lumières et à la prudence du magistrat » (2879). Cette solution procède, non de la jurisprudence de la Cour de cassation (2880), mais du souci d'assurer aux tiers le respect de l'égalité des armes garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le tiers auquel un jugement, rendu dans une cause dans laquelle il n'a par hypothèse pas pu faire valoir son point de vue, serait opposé à titre de véritable présomption – fût-elle réfragable – serait indûment désavantagé par rapport à son adversaire ; le principe de l'égalité des armes commanderait donc de refuser à une telle décision toute force probante particulière.

Pareille interprétation de l'article 6 de la CEDH suscite néanmoins un certain scepticisme (2881). En effet, le principe de l'égalité des armes exige seulement « un "juste équilibre" entre les parties : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans *une situation*

(2879) Voy. P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Kluwer, Diegem, 2001, n^{os} 303 et s., pp. 219 et s., et n^{os} 359 et s., pp. 265 et s. ; voy. également G. de Leval, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n^o 167, note n^o 95, pp. 240 et s. ; J. Laenens, K. Broeckx et D. Scheers, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2004, n^o 270, p. 155.

(2880) Voy. au contraire Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n^o 61, point 4, *A.C.*, 2011, n^o 61, avec les conclusions de M. l'avocat général A. Van Ingelgem, et Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 245, qui parlent expressément d'une présomption *juris tantum*, de même que les conclusions précitées de M. le procureur général Krings, *A.C.*, 1989, I, p. 1015.

(2881) Voy. H. Boularbah, *Requête unilatérale et inversion du contentieux, o.c.*, n^o 891, note n^o 3364, pp. 627 et s., qui observe à juste titre que cette interprétation paraît liée à la conception, critiquable, selon laquelle l'exercice de la tierce opposition serait devenue obligatoire ; O. Caprasse, « L'effet des décisions judiciaires à l'égard des tiers », *Le contentieux interdisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 265 et s., spéc. p. 289 ; J. Van Compernelle et G. Closset-Marchal, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, n^o 43, p. 526 ; J.-F. Van Drooghenbroeck et F. Balot, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 153 et s., n^{os} 41 et s., pp. 179 et s. (qui soulignent du reste, note n^o 88, p. 178, dans la réalité des prétoires, la relativité de la distinction entre présomption de l'homme et présomption *juris tantum*).

de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires » (2882). Est-ce vraiment le cas, alors que le tiers demeure libre de réfuter la présomption qu'on prétend lui opposer par toutes voies de droit ? En réalité, sa situation ne diffère en rien de celle d'un tiers à un jugement répressif, lequel – précisément au nom de l'égalité des armes – est habilité à contester dans un procès civil ultérieur les éléments établis par la décision du juge pénal, laquelle jouit néanmoins de la valeur de présomption réfragable (2883). Enfin, il paraît d'autant plus douteux l'égalité des armes s'oppose par principe à toute présomption renversant la charge de la preuve au détriment des tiers. En effet, il est admis que, dans le procès pénal, la présomption d'innocence – qui revêt pourtant une importance fondamentale dans une société démocratique – n'exclut pas nécessairement toute présomption de culpabilité (2884).

B. Une deuxième approche consiste à admettre que le jugement génère une présomption réfragable à l'égard des tiers mais à circonscrire simultanément l'objet de cette présomption : « Cette force probante, comme son nom l'indique, ne concerne que la preuve des faits ou des actes juridiques. L'application des règles de droit par le juge n'a pas de force probante et ne lie absolument pas les tiers. Ceux-ci pourront donc toujours librement contester les raisonnements juridiques du juge » (2885). Appliquée au sujet de notre étude, cette thèse

(2882) C.E.D.H. (Gr. ch.), 18 février 2009, *Andrejeva C. Lettonie*, n° 55707/00, § 96 (nous soulignons).

(2883) Pour cette comparaison, voy. O. CAPRASSE, *o.c.*, *Le contentieux interdisciplinaire*, p. 289 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, n° 43, p. 526 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, *o.c.*, *L'effet de la décision de justice*, n° 42, p. 179. Quant au principe proprement dit, il est constant depuis Cass., 15 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 572 ; voy. plus récemment Cass., 16 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 476, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ ; Cass., 7 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 158 ; Cass., 31 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 286, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué P. DE KOSTER ; Cass., 14 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 414, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES.

(2884) En effet, « la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit en matière pénale. Elle oblige néanmoins les États à ne pas dépasser "à cet égard un certain seuil" : ils doivent "les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense" » (C.E.D.H., 20 janvier 2011, *Haxhishabani C. Luxembourg*, n° 52131/07, § 38).

(2885) D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, tome XIII, L. 0, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 302, p. 237. On observera que cette thèse se retrouvait déjà dans la troisième branche du moyen soumis à l'arrêt du 28 avril 1989 ; les motifs de celui-ci n'y font cependant pas écho. On pourrait également penser que cette interprétation restrictive de la force probante a été consacrée par la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé. En effet, son article 26 relatif à la « [f]orce probante des décisions judiciaires étrangères » dispose qu'« [u]ne décision judiciaire étrangère fait foi en Belgique des constatations faites par le juge [...] La preuve contraire des faits constatés par le juge étranger peut être apportée par toutes voies de droit ». Toutefois, il ressort des travaux préparatoires du

aboutirait à considérer qu'un jugement prononçant la nullité d'une convention n'aurait pas, en tant que telle, force probante envers les tiers. En effet, seules les conditions de fait constatées par le juge (par exemple, l'existence d'une erreur commise par l'une des parties) devraient être reconnues à titre de présomption dans une autre instance mettant en cause des tiers ; en revanche, l'appréciation du premier juge (par exemple, quant au caractère substantiel et excusable de l'erreur) n'aurait en tant que telle aucune valeur devant le second. Ainsi pourrait sans doute se justifier l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1989 : en effet, en allant jusqu'à opposer à l'Union des assurances un partage de responsabilité décidé par un arrêt rendu dans une procédure à laquelle elle n'était pas partie, l'arrêt attaqué ne serait pas contenté d'y puiser la preuve d'un fait juridique ; il aurait opposé au tiers l'application d'une règle de droit et, ainsi, imposé à celui-ci une véritable obligation, ce qu'il ne serait pas en droit de faire.

Encore observera-t-on immédiatement que cette distinction entre l'établissement des faits et l'application des règles de droit est contredite par un arrêt antérieur du 20 avril 1966, rendu également sur conclusions de M. le procureur général Krings, alors avocat général (2886). Or, dans ses conclusions précédant l'arrêt du 28 avril 1989, le même haut magistrat se référerait expressément à l'arrêt de 1966 à l'appui de son raisonnement ; on peut donc difficilement soutenir que l'arrêt de 1989 aurait entendu s'en écarter.

Cet arrêt du 20 avril 1966 concernait précisément un problème de nullité. Dans un litige entre associés, une SPRL avait été déclarée nulle à défaut d'avoir été constituée par un nombre suffisant d'associés. Lors du partage de l'avoir social, l'Administration avait prétendu prélever l'impôt applicable en cas de liquidation volontaire. L'arrêt attaqué avait admis cette thèse en considérant qu'à défaut pour l'Administration d'avoir été partie au jugement prononçant la nullité de la société, celui-ci lui était inopposable, compte tenu de la relativité de l'autorité de chose jugée. La Cour de cassation annule cette décision en rappelant la distinction entre autorité de chose jugée et force probante. Elle relève ainsi « qu'il ressort de l'arrêt que le jugement du Tribunal de commerce de Bruges n'a été invoqué par les demandeurs

Code que cette disposition n'entend pas couvrir la totalité des effets de la décision à l'égard des tiers. Lorsqu'il s'agit de leur opposer ce qui a été établi par la décision en fait et en droit – question qualifiée par le législateur de « force obligatoire » de la décision –, la question est alors traitée par l'article 22 comme un problème de reconnaissance (*Doc. parl.*, Sénat, s.e., 2003, n° 3-27/1, pp. 52 et 56). Au-delà des différences terminologiques qui au fond importent peu (voy. de même, en droit interne, H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, o.c., n° 891, note n° 3362, p. 627), on voit donc que, pour le législateur de 2004, l'opposabilité du jugement aux tiers ne se limite pas aux pures constatations de fait.

(2886) Cass., 20 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1055 (les conclusions n'ont pas été publiées).

que pour prouver la nullité de la société » et « [q]u'il s'agissait donc de la force probante de ce jugement ». On voit donc que, pour la Cour, la présomption *juris tantum* découlant de la force probante du jugement envers les tiers ne se limite pas à la preuve d'un acte ou fait juridique, mais peut inclure l'application de règles de droit à ceux-ci et, notamment, la nullité d'un acte juridique (2887).

C. Reste la troisième et dernière approche, qui tente de résoudre l'apparente contradiction affectant l'arrêt du 28 avril 1989 en faisant la distinction entre obligation directe et obligation indirecte : si un jugement ne peut, en soi, être directement la source d'obligations pour les tiers, sa force probante peut néanmoins, « par répercussion », donner naissance à de telles obligations (2888). On souligne à cet égard que « le jugement, par son existence même, modifie l'ordonnement juridique et cette modification, objectivement, doit être reconnue et respectée par tous » (2889). Ce constat trouve son inspiration dans la distinction, désormais classique, entre effets internes du contrat, générateurs d'obligations pour les parties, et effets externes, dont les tiers sont contraints de tenir compte (2890).

La distinction ainsi proposée entre obligation directe et indirecte apparaît cependant, de prime abord, malaisée à mettre en œuvre. Appliquée à l'arrêt du 28 avril 1989, n'aurait-elle pas dû conduire à considérer que l'arrêt attaqué, qui avait pris le soin de relever que l'arrêt du 13 mai 1980 ne constituait pour l'Union des assurances qu'une présomption réfragable, ne lui avait imposé aucune obligation directe

(2887) Pour la même observation relative à l'arrêt du 20 avril 1966, voy. A. SCHAUS, « Quelques observations relatives aux effets des décisions juridictionnelles à l'égard des tiers (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1989) », *Cah. dr. jud.*, 1993, pp. 38 et s., spéc. pp. 40 et s. ; comp. dans le même sens M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 211 et s., n° 12, p. 237, pour qui la force probante peut porter sur le constat d'illégalité d'un acte administratif.

(2888) Voy. en ce sens H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, o.c., n° 891, p. 628 ; O. CAPRASSE, o.c., *Le contentieux interdisciplinaire*, p. 290 ; A. SCHAUS, o.c., *Cah. dr. jud.*, 1993, pp. 41 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.*, 1997, n° 42, p. 525.

(2889) J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.*, 1997, n° 41, p. 522 ; de même, conclusions de M. l'avocat général A. VAN INGELGEM avant Cass., 26 novembre 2009, *A.C.*, 2009, n° 700, point 2.3 ; H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, o.c., n° 891, p. 626 ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, o.c., n° 167, p. 240 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, o.c., *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, n° 35, p. 174.

(2890) Pour cette comparaison, voy. les conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH avant Cass., 24 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, pp. 544 et s., spéc. pp. 546 et s. ; O. CAPRASSE, o.c., *Le contentieux interdisciplinaire*, pp. 277 et s. ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, o.c., n° 167, note n° 98, p. 241 ; P. TAEELMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, o.c., n° 345, p. 256 ; sur ce principe en droit des contrats, voy. *supra*, n° 292.

sur la base de cette décision ? Pourquoi a-t-il néanmoins encouru la censure de la Cour de cassation ? (2891)

D. La clef de cette énigme pourrait à notre sens se trouver dans un passage rarement commenté des conclusions de M. le procureur général Krings. Celui-ci considère en effet que le jugement ou arrêt auquel les tiers n'ont pas été parties « kan geen bewijs opleveren van verplichting ten laste van die derden. Het vonnis of arrest kan enkel *tot bewijs strekken van verbintenissen die tussen partijen bij het geding worden bepaald* » (2892). Si donc le jugement a force probante envers les tiers, c'est uniquement en tant que présomption de ce qui a été décidé *entre les parties* par ce jugement ; quant à savoir quelles conséquences doivent en résulter pour les tiers – à supposer que cette présomption ne soit pas renversée –, il s'agit là d'une question de droit matériel distincte à laquelle la force probante n'apporte en soi aucune réponse.

Deux situations peuvent à cet égard se rencontrer.

1. Il se peut tout d'abord que le changement de situation des parties, à le supposer même définitivement acquis vis-à-vis des tiers, n'emporte pas nécessairement de conséquence envers les tiers. Pour que tel soit le cas, encore faudrait-il que des conditions supplémentaires soient réunies, qui déclencherait l'application d'une règle de droit distincte.

La comparaison avec le droit commun des obligations est à cet égard parlante. Les tiers sont en effet tenus de reconnaître l'existence d'un contrat au titre de ses effets externes. Ceux-ci ne limitent toutefois pas en tant que tels la liberté des tiers, qui demeurent autorisés à agir en contradiction avec les obligations que le contrat impose aux parties. Ce n'est que si des conditions particulières sont remplies – par exemple, si le tiers se rend tiers complice de la violation par l'une des parties de ses obligations contractuelles – que des obligations peuvent s'imposer au tiers (2893). Ainsi, le contrat n'est pas pour lui une source directe d'obligation ; son devoir d'abstention ne lui est imposé que par répercussion, parce que les règles de la responsabilité aquilienne – distinctes de celles garantissant la force obligatoire du contrat – lui interdisent de prêter fautivement son concours à la violation de celui-ci.

(2891) Comp. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile, o.c.*, n° 167, note n° 98, p. 241, qui estime sur la base de l'arrêt du 28 avril 1989 qu'« il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'on ne pourrait même pas admettre qu'une décision de justice soit de nature à faire naître, par répercussion, une obligation à charge d'un tiers ».

(2892) Conclusions précitées, *A.C.*, 1989, I, p. 1016 (nous soulignons) ; voy. de même P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde, o.c.*, n° 346, p. 257.

(2893) Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 929, p. 783.

Ce même raisonnement peut être transposé à l'affaire tranchée par l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1989. L'arrêt de la cour d'appel de Gand du 13 mai 1980 établissait certes, à titre de présomption que l'Union des assurances restait en défaut de renverser, que le sieur Robberechts n'était responsable de l'accident qu'à concurrence d'un tiers et fut néanmoins condamné à indemniser la totalité du dommage invoqué par les parents éloignés du sieur Rasschaert. Comme le faisait valoir l'Union des assurances dans son pourvoi (cinquième branche), ceci ne suffisait toutefois pas à établir sa propre responsabilité envers le Groupe Josi (assureur du sieur Robberechts) à concurrence de deux tiers, dès lors qu'elle faisait notamment valoir qu'elle n'était pas contractuellement tenue de couvrir la responsabilité du sieur Rasschaert vis-à-vis de ses parents éloignés, ceux-ci n'étant pas des tiers au sens de la police (2894). Il n'y avait, en d'autres termes, aucune *automaticité* entre l'étendue des obligations du sieur Robberechts établie par l'arrêt du 13 mai 1980 et celle des obligations de l'Union des assureurs ; pour condamner celle-ci, il aurait en outre fallu pouvoir décider que les parents éloignés du sieur Rasschaert étaient des tiers au sens de la police d'assurance, mais une telle décision ne pouvait se déduire de l'arrêt du 13 mai 1980 (2895). C'est pour avoir admis une telle *automaticité* et, ainsi, imposé une obligation directe à charge de l'Union des assureurs qui ne pouvait se déduire du seul arrêt du 13 mai 1980 que l'arrêt attaqué nous paraît avoir encouru la censure de la Cour de cassation le 28 avril 1989. 2. Il est en revanche des cas où, en vertu des règles matérielles applicables, le changement de situation juridique des parties, à le supposer acquis, entraîne automatiquement

(2894) Pour la bonne compréhension, les précisions suivantes peuvent être apportées. On se souviendra que les sieurs Rasschaert et Robberechts avaient tous deux été déclarés responsables de l'accident à concurrence de respectivement 2/3 et 1/3 du dommage. Au niveau de l'obligation à la dette, ils étaient donc tous deux tenus *in solidum*, ce qui avait permis aux parents éloignés du sieur Rasschaert d'être intégralement indemnisés par le Groupe Josi, agissant pour compte du sieur Robberechts. Par conséquent, le Groupe Josi (venant aux droits du sieur Robberechts) disposait d'un recours contributoire à concurrence de 2/3 contre le sieur Rasschaert. Toutefois, le Groupe Josi préféra exercer ce recours par la voie d'une action directe contre l'Union des Assureurs, assureur du sieur Rasschaert. On voit donc que l'Union des Assureurs n'était tenue d'intervenir qu'à la condition que la police l'oblige à couvrir la responsabilité du sieur Rasschaert vis-à-vis de ses parents éloignés, ce qui, prétendait-elle, n'était pas le cas dès lors qu'ils n'étaient pas des tiers au sens de la police.

(2895) Voy en ce sens l'appréciation du ministère public sur la cinquième branche : « [...] dat het onderdeel, voor zover het opwerpt dat het arrest geen gezag van gewijsde heeft ten opzichte van eiseres [c'est-à-dire l'Union des Assurances], d.w.z. dat haar niet kan tegengeworpen worden dat, luidens het arrest van 13 mei 1980 de consorten R... [c'est-à-dire les parents éloignés du sieur Rasschaert] te haren opzichte derden zijn, gegrond is. Dit is immers geen vraag van bewijs, doch wel een beslissing die een verbintenis ten laste van eiseres doet ontstaan, hoewel zij geen gelegenheid kreeg haar rechten in dit verband te doen gelden » (conclusions précitées, A.C., 1989, I, p. 1017).

et sans condition supplémentaire des effets pour les tiers. Tel est le cas lorsque les droits en cause ont, par nature, des effets *erga omnes*.

On pense, bien évidemment, aux droits réels. Lorsque A vend un bien à B, les obligations contractuelles ne s'imposent certes qu'aux parties au contrat, mais le transfert de propriété qui en résulte est un effet externe opposable à tous et dont chacun doit tenir compte (2896), de sorte, par exemple, que la vente ultérieure de ce même bien par A à C serait la vente de la chose d'autrui. De la même manière, l'action en revendication opposant A et B qui se solde par un jugement reconnaissant la propriété du second sur la chose a pour conséquence que, sauf preuve contraire, B doit être reconnu comme propriétaire par les tiers à ce jugement (2897).

Il en va de même en matière de nullité qui, tout comme les droits réels, est dotée d'un effet *erga omnes* en vertu des règles matérielles applicables (2898).

III. En conclusion, lorsque la nullité d'un acte juridique est établie par un jugement, celui-ci n'est revêtu de l'autorité de la chose jugée qu'entre les parties au procès. Toutefois, vis-à-vis des tiers au procès, ce jugement jouit d'une force probante qui a la valeur d'une présomption *juris tantum*. Jusqu'à ce que celle-ci soit renversée, ce jugement fait preuve que la nullité a été prononcée entre les parties au procès. Or, la nullité ayant, de la même manière que les droits réels, un effet *erga omnes*, cette nullité est par nature opposable aux tiers au procès et constitue ainsi pour eux, par répercussion, la source d'obligations (2899). Ceux-ci peuvent cependant, par la voie de la tierce opposition, faire réexaminer la question et tenter ainsi de démontrer que la cause de nullité est inexistante (2900).

On pourrait discerner, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, une tendance à renforcer cette force probante du jugement envers les tiers (2901). Dans cette affaire, un cycliste victime d'une chute de vélo avait dans un premier temps introduit une action directe contre la Région flamande en sa qualité d'assureur de la responsabilité

(2896) Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 405, p. 353.

(2897) Voy. Cass., 16 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1028.

(2898) Voy. *supra*, n° 291.

(2899) Voy. Cass., 20 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1055, analysé *supra*, II, B.

(2900) Voy. en ce sens Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 26 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 114.

(2901) Voy. Cass., 26 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 700, *A.C.*, 2009, n° 700, avec les conclusions de M. l'avocat général A. VAN INGELGEM.

de la commune de Rijkevorsel où l'accident s'était produit. Débouté de son action par un jugement estimant qu'il restait en défaut de prouver la cause du sinistre, le cycliste ne se découragea pas et assigna alors la commune elle-même. Dans cette seconde procédure, le juge du fond considéra que, nonobstant les termes de l'article 89, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (2902), le premier jugement était opposable au cycliste et débouta en conséquence celui-ci de sa demande. Dans son pourvoi, le cycliste reprochait au jugement attaqué de confondre l'autorité de la chose jugée et la force probante du premier jugement, qui ne valait selon lui que comme présomption de l'homme (2903). La Cour de cassation commence par relever que le jugement attaqué n'a pu violer les dispositions relatives à l'autorité de chose jugée à défaut d'en avoir fait application. Se plaçant sur le terrain du seul article 89 de la loi du 25 juin 1992, elle décide que « [c]ette disposition n'empêche [...] pas que, lorsque la personne lésée a d'abord exercé son action à l'encontre de l'assureur et que celle-ci a été rejetée à défaut de responsabilité, l'assuré qui est ensuite interpellé par la personne lésée peut lui opposer le jugement rendu en première instance » et rejette en conséquence le pourvoi.

Plusieurs interprétations de cette décision peuvent être proposées. La première se fonde sur les conclusions du ministère public, qui estimait que l'article 89 de la loi du 25 juin 1992 ne dérogeait pas aux règles du droit commun et que celles-ci n'interdisaient pas au jugement attaqué de se fonder sur la *force probante* du jugement auquel le cycliste avait été partie (2904). Pourtant, dans son pourvoi, le cycliste ne se contentait pas de reprocher au jugement attaqué d'avoir confondu autorité de chose jugée et force probante ; il lui reprochait également de ne pas lui avoir permis de renverser celle-ci. Ce dernier grief n'aurait-il pas dû entraîner la cassation ? Sauf à considérer que la Cour de cassation entendrait désormais conférer, de manière générale, un caractère irréfragable à la force probante des jugements – ce qui paraît douteux eu égard aux exigences du procès équitable (2905) et est au demeurant contredit par un arrêt ultérieur (2906) –, une seconde lecture de l'arrêt de la Cour paraît dès lors

(2902) « Aucun jugement n'est opposable à l'assureur, à l'assuré ou à la personne lésée que s'ils ont été présents ou appelés à l'instance ».

(2903) En effet, on considère généralement que la force probante vise non seulement l'hypothèse où le jugement est invoqué par une partie contre un tiers ou entre tiers, mais également par un tiers (en l'occurrence, la commune) contre une partie (ici, le cycliste) ; voy. P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde, o.c.*, n^{os} 363 et s., pp. 267 et s.

(2904) Conclusions précitées, points 2.2 et 2.5.

(2905) Comp. *supra*, II, A.

(2906) Voy. Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n^o 61, point 4, *A.C.*, 2011, n^o 61, avec les conclusions de M. l'avocat général A. VAN INGELGEM.

possible. S'inspirant de la solution prévalant en France et du principe de concentration des litiges, celui-ci aurait entendu permettre aux tiers d'opposer aux parties, non la force probante, mais l'*effet positif de la chose jugée*, par définition irréfutable (2907). Ceci signifierait concrètement que les parties au jugement de nullité ne pourraient opposer celui-ci aux tiers que sous la réserve de la preuve contraire, mais qu'en revanche, les tiers pourraient invoquer contre les parties cette nullité sans que celles-ci puissent y échapper.

B. – Actes de disposition

1. – *Principe*

294. Effet réel de l'annulation. Il est presque unanimement admis qu'en cas d'annulation d'un acte constitutif, translatif ou extinctif d'un droit réel, cette constitution, ce transfert ou cette extinction tombe rétroactivement non seulement entre les parties contractantes, mais également à l'égard des tiers qui auraient entre-temps obtenu des droits sur la chose (2908). L'article 74 de

(2907) Cette interprétation est défendue par H. BOULARBAH, « Vers l'extension de l'effet positif de la chose jugée au profit d'un tiers à la décision de justice? », note sous Cass., 26 novembre 2009, *R.D.C.*, 2011, pp. 122 et s. ; voy. en ce sens Bruxelles, 14 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 399 ; Liège, 29 avril 2010, *J.T.*, 2010, p. 703 ; Comm. Mons, 21 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 80, note.

(2908) Voy. Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 22 ; Cass. fr., 2 octobre 2002, n° 01-02.924 ; P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 7 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 336, p. 427 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 114 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1980, p. 340 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 234, p. 181 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1021, p. 2099 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 78, p. 324 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 262, p. 186 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 829, p. 797 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, *o.c.*, n° 362, p. 300 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *o.c.*, p. 164 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 45, p. 111 ; L. JOSSE RAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, *o.c.*, n° 363, p. 171 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *o.c.*, n° 240, p. 388 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, *o.c.*, n° 72, p. 71 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 335, p. 327 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, *o.c.*, n° 108, p. 17 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 325, p. 446 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 286 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 4, p. 238 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 431, p. 433 ; B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2010, n° 11, p. 243 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, *o.c.*, n° 131, p. 416 ; A. VAN OEVELEN, « *Nietigheid* », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 32, p. 24 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 40, p. 611 ; pour une application, voy. Corr. Gent,

la loi hypothécaire fait application de ce principe en prévoyant que « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit [...] sujet à rescision [...] ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise [...] à la même rescision ». De la même manière, la personne redevenue propriétaire de la chose par l'effet de la nullité pourra agir en distraction à l'encontre d'un créancier saisissant de son acquéreur ou revendiquer celle-ci à l'encontre de la masse faillie (2909). Le cas le plus fréquent reste toutefois l'hypothèse où les droits du sous-acquéreur sont menacés par l'annulation de la vente initiale (2910).

Il existe à cet égard une certaine imprécision quant à l'étendue des effets de la nullité. Certains auteurs paraissent en effet considérer que l'acte de disposition consécutif lui-même serait atteint par la nullité de l'acte de disposition initial (2911).

En réalité, les conséquences de la nullité sont plus limitées, puisqu'elle se borne à supprimer rétroactivement les effets externes de l'acte de disposition initial (2912). Ainsi, le vendeur initial n'a pu transférer la propriété de la chose à l'acheteur initial et celui-ci, dès lors que *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (article 109 de la loi hypothécaire), n'a pu à son tour transférer la propriété de la chose au sous-acquéreur. Il n'en résulte toutefois pas pour autant que le second contrat de vente soit nécessairement nul. On sait en effet que la vente de

21 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 619, point 5. – Sur la thèse en sens contraire de J. BAECK, voy. *infra*, n^{os} 537 et s.

(2909) Voy. *supra*, n^o 248. On rappellera à cet égard que le droit de propriété ne peut porter que sur une chose identifiée et que dès lors, dans le cas de choses de genre, le créancier de la restitution ne bénéficiera que d'une action de nature personnelle soumise à la loi du concours, c'est-à-dire une dette dans la masse (voy. sur ce point *infra*, n^o 466).

(2910) Afin d'éviter d'alourdir le texte, nous nous concentrerons sur cette hypothèse dans les lignes qui suivent, sachant que le raisonnement peut toutefois être étendu à toute constitution, cession ou extinction de droit réel.

(2911) Voy., non sans ambiguïté, B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats, o.c.*, n^o 277, p. 147 qui, après avoir dans un premier temps paru considérer que l'effet de la nullité de la vente initiale se limite à empêcher le transfert de propriété au sous-acquéreur (« Que l'un des contrats de vente constitutifs d'une chaîne soit annulé, et l'aliénateur sera réputé n'avoir jamais transmis de droit »), poursuit en exposant que « [t]outes les causes de nullité ou de rescision qui entachent l'une des aliénations successives rejaillissent sur les contrats ultérieurs [...]. Incapacité, absence de cause ou vice du consentement, défaut ou illicéité de l'objet ou de la cause [...] affectant l'un des accords, et l'existence même de toutes les conventions postérieures est menacée » ; comp. également P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006, n^o 51, p. 69 (qui réserve toutefois la garantie d'éviction de l'acquéreur initial vis-à-vis de son propre acheteur).

(2912) Voy. *supra*, n^o 292.

la chose d'autrui n'est sanctionnée que par une nullité relative dont seul l'acheteur – en l'occurrence, le sous-acquéreur – peut se prévaloir (2913). Celui-ci peut dès lors préférer ne pas soulever la nullité de l'opération et invoquer la garantie d'éviction du vendeur intermédiaire (2914). C'est ce que confirme très expressément l'article 1681 du Code civil dans l'hypothèse de la rescision pour lésion (2915). On voit donc qu'en règle, la nullité de l'acte de disposition initial n'entraîne pas automatiquement celle de l'acte de disposition consécutif, mais seulement l'inefficacité du transfert de propriété (2916).

Cette atteinte aux droits du sous-acquéreur est tout à fait remarquable sur le plan de la sécurité juridique et est mise en avant comme l'un des principaux défauts du système franco-belge des nullités (2917). Il n'est dès lors guère étonnant qu'on ait tenté d'y apporter de nombreux tempéraments. Avant d'examiner ceux-ci en matière immobilière (2) et mobilière (3), nous mentionnerons quelques tentatives plus ponctuelles de restreindre l'effet réel de la nullité.

295. Tentatives particulières de restreindre l'effet réel des nullités. On signalera ici quelques tentatives ponctuelles faites, avec plus ou moins de succès, pour battre en brèche l'effet de la nullité envers les tiers.

I. L'offensive la plus fructueuse – si l'on peut dire – fut menée sur le terrain des *fruits*. On admet en effet que l'article 549 du Code civil soit invoqué par le tiers défendeur à une action en revendication pour

(2913) Voy. *supra*, n° 200.

(2914) Voy. I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 78, p. 324 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 829, p. 798 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 32, p. 24. – Selon un arrêt récent, il ne pourrait cependant pas, sur cette base, demander la résolution du contrat, seule son annulation étant possible (Cass., 15 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 472). Voy. à ce propos *infra*, n° 328.

(2915) « Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total.

Le tiers possesseur a le même droit, *sauf sa garantie contre son vendeur* ».

(2916) Dans le même sens, voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 9 et s., pp. 40 et s. ; comp. *supra*, n° 201 ; pour des nuances apportées à ce principe, voy. toutefois *infra*, n° 295.

(2917) Voy. not. les opinions citées par P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 5, p. 38.

conserver les fruits qu'il a perçus de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de la cause de nullité justifiant la revendication (2918).

II. Un second domaine est celui de la nullité pour cause de *dol*. On sait qu'historiquement, le dol est conçu comme un délit civil, ce qui, compte tenu du caractère personnel du droit pénal, explique qu'il ne puisse être sanctionné par la nullité que lorsqu'il est commis par le cocontractant et non par un tiers (2919). Poussant le raisonnement plus loin, certains auteurs ont estimé que ce principe de personnalité devait s'appliquer non seulement au stade des conditions du dol, mais également de sa sanction. Par conséquent, la nullité résultant du dol serait opposable à la seule partie coupable (2920). Cette opinion est aujourd'hui repoussée par les auteurs, qui insistent sur le caractère mixte du dol en droit positif, à la fois délit civil et vice de consentement (2921). Nous verrons en revanche que le caractère délictuel de la révocation des donations pour cause d'ingratitude est avancé pour justifier son absence d'effet rétroactif à l'égard des tiers (2922).

III. Une troisième institution invoquée pour restreindre l'effet de la nullité envers les tiers est la *garantie d'éviction*. On suppose la situation suivante : A vend un immeuble à B qui le revend à C. La première vente est entachée d'une cause de nullité. B peut-il invoquer celle-ci, alors que l'immeuble ne se trouve plus dans son patrimoine par son fait ? Nous avons déjà répondu positivement à cette question, pour autant que la revente de l'immeuble ne puisse être qualifiée de confirmation de la nullité (2923). Venons-en au cœur du problème. B peut-il opposer la nullité de la première vente à C pour reprendre l'immeuble, alors que ce faisant, il porte atteinte par son propre fait

(2918) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 827, p. 795 ; comp., dans les rapports entre parties, *supra*, n° 257.

(2919) Art. 1116 du Code civil ; voy. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, o.c., p. 547 ; comp., sur l'application du principe de la personnalité des peines à la règle *in pari causa*, *supra*, n° 284, I.

(2920) Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 658 et s. (qui assimile toutefois les ayants cause à l'auteur du dol au motif que « les ayants-cause succèdent normalement aux risques de leur auteur ») ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome IV, n° 419, p. 377 ; E. PIRMEZ, « Ecrit posthume », *R.P.S.*, 1896, pp. 238 et s., spéc. p. 240.

(2921) Arg. art. 1109 et 1117 du Code civil, qui mettent l'erreur, la violence et le dol sur le même pied ; voy. not. Cass., 1^{er} juin 1826, *Pas.*, 1826, p. 183 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, o.c., n° 126, p. 170 ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, o.c., pp. 618 et s. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 165 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, o.c., n° 240, p. 388 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, o.c., nos 75 et s., pp. 73 et s. ; sur ce caractère mixte, adde J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, o.c., n° 165, pp. 304 et s.

(2922) Voy. *infra*, n° 552.

(2923) Voy. *supra*, n° 274.

aux droits de C sur la chose ? La plupart des auteurs répondent à cette question par la négative : la garantie d'éviction du vendeur empêcherait B de réclamer la restitution de l'immeuble à C ; par voie de conséquence, B ne pourrait restituer que par équivalent l'immeuble à A, lequel devrait donc se contenter de dommages-intérêts (2924).

Cette réponse nous paraît devoir être nuancée. Certes, la nullité de la première vente n'entraîne pas, en soi, celle de la seconde (2925). B demeure donc en règle tenu par la garantie d'éviction envers C et ne devrait donc pas pouvoir tirer prétexte de la nullité de la première vente qu'il a lui-même provoquée pour revenir sur la seconde vente qu'il a consentie. Ce principe ne nous paraît toutefois pas absolu. En effet, il se peut parfaitement que la seconde vente soit atteinte d'une *vice propre* justifiant son annulation à la requête de B (2926). On pense par exemple à l'hypothèse où B serait sous le coup d'une incapacité, ou à la vente d'une chose hors commerce. Dans ces cas, on n'aperçoit pas pour quel motif B pourrait se voir interdire d'en provoquer également l'annulation ; on ne pourrait en effet lui objecter sa garantie d'éviction puisque celle-ci n'aurait, par hypothèse, pas été valablement consentie (2927). Par ailleurs, même en supposant qu'il n'existe aucune cause de nullité propre à la seconde vente, on n'aperçoit pas pour quel motif la garantie d'éviction consentie par B à C pourrait empêcher A d'agir

(2924) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 12, p. 43 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1981, pp. 340 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 363, p. 300 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, o.c.*, p. 165 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 180, p. 197 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 114, p. 18 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 42, p. 612.

(2925) Voy. *supra*, n° 294.

(2926) Comp. la théorie de la *Fehleridentität*, *supra*, n° 237. On ne pourrait cependant se contenter d'arguer de l'annulation de la première vente pour prétendre que la seconde porterait sur la chose d'autrui. En effet, cette cause de nullité ne peut être invoquée que par l'acheteur, donc C (voy. *supra*, n° 200).

(2927) La garantie d'éviction n'empêche en effet pas le vendeur d'agir en nullité ou en résolution de la vente : voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 344, p. 148 ; comp. également R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 654, en note. On observera à cet égard qu'il n'a jamais été soutenu que la garantie d'éviction empêcherait de manière générale le vendeur d'agir en nullité de la vente contre son acheteur. La seule restriction en la matière concerne l'action en nullité pour vente de la chose d'autrui, que l'on a réservée à l'acheteur pour tenter de concilier cette action avec l'existence de la garantie d'éviction. Cette situation s'explique en réalité par des considérations historiques, les auteurs du Code civil ne s'étant pas aperçus qu'en faisant de la vente un contrat translatif de propriété, ils se mettaient en contradiction avec la tradition romaine, dont la garantie d'éviction était issue, et où le vendeur s'engageait simplement à transmettre à l'acheteur la possession paisible de la chose sans que la propriété de la chose dans le chef du vendeur ne constitue une condition essentielle du contrat. Cons. à ce propos P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation, o.c.*, n° 9 et s., pp. 60 et s.

en revendication une fois la nullité de la première vente prononcée à l'initiative de B, dès lors que cette garantie constitue pour A une *res inter alios acta* (2928). Nous estimons donc, pour notre part, que B ne pourra certes pas, en règle, prendre l'initiative de réclamer à C la restitution de la chose et devra donc proposer à A la restitution de la chose par équivalent, mais que si jamais A devait la revendiquer, alors C devrait la rendre et se retourner ensuite contre B sur la base de la garantie d'éviction. B sera donc, dans tous les cas, tenu de rembourser la valeur de la chose, et ce, en fonction des circonstances, soit à A, soit à C.

2. – *Tempéraments en matière immobilière*

296. Publicité foncière. Selon le vœu de l'article 3 de la loi hypothécaire, toute action en nullité d'un acte soumis à transcription doit faire l'objet d'une *mention marginale* dans le registre de la conservation des hypothèques. On considère généralement qu'une telle formalité, qui concerne également les actions en résolution (2929), est sanctionnée par une fin de non procéder (2930). Une fois le jugement sur l'action en nullité rendu, celui-ci doit également faire l'objet d'une mention marginale.

Le législateur a donc entouré d'une certaine publicité les actions en annulation d'actes soumis à transcription, en ce compris donc toutes les acquisitions immobilières. Quelle est toutefois l'utilité d'un tel régime ?

Elle est certaine pour les tiers qui envisagent de traiter avec l'acquéreur *après* l'apposition de la mention marginale dans les registres puisque, dûment informés par celle-ci, ils pourront décider de s'abstenir d'acquérir des droits dont ils connaissent le caractère précaire ou, au contraire, poursuivre leurs négociations en connaissance de cause.

(2928) Voy. dans le même sens C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 710, p. 410.

(2929) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 163, p. 61.

(2930) Voy. Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 8, point 6, *A.C.*, 2012, n° 8, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général délégué VAN INGELGEM (à défaut de régularisation, l'omission entraîne l'irrecevabilité de la demande) ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges, o.c.*, n° 175, p. 68.

Certes, il se peut que le tiers ait déjà signé le compromis de vente et ne prenne connaissance de la mention marginale que grâce aux recherches notariales précédant la conclusion de l'acte authentique. En ce cas, il pourra encore à notre sens refuser de signer celui-ci en invoquant anticipativement la garantie d'éviction (article 1653 du Code civil).

Quelle est toutefois la position du tiers qui aurait traité avec l'acquéreur *avant* qu'une action en nullité n'ait été introduite contre ce dernier et qui ne peut donc, par hypothèse, avoir eu connaissance d'une quelconque mention marginale ? L'article 4 de la loi hypothécaire envisage cette situation en des termes à première vue obscurs :

« Seront valables toutes aliénations faites, toutes hypothèques et autres charges réelles imposées antérieurement à l'inscription requise par l'article 3, dans le cas où ni la révocation ni l'annulation ne sont de nature à préjudicier à de semblables droits consentis avant l'action.

Si la demande n'a pas été inscrite, le jugement de révocation ou d'annulation n'aura d'effet, vis-à-vis du tiers, qu'à dater du jour où il aura été inscrit. »

La périphrase mise en évidence dans le texte reproduit ci-dessus signifie en réalité « dans le cas où l'action est dépourvue d'effet rétroactif à l'égard des tiers » (2931) – ce qui, en pratique, ne sera *jamaïs* le cas en matière d'actions en nullité (2932). La référence à l'annulation est donc trompeuse, puisque la règle prévue au premier alinéa ne trouvera normalement pas à s'y appliquer. La même limitation vaut par ailleurs en ce qui concerne la règle figurant au second alinéa (2933).

(2931) Voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, o.c., n^{os} 180 et s., pp. 70 et s. ; M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, tome I^{er}, o.c., n^o 165, pp. 177 et s. ; A. VERBEKE et J. BYTTEBIER, o.c., *R.W.*, 1997-1998, n^o 122, pp. 1125 et s. Les cas visés par l'exception sont donc extrêmement limités ; on cite en général l'hypothèse de l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (voy. à ce propos *infra*, n^o 552) et l'action en déchéance de l'usufruit.

(2932) T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n^o 51.

(2933) Outre que ceci résulte d'une lecture globale de l'article, la Cour de cassation a expressément confirmé que « les dispositions formant l'article 4 de la loi du 16 décembre 1851 [...] visent uniquement les demande de nature telle que la révocation ne préjudicie pas aux droits consentis par l'acquéreur avant l'action » (Cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 140 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, n^o 186, p. 73).

Il en résulte que, lorsque l'action tend véritablement à entendre prononcer l'annulation ou la résolution du contrat, la mention marginale imposée par la loi hypothécaire « tend seulement : 1° «à empêcher les tiers de passer de nouveaux actes dont ils pourraient être victimes», et 2° à «permettre aux créanciers d'intervenir dans l'instance pour contester le mérite de la demande» » (2934). Elle n'assure en revanche aucune protection aux tiers contre l'effet rétroactif de la sanction (2935).

297. Protection de la propriété apparente. I. En dépit de l'absence d'un équivalent à l'article 2279 du Code civil en matière immobilière, doctrine et jurisprudence se sont parfois efforcées de venir en aide au tiers de bonne foi évincé par l'effet *erga omnes* de la nullité.

Ce mouvement prétorien trouve son origine **en France** dès le début du XIX^e siècle dans la théorie de l'*héritier apparent*, qui vise à valider les actes – principalement de disposition – conclus avec un tiers de bonne foi par le possesseur de la succession, ultérieurement évincé par un héritier légitime dont les droits s'avèrent préférables (2936). Les fondements variés, et souvent fragiles, avancés pour justifier ce résultat – appel à la tradition, saisine collective de l'ensemble des parents du défunt, présomption de mandat donné par l'héritier légitime – feront ensuite place, dès la fin de ce siècle, à un recours à la notion d'erreur commune synthétisé par la maxime *error communis facit jus* (2937). Dans un troisième temps, ce raisonnement s'étendra

(2934) Cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 140. Encore cette double protection est-elle toute relative, ainsi que le montrent les faits de l'espèce, puisque le demandeur n'avait effectué la formalité requise qu'en degré d'appel sans que personne ne s'en émeuve en première instance, retardant ainsi impunément le moment à partir duquel les tiers ont pu avoir connaissance de son action en résolution.

(2935) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 18, pp. 45 et s. ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 114 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, *o.c.*, n° 263, p. 186 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 829, p. 797 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *o.c.*, p. 166 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, *o.c.*, n° 363, p. 171 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 335, p. 327 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 327, p. 448 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, *o.c.*, n° 111, p. 17 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 286, note n° 6 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 51 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 42, p. 612.

(2936) Pour un historique du développement de cette théorie, cons. H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr., 26 janvier 1897, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 621 et s., n°s 2 et s., pp. 622 et s.

(2937) Voy. Cass. fr., 26 janvier 1897, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, *o.c.*, p. 619 : « Que dès que l'erreur commune et invincible, ainsi que la bonne foi des tiers,

en dehors du domaine des droits de succession et tendra, plus généralement, à la protection de la *propriété apparente* (2938). C'est ainsi qu'en cas de revente d'un immeuble à un sous-acquéreur de bonne foi, les droits de celui-ci seront préservés même lorsque la vente initiale est annulée ou résolue (2939). La qualité de propriétaire apparent peut également conduire à valider les baux consentis par celui-ci (2940).

En Belgique, la théorie de l'héritier apparent n'a jamais bénéficié du même accueil (2941). Il en va *a fortiori* ainsi de la théorie de la propriété apparente, dont on considère généralement qu'elle ne fait pas partie du droit positif (2942). Au cours des dernières années, plusieurs voix se sont certes élevées en faveur de la pro-

sont établies, les aliénations consenties par l'héritier apparent échappent à toute action en résolution dirigée par l'héritier véritable », solution fondée sur des « considérations d'ordre public et d'intérêt général » ; pour une application plus récente, voy. Cass. fr., 9 janvier 1996, *Bull.*, 1996, I, n° 15.

(2938) Voy. par exemple, Cass. fr., 22 juillet 1986, *Bull.*, 1986, I, n° 214 (validation d'une vente consentie par un seul des copropriétaires) ; Cass. fr., 11 avril 1962, *Bull.*, 1962, I, n° 213 (servitude consentie par le propriétaire apparent du fonds).

(2939) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 18, p. 46 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 235, p. 181 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 364, p. 302 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, o.c.*, p. 640 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, o.c.*, n° 183, pp. 127 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 185, p. 202 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 111, p. 17 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 432, p. 435.

(2940) Voy. Cass. fr., 7 mai 2002, n° 00-15.901 ; Cass. fr., 24 février 1998, n° 96-10.457.

(2941) Cette théorie a en effet été catégoriquement rejetée par Cass., 5 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 304, avec les conclusions de M. le procureur général MESDACH DE TER KIELE, alors premier avocat général ; Cass., 7 janvier 1847, *Pas.*, 1847, I, p. 294, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCLQ ; voy. également H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IX, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1974, n°s 824 et s., pp. 612 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome IX, *o.c.*, n°s 559 et s. ; *Pand.*, tome XLIX, v° *Héritier apparent*, Bruxelles, Larcier, 1894, n°s 117 et s., col. 922 et s. ; *R.P.D.B.*, tome XIII, v° *Successions*, Bruxelles, Bruylant, 1951, n°s 1005 et s., pp. 230 et s.

(2942) Parmi les exceptions à l'effet rétroactif de la nullité, la doctrine belge s'abstient en général de mentionner la théorie de la propriété apparente (voy. par exemple H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 829, p. 797 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *o.c.*, n° 353, p. 320). Pour un rejet exprès de celle-ci, voy. Cass., 1^{er} juin 1826, *Pas.*, 1826, p. 183 ; Civ. Hasselt, 31 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 173, point 4.1 ; J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 43, p. 715 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 32, p. 73 ; B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2010, n° 17, p. 248 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1186, p. 1705 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2771, p. 313 ; C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 301 et s., n° 12, p. 312, note n° 44 ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2010, n° 21, p. 34 ; *adde* Corr. Gent, 21 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 619, point 8 *in fine*. – Voy. également en ce sens Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 22, qui reconnaît à l'annulation d'une vente d'immeuble un effet rétroactif privant d'effet l'hypothèque consentie par l'acheteur, alors que le demandeur en cassation invoquait la bonne foi du créancier hypothécaire.

tection de l'héritier apparent (2943), voire même, plus timidement, de la propriété apparente (2944). La reconnaissance de cette propriété apparente comme exception à l'effet rétroactif de la nullité nous paraît toutefois susciter une série de questions.

II. La première interrogation porte sur le *fondement* même d'une telle protection.

À cet égard, l'invocation de la maxime *error communis facit jus* ne paraît guère appropriée en droit positif belge (2945). S'il est exact qu'elle est consacrée en des termes assez généraux dans les motifs d'un avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807 qui avait à l'époque force de loi (2946), celui-ci concerne tout au plus les relations avec l'Administration (2947) et voit dès lors sa portée restreinte à cette hypothèse (2948).

(2943) Voy. surtout N. GEELHAND, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het erfrecht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1995. Cet auteur estime en substance que la théorie de l'héritier apparent doit être accueillie en droit belge, parce qu'elle représente un équilibre entre les différents intérêts en présence correspondant à la volonté du législateur, telle que celle-ci se dégage des réformes législatives accomplies depuis le milieu du XX^e siècle. Voy. également la note lyrique de J. VAN DE VORST sous Cass., 10 décembre 1942, *R.C.J.B.*, 1947, pp. 16 et s., spéc. pp. 22 et s. ; A.-C. VAN GYSEL (sous la direction de), *Précis du droit des successions et libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 436 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 1186, p. 1703.

(2944) Voy. F. GLANSDORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 45, p. 111 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, o.c., n° 1366, p. 573 ; de manière prudente, M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 42, p. 612.

(2945) *Contra* : R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51 et s., n° 14, p. 67.

(2946) « Et qu'enfin de tout temps, et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir, dans les actes et même dans les jugements, des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher » (*Pasin.*, 1807, p. 132).

(2947) En l'occurrence, la question particulière de la validité des extraits de l'état civil délivrés par des fonctionnaires incompetents. Pour une application en matière électorale, voy. Cass., 22 mai 1911, *Pas.*, 1911, I, p. 275 ; en matière d'occupation du domaine public, Cass., 1^{er} octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 133.

(2948) Pour une réfutation plus complète, cons. P.A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988 », *J.T.*, 1989, pp. 541 et s., spéc. p. 542. Voy. en particulier la grande réserve dont fait preuve Cass., 7 novembre 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 283, avec les conclusions de M. le procureur général GESCHÉ : « Attendu que ce raisonnement du juge procède directement de la maxime suivant laquelle *error communis facit jus* ; que cette maxime qu'aucun texte ne consacre de manière générale et qui, d'ailleurs, est en opposition avec les principes fondamentaux du droit civil, doit nécessairement, si tant est qu'elle puisse être appliquée à des cas de l'espèce, ne l'être qu'avec la plus grande circonspection et dans des circonstances tout à fait exceptionnelles ; que, pour être éventuellement susceptible de couvrir une nullité ou de donner naissance à un droit, il faut, en toute hypothèse et avant tout, que l'erreur commune ait été invincible ou, en d'autres termes, se soit imposée à celui qui l'a commise avec une force telle qu'il s'avérait pratiquement

Mieux vaut sans doute se fonder sur la théorie de l'apparence, élevée par la doctrine contemporaine au rang de source (quasiment) autonome d'obligations et de principe général du droit (2949), bien que la Cour de cassation n'ait jusqu'à présent consacré celle-ci que sur le terrain du mandat apparent (2950).

Reste à vérifier si les conditions d'application de la théorie de l'apparence sont bien réunies en l'espèce. Trois d'entre elles nous paraissent devoir retenir plus particulièrement l'attention.

III. La première condition concerne la *bonne foi du tiers*.

À cet égard, l'influence de la maxime *error communis facit jus* aurait pu conduire à considérer que l'erreur commise par le tiers doit être commune, en ce sens qu'elle doit être partagée non seulement par le possesseur de l'immeuble et son acquéreur, mais aussi par la généralité des citoyens (2951). Mais, très vite, la Cour de cassation de France a estimé que la connaissance de la réalité – et donc, la mauvaise foi – du possesseur était impuissante à paralyser l'effet de l'apparence ayant induit le tiers en erreur (2952). L'erreur ne devrait donc pas nécessairement être commune aux parties (2953) ; elle ne devrait même pas être partagée par la généralité des sujets de droit, mais il faudrait néanmoins qu'elle soit

impossible pour l'esprit le plus réfléchi de l'apercevoir, de la rectifier et d'échapper à ses conséquences ».

(2949) Voy. C. CAUFFMAN, « De vertrouwensleer », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2005, n° 51, p. 10 ; S. STIJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 79, p. 93 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1177, pp. 1692 et s. ; C. VERBRUGGEN, *o.c.*, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, n° 4, p. 304 ; en termes plus prudents, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 23, p. 35 ; tout en reconnaissance une certaine autonomie à la théorie de l'apparence, d'autres auteurs la rattachent à la bonne foi (P.A. FORIERS, obs. sous Cass., 20 janvier 2000, *R.D.C.*, pp. 485 et s., n°s 13 et s., pp. 488 et s.), à l'équité (J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *o.c.*, n° 409, p. 957) ou au respect dû aux anticipations légitimes d'autrui (X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *o.c.*, n°s 83 et s., pp. 200 et s.). *Contra* (considérant que l'apparence n'est pas un principe général du droit privé) : J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 43, p. 716.

(2950) Voy. Cass., 26 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 571 ; Cass., 2 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 494 ; Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 357 ; Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 54 ; Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 547.

(2951) Comp. l'avis du Conseil du 2 juillet 1807 cité *supra*, II.

(2952) Voy. Cass. fr., 26 janvier 1897, cité *supra*, I : « qu'il n'importe pas davantage qu'un crime ait été commis par l'héritier apparent, ou par un tiers à son insu ».

(2953) Comp., sur le caractère commun de l'erreur substantielle, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I, *o.c.*, n° 140, p. 236.

« invincible », ce qui impliquerait une exigence plus forte que la simple bonne foi (2954).

Il est permis de douter que ces nuances sémantiques se traduisent dans les faits par une véritable différence d'appréciation, du moins en Belgique. On sait en effet que la Cour de cassation a défini l'erreur invincible comme celle qu'aurait pu commettre toute personne raisonnablement diligente et prudente (2955), critère qui ne diffère guère de celui à la base de la bonne foi objective (2956). Du reste, en matière de mandat apparent, il suffit que la croyance du tiers soit « légitime », ce qui s'apprécie sur la base du même critère (2957).

En l'occurrence, la théorie de l'apparence pourrait donc être appelée à jouer à la condition que le tiers ait ignoré la cause de nullité de l'opération dont son cocontractant tirait ses droits et n'ait pas dû raisonnablement la connaître.

IV. La deuxième condition concerne l'*imputabilité* de la situation apparente à celui auquel on prétend l'opposer – en l'espèce, la personne redevenue propriétaire par l'effet de la nullité. Il s'agit là d'une spécificité belge (2958) qui, en dépit de certaines résistances doctrinales (2959), est bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mandat apparent (2960) et a été étendue par certains auteurs aux autres applications de la théorie de l'apparence (2961). Cette condition signifie que celui auquel l'apparence est opposée doit avoir « librement par son

(2954) Voy. H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *o.c.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, n° 3, pp. 623 et s. Cette prise de distance par rapport au caractère « commun » de l'erreur confirme à notre avis le peu de liens que la protection de la propriété apparente entretient désormais avec l'adage *error communis facit jus*.

(2955) Voy. Cass., 23 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 544 ; Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 96 ; Cass., 16 septembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 439 ; Cass., 1^{er} octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 492 ; Cass., 29 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 324 ; Cass., 24 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 317 ; Cass., 16 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 29.

(2956) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I, *o.c.*, n° 94, p. 170.

(2957) Voy. Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 547 ; R. KRUIHOF, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1991, n° 21, p. 72 ; S. STIJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 64, p. 84 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1180, p. 1699.

(2958) En France, il ne s'agit pas d'une condition distincte de l'apparence ; sur celles-ci, voy. not. M. BOUDOT, « Apparence », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009, nos 113 et s., pp. 16 et s.

(2959) Voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *o.c.*, n° 86, p. 209 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1181, p. 1701.

(2960) Voy. les arrêts postérieurs à 1988 cités *supra*, note n° 2950.

(2961) Voy. C. CAUFFMAN, « De vertrouwensleer », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 58, pp. 15 et s. ; R. KRUIHOF, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1991, n° 21, p. 72 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique*

comportement, même non fautif, contribué à créer ou à laisser subsister cette apparence ». Selon l'inspirateur de cette formule, par « librement », il faut entendre « sans contrainte et en ayant eu conscience ou dû avoir conscience de la situation » (2962).

Cette condition n'est pas sans susciter des difficultés lorsque l'on tente de l'appliquer en matière de nullités. Certes, en concluant la vente initiale, voire également en n'agissant pas immédiatement en nullité de celle-ci lorsque ce droit lui était ouvert, le vendeur contribue à créer l'apparence du transfert de propriété de l'immeuble et à laisser subsister celle-ci. Mais peut-on considérer, en toutes circonstances, que ce soit « librement » ?

La négative nous paraît s'imposer toutes les fois où la nullité a été édictée en vue de protéger la volonté du vendeur, que ce soit sous la forme d'un vice de consentement (2963) ou d'une cause d'incapacité, et ce, à tout le moins aussi longtemps que le vendeur demeure sous l'emprise de ce vice. On peut en revanche admettre que la condition soit considérée comme remplie lorsque la cause de nullité est édictée dans le seul intérêt de l'acheteur, qu'elle est commune aux deux parties (par exemple, en cas d'objet illicite) ou encore que, quoiqu'attribuable au vendeur, elle n'implique aucune atteinte à ses facultés volitives (par exemple, dans l'hypothèse d'un mobile illicite). Dans ces différents cas, en effet, le vendeur a bien conclu librement la vente, et ainsi suscité l'apparence d'un transfert de propriété à l'acheteur.

V. La troisième et dernière condition nous paraît toutefois déterminante. En effet, à l'instar de tout principe général du droit (2964), la théorie de l'apparence présente un caractère *sub-*

du principe général de bonne foi en droit privé, o.c., n° 409, p. 958 ; S. STIJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 91, pp. 96 et s.

(2962) P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 25, p. 252.

(2963) Comp. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 80, p. 52.

(2964) Voy. Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 717, troisième moyen, troisième branche (« les principes généraux du droit ne peuvent être appliqués par le juge dans une cause déterminée lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur ») ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, o.c.*, n° 29, pp. 78 et s. ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 557 et s., spéc. p. 567 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 49, pp. 101 et s. On réserve l'hypothèse des principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, tels que la séparation des pouvoirs ou le principe d'égalité et de non-discrimination.

siddiaire en ce sens qu'elle ne s'applique pas, « soit lorsque le législateur l'écarte, soit encore lorsqu'il règle de manière particulière les conséquences d'une situation apparente : l'apparence constitue alors, le cas échéant, une justification générale d'une institution, mais non la source de son organisation » (2965).

C'est ainsi, notamment, que l'application de la théorie est écartée en matière de mandat *ad litem* en raison de l'instauration de la procédure de désaveu (2966), en matière de répétition de l'indu parce qu'en réglant lui-même les conséquences de la bonne foi de l'*accipiens* aux articles 1378 et suivants du Code civil, le législateur a exclu que la croyance légitime de celui-ci à l'existence de la dette puisse faire obstacle à la répétition (2967), ou encore en matière mobilière ou de paiement au possesseur d'une créance en raison des solutions spéciales consacrées par les articles 1240 et 2279 du Code civil (2968).

Or, précisément, le législateur a réglé la question de l'incidence de la bonne foi d'un tiers acquéreur d'un immeuble dont les droits sont menacés par l'annulation ultérieure du titre de son cocontractant à l'article 2265 du Code civil, en prévoyant en faveur de ce tiers un délai de prescription abrégé s'il peut se prévaloir d'un juste titre (2969). Dans un ordre d'idées similaire, c'est d'ailleurs

(2965) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1183, p. 1702 ; voy. également C. CAUFFMAN, « De vertrouwensleer », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n° 61, p. 21 ; S. STIJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 92, p. 97 ; C. VERBRUGGEN, *o.c.*, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, n° 10, p. 310 ; pour une application au principe voisin de la confiance légitime en droit administratif, Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 232, avec les conclusions de M. l'avocat général DE KOSTER.

(2966) En ce sens, S. STIJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 68, p. 87.

(2967) Voy. en ce sens Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 318, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, *R.W.*, 2004-2005, p. 19, note V. SAGAERT : « Attendu que l'arrêt, qui décide que la demanderesse doit renoncer à la récupération des sommes indûment payées à la défenderesse à titre de majorations d'allocations familiales pour enfants handicapés du 1^{er} janvier 1993 au 22 décembre 1994 en se fondant sur la théorie du "respect dû aux anticipations légitimes d'autrui", viole les articles 1235, 1376 et 1377 du Code civil » ; *adde* Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 600, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN.

(2968) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1185, p. 1703.

(2969) Cet argument se retrouve déjà chez les auteurs du XIX^e siècle, et notamment sous la plume – cinglante, comme à son habitude – de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome IX, *o.c.*, n° 562 : « On invoque la bonne foi des acquéreurs. L'argument est si faible, qu'il ne vaut presque pas la peine d'y répondre. Est-ce que la bonne foi de celui qui achète un immeuble donne au non-proprétaire le droit de le vendre et d'en transférer la propriété ? La loi détermine les effets qu'elle attache à la bonne foi ; l'acheteur acquiert la propriété par l'usucapion, s'il a un titre et bonne foi (art. 2265). Y aurait-il par hasard deux

parce que le législateur a fixé des délais à l'issue desquels l'action en justice est éteinte par la prescription que la théorie de la *rechtsverwerking*, parente de l'apparence, n'est pas admise en droit positif (2970). Il ne nous paraît dès lors pas possible, au nom de la théorie de l'apparence, de traiter l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble dont le titre est rétroactivement annulé plus favorablement que ne le prévoit l'article 2265.

On notera d'ailleurs que, même **en droit français**, la théorie de la propriété apparente paraît montrer des signes d'essoufflement. Ainsi, dans deux arrêts rendus par la chambre commerciale, la Cour de cassation de France a considéré que « ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire obstacle aux conséquences, vis-à-vis des tiers sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée » en matière de période suspecte (2971). Évoquant un « risque de contagion », un observateur s'interroge : « Dès lors qu'on ne cerne pas bien les raisons de l'exception apportée à la théorie de l'apparence pour les nullités de la période suspecte, on peut craindre que cette exception essaime ailleurs. Pourquoi pas telle ou telle autre nullité ? Et selon quel critère ? Par définition, toute nullité sanctionne un vice grave du contrat et bien d'autres que celle des articles 107 et 108 ont pour objectif la protection d'intérêts légitimes » (2972). Sans pouvoir apporter de réponse à ces questions suscitées par le laconisme de cette jurisprudence, on ne peut s'empêcher de penser que celle-ci paraît vouloir prendre ses distances avec une protection absolue de la confiance légitime des tiers.

VI. En conclusion, et indépendamment des difficultés auxquelles la condition d'imputabilité peut donner lieu, la théorie de l'apparence ne nous paraît pas, en droit belge, être de nature à valider les actes du propriétaire apparent dont les droits sont

espèces de bonne foi, l'une qui assure immédiatement la propriété à l'acquéreur ; l'autre qui, outre ce titre, exige une possession de dix ou vingt ans ? » ; voy. aussi les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ avant Cass., 7 janvier 1847, *Pas.*, 1847, pp. 294 et s., spéc. p. 305 ; *R.P.D.B.*, tome XIII, v^o *Successions*, o.c., n^o 1017, p. 231. L'argument est également apprécié à sa juste valeur par N. GEELHAND, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het erfrecht*, o.c., n^o 112, p. 66, qui ne l'écarte qu'en faisant valoir que la situation de l'héritier apparent présente des spécificités qui la distinguent des autres hypothèses de propriété apparente.

(2970) Voy. à ce propos *supra*, n^o 141.

(2971) Cass. fr., 30 juin 2004, *Bull.*, 2004, IV, n^o 137 ; Cass. fr., 3 février 1998, *Bull.*, 1998, IV, n^o 53, *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 361, obs. J. MESTRE, *D.*, 1999, p. 185, note A. BÉNABENT, « La théorie de l'apparence se miterait-elle ».

(2972) A. BÉNABENT, o.c., *D.*, 1999, pp. 185 et s., point B.

rétroactivement anéantis, et ce, même si la cause de nullité s'avérait imprévisible pour les tiers affectés.

Il restera à examiner si cette situation est ou non compatible avec les exigences du principe constitutionnel d'égalité (2973).

298. Institutions particulières. Enfin, certaines institutions particulières peuvent encore voler au secours du tiers frappé par l'effet rétroactif de l'annulation en matière immobilière.

Il se peut, tout d'abord, qu'au moment où le vendeur initial agit en revendication à son encontre, son titre d'acquisition ait été consolidé par la *prescription acquisitive* trentenaire ou abrégée (2974), en tenant compte le cas échéant de la jonction des possessions intervenues depuis la vente frappée de nullité (2975).

Certains auteurs considèrent ensuite que, lorsque les droits d'un créancier hypothécaire ayant traité avec l'acquéreur ou le sous-acquéreur sont anéantis ensuite de l'annulation de la vente initiale, il doit pouvoir bénéficier de la *subrogation réelle* prévue par l'article 28, alinéa 4, de la loi hypothécaire, en sorte que ses droits se trouveraient reportés sur la créance de restitution du prix de vente que possède l'acquéreur contre le vendeur initial (2976). À notre sens, cette disposition est étroitement liée à l'existence du privilège du vendeur impayé (2977) et ne pourrait être appliquée en dehors de ce cas, ce qui n'empêche pas cependant que la subrogation réelle puisse jouer en vertu d'un principe général autonome (2978).

La subrogation réelle joue enfin également en cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique*. En ce cas, l'action en nullité du vendeur

(2973) Voy. *infra*, n^{os} 545 et s.

(2974) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n^o 15, p. 44 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 336, p. 428 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 115 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *o.c.*, n^o 560, p. 705 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n^o 829, p. 798 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, *o.c.*, n^o 364, p. 302 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *o.c.*, p. 164 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Nullité*, *o.c.*, n^o 111, p. 17 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 288 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n^o 432, p. 434.

(2975) Comme l'observe très finement P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n^o 15, p. 44, note n^o 47.

(2976) Corr. Gent, 21 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 619, point 11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n^o 829, p. 798.

(2977) Voy. à ce propos *infra*, n^o 473.

(2978) Sur les conditions de la subrogation réelle, voy. les références citées *supra*, note n^o 2377.

ne pourra arrêter la procédure d'expropriation, mais ses droits se reporteront simplement sur le prix versé par le pouvoir expropriant (2979).

3. – *Tempéraments en matière mobilière*

299. Protection de la bonne foi. En matière mobilière, la protection du tiers acquéreur est beaucoup plus étendue.

Pour autant qu'il soit de bonne foi lors de la prise de possession, l'article 2279 du Code civil confèrera en effet à ce tiers un titre de propriété dérivant directement de la loi qui ne pourra, dès lors, être atteint par l'annulation du titre de son auteur (2980). On a déjà signalé, par ailleurs, que l'application de cette disposition, qui ne concernait à la base que les meubles corporels, a été étendue à certains meubles incorporels (2981) mais que, d'autre part, elle ne peut être invoquée par un créancier saisissant ou par la masse des créanciers pour faire obstacle à une action en revendication de la part du *verus dominus* (2982).

On relèvera encore qu'en cas de cession de créance ultérieurement annulée, le débiteur cédé qui aurait payé de bonne foi au cessionnaire serait libéré vis-à-vis du cédant redevenu créancier

(2979) Art. 18, § 1^{er}, de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 829bis, pp. 799 et s. (qui se réfère encore à l'article 21 de la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique).

(2980) Voy. P. ANCEL, o.c., *Rev. contrats*, 2008, n° 17, p. 45 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 115 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1980, p. 340 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 235, p. 181 ; I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 78, p. 324 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 560, p. 705 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 829, p. 799 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 364, p. 301 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 164 ; A. KLUYSKENS, *Beginnselen van burgerlijk recht*, deel I, o.c., n° 240, p. 388 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 335, p. 327 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, o.c., n° 111, p. 17 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, o.c., n° 325, p. 446 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 288 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 432, p. 434 ; A. VAN OEVELEN, « *Nietigheid* », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 33, p. 25 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 42, p. 612. – Sur ce que la possession du tiers doit également être utile, voy. *supra*, n° 202, II.

(2981) Voy. *supra*, n° 202, II.

(2982) Voy. *supra*, n° 203.

par l'effet de l'annulation en application de l'article 1240 du Code civil (2983).

On affirme parfois à cet égard que le cessionnaire serait tenu de remettre au cédant l'objet du paiement sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause (2984). Dès lors qu'on se situe dans les rapports entre parties au contrat annulé, ce fondement juridique nous semble toutefois inapproprié (2985). Il paraît en effet plus exact de considérer que le cessionnaire, se trouvant dans l'impossibilité de restituer en nature la créance qui s'est éteinte par l'effet du paiement, et ne pouvant se prévaloir d'une cause étrangère, est tenu de la restituer par équivalent (2986), ce qui aboutit à rétrocéder au cédant l'objet du paiement.

C. – Actes d'administration

300. Présentation traditionnelle du problème. À l'époque classique, aucune distinction n'était faite entre les actes de disposition et les actes d'administration accomplis par le débiteur de la restitution (2987). Ainsi, en cas d'annulation d'une vente, l'acheteur perdait rétroactivement la propriété de la chose et tous les droits, personnels ou réels, qu'il avait consentis sur celle-ci devaient être rétroactivement effacés (2988).

Avec l'avènement de la théorie moderne des nullités, cette conception indifférenciée fut remise en cause. On fit valoir que la nullité n'est pas une conséquence automatique et nécessaire, mais bien une sanction devant répondre à des impératifs de proportionnalité en tenant compte de l'ensemble des circonstances de la cause (2989). Or, à la différence des actes de disposition,

(2983) Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 547 ; S. STIJS et I. SAMOY, o.c., *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 71, p. 89 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1320, p. 1261 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1409, p. 1966.

(2984) F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1320, p. 1261.

(2985) Voy. *supra*, n° 245.

(2986) Voy. *supra*, n° 273.

(2987) Pour la clarté de l'exposé, nous partirons, dans les lignes qui suivent, de l'hypothèse d'un bail consenti par l'acheteur d'un immeuble avant que la vente ne soit annulée. Le propos pourrait toutefois être généralisé.

(2988) Voy. not. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 336, p. 427 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, o.c., n° 72, p. 71.

(2989) Voy. *supra*, n° 240.

les actes d'administration, et en particulier le bail de la chose, seraient des actes sans grande gravité et même indispensables à la bonne gestion d'un patrimoine (2990). Un courant important considère dès lors que l'annulation de la vente ne porte pas atteinte aux actes d'administration contractés par l'acheteur, dès lors qu'ils ne menacent pas les intérêts du vendeur (2991). On invoque également en ce sens l'existence d'un principe général du droit, induit des articles 595 (en matière d'usufruit) et 1673 (en matière de vente à réméré) du Code civil (2992), ainsi que le souci de protection de la propriété apparente (2993). Certains auteurs exigent cependant, par analogie avec l'article 1673, que le preneur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait ignoré l'existence de la cause de nullité (2994).

À l'encontre de ces solutions, on a fait observer, à juste titre, que les actes d'administration ne présentent pas nécessairement le caractère anodin que les partisans de leur maintien leur prêtent. Ainsi, il est symptomatique que cette conception soit apparue à une époque où les législations protectrices du preneur (bail commercial, bail à ferme, bail d'habitation) n'avaient pas encore été promulguées (2995). En outre, même pour un bail ordinaire, on ne peut exclure qu'il soit consenti pour une longue durée ou à des conditions désavantageuses pour le bailleur (2996). Aussi un autre courant rejette-t-il la distinction entre actes de disposition

(2990) E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 164.

(2991) V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 115 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome III, o.c., n° 1983, p. 342 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 235, p. 181 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1021, p. 2099 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 263, p. 186 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique*, o.c., n° 364, p. 301 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 164 ; F. GLANSDORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 45, p. 111 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 689 et s., note n° 1 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 183, p. 200 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité, o.c., n° 110, p. 17 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, o.c., n° 327, p. 448 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, o.c., *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 288 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 131, p. 417.

(2992) E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, o.c., p. 164.

(2993) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, o.c., pp. 689 et s., note n° 1, spéc. p. 691 ; comp. Cass. fr., 7 mai 2002, n° 00-15.901 et Cass. fr., n° 96-10.457 (décisions étrangères à la problématique des nullités en tant que telle, mais où un bail est validé sur la base de la théorie de la propriété apparente).

(2994) Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1021, p. 2099 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 263, p. 186 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité, o.c., n° 110, p. 17.

(2995) F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 432, p. 435.

(2996) M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 41, p. 611.

et actes d'administration, tous voués à disparaître par l'effet de la nullité (2997).

En définitive, la controverse pourrait se ramener au dilemme classique entre sécurité dynamique et sécurité statique (2998) : faut-il faire prévaloir les intérêts du preneur en maintenant le bail et ainsi en encourageant la conclusion de nouvelles opérations économiques, ou au contraire protéger le vendeur en lui garantissant qu'une fois l'opération illicite dénouée, il récupérera son bien libre de toute entrave ?

301. Appréciation critique au regard du principe de la relativité des conventions. Il est permis de se demander si les termes du problème, ainsi formulés, ne sont pas mal posés.

On présente en effet le maintien des actes d'administration comme une *exception à l'effet rétroactif* de la nullité : celui-ci devrait normalement conduire à faire tomber tous les actes accomplis par l'acheteur de la chose mais, par dérogation à ce principe, les actes d'administration échapperaient à ce sort en vue de préserver les attentes légitimes du preneur.

Qui ne voit, cependant, que même en faisant abstraction de l'effet rétroactif de la nullité, le vendeur qui redeviendrait propriétaire *ex nunc* de la chose est et demeure un tiers au bail consenti par l'acheteur ? Certes, le bail consenti par ce dernier reste valable, comme tout bail de la chose d'autrui (2999). Mais pour que le vendeur soit lié par ce bail, il n'est pas requis de faire exception à l'effet rétroactif de la nullité ; il faudrait plutôt admettre l'existence d'une *dérogation à l'effet relatif des conventions* (3000).

(2997) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 829, p. 798 ; A. KLUYSKENS, *Beginnselen van burgerlijk recht*, deel I, o.c., n° 240, p. 389 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 432, p. 435 ; B. VAN DEN BERGH, o.c., *R.G.D.C.*, 2010, n° 11, p. 243 ; adde, de manière prudente, M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 41, p. 611.

(2998) Sur les termes de cet éternel débat, cons. R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, o.c., pp. 71 et s., qui résume le problème comme suit p. 73 : « Il s'agit de savoir si l'on préférera la sécurité des titulaires de droits ou celle des acquéreurs de droits ».

(2999) Voy. *supra*, note n° 1597.

(3000) Comme l'observe très justement P. ANCEL, o.c., *Rev. contrats*, 2008, n° 13, p. 44 ; voy. également, en matière de résolution, J. BAECK, « Retroactiviteit of relativiteit? », note sous Cass., 6 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 359 et s., n°s 7 et s., pp. 362 et s., spéc. n° 10, note n° 36, p. 364 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 753, p. 540. — La question se pose à cet égard en des termes différents que dans le domaine de la condition suspensive (comp. *supra*, n° 198). Nous nous sommes en effet interrogé sur le point

En d'autres termes, la question de l'opposabilité au vendeur du bail consenti par l'acheteur avant l'annulation de la vente ne constitue pas tant un problème de détermination de l'étendue des effets de la nullité, non expressément tranché par le législateur et laissant dès lors une large marge d'appréciation à l'interprète, libre de le résoudre en « déplaçant le curseur » sur l'échelle allant de la sécurité statique jusqu'à la sécurité dynamique jusqu'à trouver le juste équilibre (3001). Cette question suscite, beaucoup plus fondamentalement, des interrogations au regard du principe de légalité, dès lors que le principe de la relativité des effets internes des conventions est consacré par l'article 1165 du Code civil et ne pourrait être écarté qu'en présence d'une règle contraire de même rang (3002).

L'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2007 nous paraît apporter une confirmation décisive à ce raisonnement (3003).

Dans cette affaire, la vente d'un immeuble avait été résolue dix ans après sa conclusion. Dans l'intervalle, l'acheteur avait toutefois posé un acte d'administration tout à fait ordinaire de la chose, à savoir la conclusion d'un contrat de fourniture d'eau (3004). Après la résolution, la compagnie bruxelloise de distribution des eaux avait alors introduit contre le vendeur une action en paiement des arriérés de factures de consommation de l'acheteur.

La cour d'appel avait rejeté cette demande pour des motifs sans doute assez maladroits, puisqu'elle entretenait une certaine confusion

de savoir si un bail consenti *pendente condicione* par le débiteur conditionnel était ou non opposable au créancier conditionnel en cas de réalisation de la condition. Toutefois, dans ce contexte, les dispositions légales applicables, parmi lesquelles l'article 1743 du Code civil, impliquaient clairement que le bail serait opposable au créancier conditionnel si la cession du bien s'était produite, comme pour une vente pure et simple, après la conclusion du bail. En revanche, dans le cas d'un transfert rétroactif de propriété, le bail (réputé) postérieur serait inopposable au créancier conditionnel. La seule question qui se posait en l'espèce était donc de savoir si la cession conditionnelle du bien produisait ou non ses effets de manière rétroactive. Dans le domaine de la nullité au contraire, la question de l'existence même d'une dérogation à l'effet relatif des conventions apparaît douteuse (voy. *infra*, n° 302), et prive dès lors d'intérêt la problématique de la rétroactivité de la nullité.

(3001) Comp. *supra*, n° 300.

(3002) Sur ce dernier point, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 913, p. 770.

(3003) Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 622, *R.W.*, 2008-2009, p. 20, note J. DE CONINCK, *R.G.D.C.*, 2009, p. 359, note J. BAECK.

(3004) L'existence d'un tel contrat ressort des motifs de l'arrêt attaqué. L'arrêt analysé, quant à lui, ne s'aventure pas à qualifier la nature – contractuelle ou réglementaire – de la relation juridique entre l'abonné et la société de distribution des eaux. Sur cette question, cons. not. Cass., 4 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 1578, note A. VAN OEVELEN.

sur le point de savoir si le contrat avait été résolu ou annulé et avait estimé qu'étant tiers à la convention de vente, la compagnie des eaux ne pouvait prétendre tirer aucun droit de son annulation. Le pourvoi en cassation formé par la compagnie avait dès lors beau jeu de dénoncer là une confusion entre les effets internes et les effets externes de la convention et, par voie de conséquence, de sa résolution (3005). La Cour de cassation rejette toutefois ce pourvoi en des termes tout à fait généraux visant aussi bien l'hypothèse de la résolution que celle de l'annulation de la convention :

« Lorsqu'un contrat de vente est résolu ou annulé avec effet rétroactif, les parties sont alors replacées dans la situation qui existait antérieurement et le vendeur est censé avoir toujours été le propriétaire. Ledit effet rétroactif n'a toutefois pas pour conséquence que le vendeur devient le débiteur d'obligations dont l'acheteur est tenu en ce qui concerne la propriété, que ce soit sur une base contractuelle ou réglementaire. »

Cet enseignement peut sans doute être discuté en ce qui concerne les obligations d'origine réglementaire. On a tenté, à cet égard, de justifier la solution de la Cour par le recours au principe général du droit de la non-rétroactivité des actes administratifs : appliquer le règlement au vendeur redevenu rétroactivement propriétaire équivaldrait à donner un effet rétroactif au règlement, ce qui serait contraire au principe précité (3006). Le rapprochement entre ces deux situations ne nous paraît toutefois pas déterminant. En effet, la rétroactivité trouve en l'espèce son origine, non dans un acte réglementaire, mais dans la loi, à savoir les dispositions du Code civil relatives aux effets de la nullité ou de la résolution ; or, la loi n'est pas soumise au principe général précité (3007). Une autre approche, plus complexe sans doute, mais également plus convaincante, a toutefois été suggérée. Elle se fonde sur une analyse des dispositions de l'ordonnance du 8 septembre 1994 « réglementant la fourniture d'eau alimentaire distribuée par réseau en Région bruxelloise » pour en déduire que celle-ci ne rend pas une personne débitrice des factures d'eau relatives à un bien à raison de sa seule qualité de propriétaire de ce bien ; encore faut-il, en outre, démontrer que le propriétaire a introduit une demande d'abonnement, ce qui n'était pas établi en l'espèce (3008).

(3005) Voy. à ce propos *infra*, n° 463, et comp. dans le même sens *supra*, n° 292.

(3006) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2009, n° 8, p. 362.

(3007) Comp. en outre *supra*, n° 1 : ce n'est pas parce qu'il institue des mécanismes dotés d'un effet rétroactif que le Code civil serait lui-même une loi rétroactive.

(3008) Voy. J. DE CONINCK, « Retroactieve toebedeling van het eigendomsrecht en gehoudenheid tot verbintenissen in verband met de eigendom », *R.W.*, 2008-2009, pp. 21 et s., n° 4, pp. 23 et s.

Quoi qu'il en soit, ces difficultés d'interprétation ne se posent pas en matière contractuelle. L'article 1165 du Code civil suffit alors sans peine à justifier le principe dégagé par la Cour de cassation, à savoir que l'effet rétroactif – ou, ajouterons-nous, ses limitations – n'implique en soi aucune dérogation au principe selon lequel le vendeur redevenu propriétaire de la chose ne peut, en règle, être tenu par les engagements souscrits envers les tiers par l'acheteur.

302. Absence d'exception à la relativité des conventions en matière de bail. Ainsi, le vendeur ne pourrait être tenu d'exécuter le bail consenti par l'acheteur avant le prononcé de la nullité que s'il existait une dérogation au principe de la relativité des conventions.

À notre sens, une telle dérogation fait défaut. Il n'existe pas, en effet, en droit positif, de fondement légal clair justifiant l'opposabilité au créancier de la restitution des effets internes des actes d'administration accomplis par le débiteur de la restitution (3009).

I. On pourrait certes songer à faire une *application analogique de l'article 1743 du Code civil*. Bien que cette disposition suppose formellement une vente, la doctrine y assimile généralement toute forme d'aliénation à titre gratuit ou onéreux (3010). Ne pourrait-on dès lors franchir un pas supplémentaire en l'appliquant dans l'hypothèse du transfert de propriété consécutif à la nullité d'un contrat ? (3011) Nous ne le pensons pas.

(3009) Implicitement, dans le même sens, J. BAECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2009, n° 10, p. 363 ; voy. également, en matière de résolution, P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 31, p. 254.

(3010) Ainsi, notamment, en cas de donation, legs particulier, échange, apport de l'immeuble, etc. ; voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 769, B, p. 793 ; A. HERREMANS, « De gevolgen van de overdracht van het gehuurde goed voor de huurder », *Jur. Falc.*, 2009-2010, pp. 215 et s., spéc. pp. 218 et s. ; Y. MERCHERS, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VIII, L. I, n° 496, p. 299.

(3011) En ce sens, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n°s 387 et s., pp. 244 et s. (en partant de la prémisse que la nullité serait dépourvue d'effet rétroactif ; sur celle-ci, voy. *infra*, n°s 537 et s.) ; en cas de résolution pour inexécution, mais sans guère de développements, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 755, p. 543. On relèvera de même qu'**en droit allemand**, la disposition analogue du § 566 du BGB est applicable en cas de transfert de propriété d'origine légale (BGH, 9 juillet 2008, VIII ZR 280/07, points 10 et s.), notamment lorsqu'il résulte des règles de l'enrichissement sans cause (D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, *o.c.*, n° 498, p. 176 ; sur l'application de ces règles en cas de nullité, voy. *supra*, n° 237). – *Contra* : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 769, A, p. 792 ; voy. aussi P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 31, p. 253 (en matière de résolution) ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et L. HERVE, « La vente du bien loué : questions spéciales », *Act. dr.*, 1994, pp. 517 et s., sous note n° 80, qui relèvent que l'opposabilité légale du bail n'est pas liée

Historiquement, l'article 1743 constitue la généralisation de la clause, stipulée au premier chef dans l'intérêt du vendeur-bailleur, par laquelle celui-ci, en vue d'échapper à sa responsabilité vis-à-vis du preneur, impose à l'acquéreur du bien la poursuite de l'entretien du bail ; la protection qui en résulte pour le preneur ne serait donc qu'une conséquence indirecte de ce mécanisme (3012). La rétrocession de la propriété consécutive à l'annulation du contrat de vente ne présente que peu d'analogie avec cette situation : en particulier, il paraît douteux d'étendre la présomption de volonté de l'article 1743 à cette hypothèse, puisque la restitution intervient par définition en dehors, et même à l'encontre de la volonté initiale des parties (3013).

Par ailleurs, pour que l'article 1743 soit applicable par analogie, encore faudrait-il que les intérêts en présence dans les deux hypothèses envisagées (aliénation volontaire et restitution consécutive à la nullité) soient suffisamment similaires. Or, tel ne nous paraît pas être le cas, spécialement dans les rapports avec le preneur. En effet, en cas d'aliénation volontaire, l'acquéreur a tout le loisir de se renseigner auprès du vendeur sur l'existence d'un éventuel bail qu'il serait tenu de reprendre en cas d'acquisition et, au cas où les conditions de celui-ci lui paraissent désavantageuses, peut toujours renoncer à celle-ci. L'acquéreur trouve d'ailleurs une protection complémentaire dans l'exigence de la date certaine formulée à l'article 1743, qui vise à le protéger contre la fraude qui consisterait à lui opposer un bail antidaté, conclu postérieurement à la vente (3014). En revanche, lorsque le transfert de propriété est la conséquence de l'annulation du contrat de vente, le vendeur ne dispose d'aucune marge de négociation avec son cocontractant : à la différence d'un acquéreur volontaire, il n'a pas le pouvoir de refuser la transaction, ou d'en négocier les conditions, afin de tenir compte du bail grevant désormais le bien sujet à restitution (3015). Appliquer l'article 1743 dans ce contexte aboutirait donc à traiter le créancier de la restitution beaucoup plus défavorablement qu'un acquéreur volontaire. Ceci ne nous paraît pas possible en l'absence d'une volonté claire du législateur en ce sens, et ce, d'autant

au transfert de propriété, mais à l'aliénation du bien. Du reste, l'article 1743, dérogoire au droit commun de l'article 1165, devrait en cas de doute s'interpréter restrictivement.

(3012) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 763, A, p. 784 ; *adde* G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, o.c., n° 685, p. 385.

(3013) Voy., dans le même sens, P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 31, p. 253 (en matière de résolution). Comp., à propos du refus d'étendre l'article 1138 du Code civil en dehors de la sphère contractuelle, *supra*, n° 267, II, A, 2.

(3014) Voy. Cass., 16 janvier 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 334.

(3015) Comp. avec notre réticence à faire supporter le risque de perte de la chose par ce même vendeur dès lors qu'il n'a pas pu se prémunir contre celle-ci, *supra*, n° 267, II, B, 2.

plus que la nullité a pour objectif premier de remettre les choses dans leur pristin état (3016).

En toute hypothèse, on notera que l'application analogique de l'article 1743 est une solution en retrait par rapport au maintien pur et simple des actes administratifs, puisque cette disposition suppose que le bail ait acquis date certaine avant la restitution du bien au vendeur. En outre, il faudrait également faire application de l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi hypothécaire, qui impose la réduction de la durée des baux de plus de neuf ans non transcrits.

Le raisonnement exposé, développé à propos du bail ordinaire d'immeuble, vaut également en matière de bail commercial, puisqu'il est pareillement soumis à l'article 1743 auquel l'article 12 de la loi du 30 avril 1951 n'a dérogé que sur des points particuliers (3017). En va-t-il autrement en matière de bail à ferme ou de bail de résidence principale ? Certes, le législateur a prévu en ce cas un principe renforcé de subrogation de l'acquéreur dans les droits et obligations du vendeur, ce qui témoigne cette fois indiscutablement d'un souci de protection du preneur (3018). Faut-il pour ce motif assimiler la restitution consécutive à la nullité à l'« aliénation du bien loué » ? On observera toutefois que ce raisonnement aboutirait à la conséquence paradoxale que le créancier de la restitution pourrait ignorer les baux ordinaires mais serait tenu d'exécuter les baux à ferme ; or, à supposer même que ceux-ci ne constituent pas des actes de disposition au sens technique du terme (3019), ils peuvent leur être assimilés dans la mesure où ils affectent substantiellement l'usage de la chose pendant une longue durée (3020). Dès lors que l'on considère que le souci de replacer

(3016) Voy. *supra*, n° 241, II.

(3017) À savoir une protection renforcée contre l'expulsion au cas où celle-ci est permise par le bail ou lorsque celui-ci est dépourvu de date certaine. Voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et L. HERVE, *o.c.*, *Act. dr.*, 1994, pp. 517 et s.

(3018) Voy. l'article 55 de la loi du 4 novembre 1969 et, dans une moindre mesure, l'article 9 de la loi du 20 février 1991 ; cons. à ce propos M. VANWIJCK-ALEXANDRE et L. HERVE, *o.c.*, *Act. dr.*, 1994, pp. 517 et s., sous note n° 7. Pour une application de cette idée, voy. Cass., 28 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 682 (en cas de vente sur saisie d'un bien grevé d'un bail à ferme, l'acquéreur doit respecter celui-ci pour la durée pour laquelle il a été conclu et ne peut se prévaloir de la réduction du bail non transcrit prévue à l'article 1^{er} de la loi hypothécaire) ainsi que les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER avant Cass., 19 juin 2003, *Pas.*, 2003, n° 363 (estimant que l'article 55 de la loi sur les baux à ferme s'applique à l'exclusion de l'article 1575 du Code judiciaire).

(3019) En ce sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, n°s 493 et s. ; Y. MERCHERS, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VIII, L. I, n° 34, p. 118.

(3020) Voy. ainsi l'article 410, § 1^{er}, du Code civil, qui requiert l'autorisation du juge de paix, non seulement pour aliéner les biens du mineur (1^o), mais aussi pour « consentir un bail à ferme, un bail commercial ou un bail à loyer de plus de neuf ans ainsi que pour renouveler un bail commercial » (4^o). Comme le relève la doctrine, « [l]es actes compris dans

les parties au contrat nul dans le pristin état conduit à effacer les actes de disposition accomplis par le débiteur de la restitution (3021), il ne nous paraît pas possible, en l'absence d'une disposition claire en ce sens, de contraindre le créancier de la restitution à exécuter les baux de longue durée consentis au cours de la période intermédiaire, nonobstant le souci de protection du preneur que l'on retrouve à l'arrière-plan de la législation relative à ces baux. Cette solution serait du reste également paradoxale en ce qu'elle aboutirait à moins bien protéger le créancier lorsque son droit à restitution découle du droit des nullités que lorsqu'il résulte d'une condition suspensive ou résolutoire (3022).

II. Pour le reste, on avance parfois qu'en cas d'annulation de la vente, le vendeur serait tenu par le bail consenti par l'acheteur sur la base de la théorie de la *gestion d'affaires* (3023). C'est toutefois perdre de vue que, d'une part, le gérant de l'affaire doit avoir l'intention de gérer les affaires d'autrui (3024), ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque l'acheteur croit par hypothèse gérer un bien lui appartenant au moment où il concède le bail (3025), et que, d'autre part, l'acte accompli par le gérant de l'affaire en son nom personnel ne peut lier le maître de l'affaire vis-à-vis du tiers contractant en l'absence d'une ratification (3026).

III. C'est également à notre sens en vain que l'on prétendrait opposer le bail au créancier de la restitution sur la base de la *théorie de l'apparence* (3027). Outre les difficultés suscitées par la condition d'imputabilité, il est permis en effet de penser que la condition de subsidiarité ne serait pas remplie dès lors qu'en adoptant l'article 1743

l'énumération de l'article 410, § 1, sont traditionnellement considérés comme importants. La plupart constituent des actes de disposition ou sont assimilés à de tels actes » (P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, tome I, L. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 78, p. 123).

(3021) *Voy. supra*, n° 294.

(3022) *Comp. supra*, n° 198, et *infra*, n° 523 ; sur la comparaison entre l'effet rétroactif de ces institutions, *voy. également infra*, n° 500.

(3023) Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, o.c., n° 110, p. 17.

(3024) Cass., 6 janvier 2005, *Pas.*, 2005, n° 8, *R.C.J.B.*, 2007, p. 175, note P. WÉRY, « Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaires et des quasi-contrats », pp. 181 et s., n° 18, p. 209 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 739, p. 1068. Pour une application, *voy. Cass. fr.*, 13 janvier 1999, n° 97-14.017, dont il résulte que lorsque l'acquéreur d'un immeuble y a effectué des travaux durant son occupation et que la vente est ensuite annulée, il ne peut demander le remboursement du coût de ces travaux au vendeur sur la base de la théorie de la gestion d'affaire lorsqu'il n'est pas démontré qu'il avait eu « l'intention d'agir pour le compte et dans l'intérêt » du vendeur.

(3025) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 383, p. 241.

(3026) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 749, p. 1076.

(3027) *Comp. supra*, n° 297.

du Code civil, le législateur a déjà entendu régler les cas où le propriétaire d'un bien peut être tenu par le bail consenti par un tiers.

Si l'on devait néanmoins admettre le jeu de la théorie de l'apparence, il n'est du reste pas certain que ce mécanisme soit de nature à accorder entière satisfaction au preneur. En effet, cette théorie peut tout au plus avoir pour conséquence d'autoriser la victime à tenir la réalité pour conforme à l'apparence (3028). Or, la seule apparence à laquelle le preneur ait pu légitimement croire est la qualité de propriétaire de son bailleur, et corrélativement l'absence de propriété dans le chef du créancier de la restitution. On pourrait certes en déduire que le créancier de la restitution, privé de sa qualité de propriétaire dans ses rapports avec le preneur, ne pourrait provoquer l'expulsion de celui-ci en revendiquant la chose, du moins tant que dure le bail. Mais il n'en serait pas pour autant tenu par les conditions du bail, puisqu'il n'a jamais marqué, fût-ce de manière apparente, son accord sur celui-ci. Il faudrait dès lors considérer, notamment, que le preneur ne pourrait exiger du créancier de la restitution qu'il effectue des travaux de réparation dans les lieux loués ; seul le débiteur de la restitution demeurerait son interlocuteur. Quant à ce dernier, il devrait bien évidemment restituer les loyers futurs au véritable propriétaire, qui fait seul les fruits siens (article 547 du Code civil) (3029), et ne pourrait lui réclamer le remboursement des travaux effectués dans les lieux loués que sur la base de la théorie des impenses (3030). Autant dire que cette situation boiteuse (3031) n'est guère enviable.

IV. Enfin, il ne nous paraît pas que le maintien des baux puisse se fonder sur une *application analogique de l'article 1673 du Code civil* (3032). Ainsi que nous le verrons, cette disposition propre à la vente à réméré est en effet inspirée par le souci de permettre à l'acquéreur de trouver un locataire acceptant de traiter avec lui pendant la période d'incertitude au cours de laquelle la condition est pendante (3033). En d'autres termes, le Code impose au vendeur à réméré

(3028) Voy. not. S. STIJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 93, p. 97.

(3029) Comp. *supra*, n° 256.

(3030) Comp. *supra*, n° 276.

(3031) L'expression est empruntée au vocabulaire du droit international privé. Dans ce domaine, une situation boiteuse désigne une situation reconnue dans certains ordres juridiques et rejetées par d'autres (par exemple, un mariage valable en Belgique et nul en France : voy. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome II, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2010, n° 747, p. 133). Une difficulté similaire se présente en l'espèce puisque le créancier de la restitution est propriétaire à l'égard de tous, si ce n'est du preneur.

(3032) Dans le même sens, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 386, pp. 243 et s.

(3033) Voy. *infra*, n° 523.

d'exécuter les baux consentis par l'acquéreur pour inciter les locataires potentiels à accepter de traiter avec ce dernier. De telles considérations n'ont cependant pas leur place en présence d'un contrat de vente nul. En effet, le locataire n'a en principe pas connaissance de la cause de nullité affectant le titre de l'acquéreur, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'inciter à traiter avec celui-ci.

303. Conclusion. Les effets internes des baux consentis par le débiteur de la restitution ne nous paraissent donc pas opposables au créancier de la restitution. Deux situations peuvent dès lors se présenter.

Tout d'abord, il va de soi que le bail restera entièrement valable dans les rapports entre le preneur et le débiteur de la restitution (3034). Mais, ce bail étant devenu impossible à exécuter en nature, il sera dans cette mesure frappé de caducité, ce qui n'empêchera pas bien entendu le preneur d'engager la responsabilité de son bailleur (3035).

Il se peut toutefois que, par le jeu de l'une ou l'autre exception à l'effet rétroactif entre parties, la chose ne soit pas restituée au propriétaire initial (3036). En ce cas, le débiteur de la restitution, resté en possession de la chose, devra naturellement continuer à exécuter le bail vis-à-vis du preneur.

D. – Actes de conservation

304. Relativité des effets internes des conventions. Comme pour les actes d'administration (3037), certains auteurs sont d'avis que l'effet rétroactif de la nullité doit être interprété de manière raisonnable afin de ne pas remettre en cause les actes de conservation accomplis par le propriétaire (provisoire) de la chose avant que son titre ne soit annulé. Ces actes seraient donc opposables

(3034) On a déjà souligné que le bail de la chose d'autrui est valable : voy. *supra*, note n° 1597.

(3035) J. BAECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2009, n° 9, p. 363 ; voy. *infra*, n°s 328 et s. Le même raisonnement vaut à l'égard de la sous-location en cas d'annulation ou de résolution du bail principal (voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome 1^{er}, *o.c.*, n° 1387, p. 802).

(3036) Par exemple, en vertu de la règle *in pari causa* si l'on admet son application (voy. *supra*, n°s 278 et s.). On peut également songer à l'hypothèse où le débiteur de la restitution est habilité à exercer un droit de rétention sur la chose (voy. *supra*, n° 243).

(3037) Voy *supra*, n° 300.

au propriétaire initial de la chose qui en obtient la restitution à la suite de l'annulation du contrat (3038).

Cette opinion se heurte à notre sens aux mêmes objections que celles formulées à propos des actes d'administration (3039). Ainsi, même en admettant que la portée de l'effet rétroactif puisse être restreinte afin de tenir compte d'intérêts concurrents à ceux du créancier de la restitution qui soient également dignes de protection, il n'existe à notre sens aucun motif pour déroger au principe de la relativité des effets internes des conventions. Par conséquent, en cas d'annulation d'une vente, l'exécution du contrat d'entreprise ou d'assurance conclu par l'acheteur ne pourra être imposée au vendeur.

Dans les relations entre le vendeur et l'acheteur, les sommes dépensées par ce dernier pour assurer la conservation de la chose pourront normalement être réclamées sur la base de la théorie des impenses (3040). Par ailleurs, la question de savoir si la nullité du contrat translatif de propriété retentit sur les contrats consécutifs conclus par l'acheteur avec un tiers sera examinée plus en détail ci-après (3041).

Comme pour les actes d'administration, l'article 1165 du Code civil pourrait toutefois être écarté en présence d'une disposition contraire de même rang.

On pourrait songer, à cet égard, à faire application de l'article 57 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, qui n'est pas sans rappeler le mécanisme de l'article 1743 du Code civil. Comme pour cette dernière disposition, on peut cependant douter qu'il s'applique en cas de nullité d'un acte translatif de propriété. L'article 57 suppose en effet une « cession entre vifs » et prévoit qu'en matière immobilière, la garantie sera maintenue au profit du cessionnaire pour une durée de trois mois « après la date de la passation de l'acte authentique ». Ceci tend déjà à indiquer que le législateur n'avait pas l'hypothèse de la nullité à l'esprit en rédigeant ce texte. Par ailleurs, le délai de trois mois a été calculé pour correspondre approximativement au temps requis pour effectuer la transcription de cet acte. La disposition avait donc pour objectif de prémunir le cessionnaire contre le risque de disparition de la chose dans la période séparant le moment du transfert

(3038) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 13, p. 43 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 235, p. 181 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 110, p. 17.

(3039) Voy. *supra*, n°s 301 et s.

(3040) Voy. *supra*, n° 276.

(3041) Voy. *infra*, n°s 325 et s.

de propriété entre parties et celui où il devient opposable aux tiers par l'effet de la transcription (3042). Or, en cas de nullité, le transfert de propriété est opposable de plein droit, tant entre parties qu'à l'égard des tiers, dès le jugement d'annulation, sans que celui-ci ne doive être transcrit. Eu égard à sa *ratio legis*, le texte ne peut donc être étendu par analogie à l'hypothèse de la nullité. Enfin, on relèvera que l'article 57 prévoit que le contrat d'assurance prend fin, parce que la personne qui transfère la propriété d'une chose perd normalement tout intérêt à l'assurance (3043). Tel n'est toutefois pas le cas de l'acheteur en cas de nullité du contrat de vente, puisque, bien qu'ayant perdu rétroactivement la propriété de la chose, il ne restitue effectivement celle-ci qu'après le prononcé du jugement d'annulation. Il conserve donc un intérêt à la faire assurer pour toute la période intermédiaire, et ce, d'autant plus que les risques de la contre-prestation pèsent sur lui par application de la règle *res perit debitori* (3044). Par conséquent, et contrairement à ce que prévoit l'article 57, le contrat d'assurance de la chose doit à notre sens être maintenu au profit de l'acheteur notwithstanding l'annulation rétroactive du titre de propriété jusqu'à ce que la chose ait été effectivement restituée au propriétaire initial.

Dans un tout autre ordre d'idées, on signalera enfin que certains actes conservatoires accomplis par l'acheteur pourront bénéficier au vendeur parce que la loi ne fait pas dépendre leur efficacité de la qualité de propriétaire de leur auteur. C'est ainsi que l'article 2243 du Code civil prévoit qu'il y a interruption naturelle de la prescription « lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers ». L'acheteur qui croit interrompre la prescription dans son propre intérêt agit donc au bénéfice du vendeur redevenu propriétaire par l'effet de la nullité, puisque la loi ne se soucie pas de l'identité de l'auteur de l'interruption, mais uniquement de l'effectivité de la possession invoquée par celui qui prétend opposer la prescription acquisitive.

V. – Étendue de la nullité

305. Plan. Après avoir décrit les effets de la nullité tant entre parties qu'à l'égard des tiers, il nous reste à préciser l'étendue de

(3042) Voy. l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, s.o., 1990-1991, n° 1586/1, p. 53.

(3043) *Ibid.*, p. 52.

(3044) Voy. *supra*, n° 267.

la nullité. À cet égard, des mécanismes ont été développés pour en restreindre les effets (A) : ce sont les figures de la nullité partielle (1), de la réduction (2) et de la conversion (3). À l'inverse, la nullité du contrat se propage parfois à d'autres actes juridiques (B) qui lui sont liés par l'objet (1) ou par la cause (2).

A. – En deçà du contrat : nullité partielle, réduction et conversion

306. Position du problème. Nous avons vu que la nullité était une sanction dirigée contre l'acte juridique, n'affectant les obligations qui trouvent leur source dans cet acte que par voie de répercussion (3045). En raison des conséquences radicales de la nullité, des efforts ont cependant été entrepris en vue d'en restreindre les effets considérés comme excessifs.

Plusieurs théories ont à cet égard vu le jour. Ainsi, l'idée de la *nullité partielle* est de limiter l'effet de la nullité aux seules obligations ou clauses entachées du vice de légalité et de maintenir pour le surplus le reste du contrat s'il peut survivre à cette amputation (1). La *réduction* consiste quant à elle à remplacer une clause ou une obligation illégale par une clause ou une obligation légale de même nature, mais de moindre intensité (2). Ces deux techniques reposent sur un découpage « vertical » du contrat en ses différentes clauses et obligations ; agissant sur un axe « horizontal », la *conversion* consiste enfin à repartir de l'accord de volonté des parties, mais à le transformer en un nouvel acte juridique échappant aux critiques de légalité adressées à l'acte nul (3).

En réalité, ces trois théories se recourent plus ou moins largement (3046) et procèdent toutes de l'idée que la nullité ne doit produire ses effets que dans la mesure où elle apparaît nécessaire au rétablissement de la légalité (3047).

(3045) Voy. *supra*, n° 226, I.

(3046) C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n° 11, p. 432, va même jusqu'à considérer que la distinction entre elles ne présenterait qu'un intérêt académique. Nous verrons cependant que la conversion se distingue assez nettement dans ses conditions et dans ses effets de la nullité partielle et de la réduction.

(3047) Voy. *supra*, nos 240 et 241.

1. – *Nullité partielle*

307. Origine. La théorie de la nullité partielle trouve son origine dans le rapprochement des articles 900 et 1172 du Code civil, dont la portée, formellement limitée aux seules conditions illicites, a fini par être étendue à toutes les clauses illicites (3048).

Selon l'article 1172, « [t]oute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » Dans les contrats à titre onéreux, le principe est donc celui de la nullité totale. Au contraire, en matière de libéralités, l'article 900 prévoit que « [d]ans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites », laissant ainsi subsister le reste du contrat.

Historiquement, l'article 900 était conçu comme une exception à l'article 1172. En effet, en droit romain, l'annulation de la seule condition illicite ne concernait que les actes à cause de mort : « en partant de la faveur du testament, de l'idée que le testateur n'est plus là pour refaire la disposition, on la tient pour valable en effaçant la modalité » (3049). Cette règle a été étendue par le législateur révolutionnaire aux donations en vue d'éviter que l'Ancien Régime ne puisse être rétabli par le jeu des charges et conditions imposées aux bénéficiaires des libéralités, solution reprise à l'article 900 du Code civil (3050).

Dans un premier temps, la jurisprudence est demeurée fidèle au texte du Code (3051). Mais, le temps passant et les motifs ayant ins-

(3048) Sur cette évolution, voy. not. I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 55, pp. 305 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n°s 358 et s., pp. 294 et s. ; Y. HANNEQUART, *o.c.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n°s 199 et s., pp. 406 et s. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 329, p. 322 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 95, p. 14 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 420, pp. 420 et s. Sur les origines de l'adage *utile per inutile non vitiatur* en droit romain, cons. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, pp. 75 et s.

(3049) P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 820 ; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht, o.c.*, § 9, n° 4, p. 67, et § 10, n° 6, p. 71 ; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, p. 720.

(3050) Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XI, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 430.

(3051) Ainsi, un arrêt du 26 février 1874 se montre encore intraitable en décidant « que cette fiction de la loi établit une règle générale et absolue, qui n'autorise aucun tempérament, quelles que soient les raisons qui ont déterminé le législateur à l'adopter ; que la règle s'applique indistinctement à tous les cas où une condition illicite est apposée au legs, soit que le testateur l'ait qualifiée de rigoureuse et d'essentielle, pour y subordonner expressément sa libéralité, soit qu'il ait simplement stipulé, comme étant une condition du legs, la charge imposée au légataire » (Cass., 26 février 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 82, avec les

piré le législateur révolutionnaire devenant de plus en plus lointains, l'idée s'est imposée que la dichotomie entre libéralités et actes onéreux ressortant des articles 900 et 1172 était trop radicale et pouvait engendrer des résultats inéquitables. La jurisprudence s'est dès lors efforcée d'en redéfinir la portée.

Un premier tempérament a consisté à rechercher, indépendamment du caractère illicite de la condition affectant la libéralité, si celle-ci ne devait pas être entièrement annulée en raison d'une cause illicite. Telle est la solution retenue par un arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1952 qui, tout en rappelant la doctrine traditionnelle qui veut que la nullité de la condition illicite « n'entraîne pas la nullité de la libéralité, même si le testateur a expressément subordonné la validité de celle-ci à l'accomplissement de la condition », n'en estime pas moins qu'« assortie ou non d'une condition, la disposition testamentaire, dont le but est illicite, ne peut par application de l'article 6 du Code civil, régissant tous les actes juridiques, recevoir d'effet » (3052). Entre les deux causes de nullité possibles, la Cour donne donc la priorité à celle fondée sur une cause illicite (3053).

L'évolution ne s'arrête cependant pas là. En effet, ce premier tempérament permettait tout au plus d'annuler totalement une libéralité ; il n'apportait en revanche aucun secours pour limiter l'étendue de la nullité des actes à titre onéreux. À cette fin, le droit belge va s'inspirer de la théorie française dite de la cause impulsive et déterminante. Selon celle-ci, il convient, en présence d'un acte juridique dont seule une condition – ou, plus généralement, une clause – est illicite, de rechercher si cette clause a constitué la cause impulsive et déterminante de l'acte. Dans l'affirmative, l'acte sera annulé tout entier ; dans la négative, c'est-à-dire si la clause n'est qu'accessoire, la nullité sera partielle et ne frappera ainsi que la clause illicite (3054). Cette théorie va être reprise en droit belge sous la seule réserve qu'au critère de la cause impulsive et déterminante, on substituera le plus souvent celui

conclusions de M. le procureur général MESDACH DE TER KIELE, alors avocat général ; dans le même sens, Cass., 31 juillet 1869, *Pas.*, 1869, I, p. 537, avec les conclusions de M. l'avocat général CLOQUETTE).

(3052) Cass., 31 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 111, avec les conclusions de M. le procureur général HAYOT DE TERMICOURT, alors premier avocat général, *R.C.J.B.*, 1953, p. 8, note J. Dabin.

(3053) Comp. avec le mécanisme de la *Doppelwirkung*, *supra*, n° 289.

(3054) Voy. not. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *o.c.*, n° 351, p. 478 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, *o.c.*, n° 329, p. 322 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité, o.c.*, n° 95, p. 14.

de l'indivisibilité de l'acte (3055) ; en pratique, les deux critères s'équivalent toutefois largement (3056).

Au terme de cette évolution prétorienne remarquable, la ligne de démarcation entre les articles 900 et 1172 du Code civil n'est donc plus le caractère libéral ou onéreux de l'acte, mais, en dépit de la lettre de la loi, le caractère divisible ou indivisible de celui-ci.

308. Principe. Libérée des hésitations ayant présidé à son élaboration, la théorie de la nullité partielle est aujourd'hui largement accueillie en droits belge (3057) et français (3058). Elle est par ailleurs expressément consacrée en **droits allemand** (3059) et **néerlandais** (3060) ainsi que dans le **DCFR** (3061), la proposition de **DCEV** (3062) et les **Principes d'Unidroit 2010** (3063).

À l'appui de sa reconnaissance en droit belge, on cite généralement deux arrêts de la Cour de cassation (3064), dont la portée nous paraît toutefois avoir été surestimée.

(3055) Voy. *infra*, n° 310.

(3056) Le rapprochement entre ces deux critères figurait déjà dans les conclusions précitées de M. le procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, *Pas.*, 1953, I, p. 114.

(3057) Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, pp. 95 et s. ; C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n°s 12 et s., pp. 432 et s. ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n°s 53 et s., pp. 304 et s. ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats, o.c.*, n° 97, p. 76 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n°s 568 et s., pp. 718 et s. ; L. CORNELIS et V. SAGAERT, *o.c.*, *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, n°s 30 et s., pp. 308 et s. ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 28, p. 48 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 182, p. 131 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 133, pp. 424 et s. ; A. VAN OEVERLEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 36, p. 26 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 227, pp. 352 et s. ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n°s 4 et s., pp. 570 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 331, pp. 301 et s.

(3058) Voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 218, pp. 164 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1021, p. 2100 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, o.c.*, n°s 357 et s., pp. 293 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n°s 717 et s., pp. 355 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *o.c.*, n° 320, note n° 1, p. 437 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n°s 419 et s., pp. 418 et s.

(3059) § 139 du BGB.

(3060) Art. 3:41 du NBW.

(3061) Art. II. – 1:108 et II. – 7:213.

(3062) Art. 54.2.

(3063) Art. 3.2.13.

(3064) Voy., par exemple, C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n° 13, p. 433 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 56, pp. 306 et s. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 568, p. 719.

Dans la première affaire, les parties avaient conclu, d'une part, une cession de fonds de commerce et, d'autre part, une cession de bail et un louage de services. Le juge du fond ayant annulé l'ensemble de ces opérations après avoir constaté l'absence de cause de la seule cession du fonds de commerce et le fait que celle-ci constituait la raison déterminante des autres opérations, le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir ainsi confondu la notion de cause et celle de mobile (3065). Réinterprétant l'arrêt attaqué, la Cour de cassation considère toutefois que celui-ci « déclare sans effet les stipulations de cession de bail et de louage de choses et de services, non point en se fondant sur les articles 1131 et 1133 du Code civil, mais par application du principe consacré par les articles 1218 et 1233, alinéa du même Code », relatifs aux obligations – mais non *sensu stricto* aux conventions – indivisibles (3066). L'arrêt attaqué aurait ainsi déclaré « sans effet les stipulations visées au moyen, non point parce qu'elles sont elles-mêmes sans cause ou parce qu'elles sont illicites, mais parce que, de par la volonté commune des parties, il existe une indivisibilité entre ces stipulations et la stipulation de cession de fonds de commerce qui est, elle, sans effet, parce qu'elle est sans cause ». Le grief est dès lors rejeté comme manquant en fait (3067). Strictement parlant, la Cour de cassation ne s'est donc pas prononcée sur la légalité du raisonnement de la cour d'appel, mais seulement sur la lecture qu'il convenait d'en donner. Tout au plus peut-on deviner, derrière cette réécriture imaginative de la décision attaquée, une inclination de la Cour à adhérer à la théorie de la nullité partielle. Telle est en tout cas l'opinion du ministère public puisque le sommaire de l'arrêt rédigé par celui-ci énonce sans réserve que « [l]orsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, forment un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations entraîne la nullité de la convention entière » (3068).

Un second arrêt rendu peu de temps après appelle également une appréciation nuancée (3069). Se plaçant sur le terrain du devoir de

(3065) On se souviendra, à cet égard, que, dans la théorie dualiste de la cause qui prévalait à l'époque, la notion de cause recevait une portée différente selon qu'il s'agissait d'apprécier l'absence ou la fausseté de la cause (auquel cas seule l'existence d'une contrepartie objective de l'engagement était vérifiée) ou son illicéité (auquel cas le juge pouvait s'aventurer sur le terrain de la recherche des mobiles subjectifs des parties). Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 193, pp. 302 et s.

(3066) Pour un glissement similaire de l'obligation à la convention, comp. *infra*, n° 481, IV, A.

(3067) Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 653.

(3068) Cet enseignement est répété dans une note du ministère public sous Cass., 11 mars 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 896, mais, à nouveau, l'arrêt lui-même n'énonce pas cette règle qui ne faisait du reste pas l'objet du pourvoi.

(3069) Cass., 13 octobre 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 160.

motivation, la Cour décide simplement, selon les termes de son sommaire qui en résume parfaitement la portée, que « [n]’est pas entaché de contradiction l’arrêt qui, après avoir constaté qu’une convention ayant un double objet, à savoir la cession d’un matériel et la cession d’un bail, n’est illicite qu’en ce qui concerne son second objet, ne la déclare nulle que dans la même limite ». De manière assez elliptique, le ministère public précise en note que « [d]ifférente est la question de savoir si, en cas de convention ayant un double objet, chacun de ces objets est indépendant, en sorte que la nullité d’un des éléments de la convention n’entraîne pas celle de la convention entière ». Il semble que, par cette note, le parquet près la Cour de cassation ait entendu rappeler la règle selon laquelle n’équivaut pas à une absence de motifs et ne constitue donc pas une violation du devoir de motivation, la contrariété de motifs dont l’examen suppose un contrôle de l’application ou de l’interprétation de dispositions légales (3070). On sait, en effet, que l’article 149 de la Constitution se borne à imposer au juge le respect d’une règle de forme, qui est étranger à la valeur de la réponse donnée aux conclusions (3071), de sorte qu’un jugement ou un arrêt est motivé lorsque le juge indique clairement et sans équivoque les raisons, *fussent-elles erronées ou illégales*, qui l’ont déterminé à statuer comme il l’a fait (3072). En l’occurrence, il semble donc que par sa note, le ministère public ait voulu souligner le fait que la Cour ne s’était pas prononcée en l’espèce sur le respect du critère permettant de conclure à la nullité totale ou partielle de la convention. Ici également, la consécration de la théorie de la nullité partielle est donc fort timide.

Un arrêt plus récent apporte en revanche une confirmation beaucoup plus nette de la théorie de la nullité partielle (3073). Un assuré avait souscrit une omnium pour son véhicule auprès d’une compagnie d’assurance. Après le vol de ce véhicule, la compagnie invoqua la nullité du contrat d’assurance en reprochant à son assuré une omission intentionnelle consistant à s’être abstenu de déclarer quatre sinistres avant la conclusion de la police. Constatant que ces omissions concernaient soit des accidents dans lesquels la responsabilité de l’assuré n’avait pas été engagée, soit un sinistre étranger au vol du véhicule (en l’occurrence, le heurt d’un poteau), la cour d’appel avait estimé

(3070) Voy. Cass., 23 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 750 ; Cass., 19 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 220 ; Cass., 7 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 461 ; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 559.

(3071) Cass., 22 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 538 ; Cass., 7 février 2007, *Pas.*, 2007, n° 73.

(3072) Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 249.

(3073) Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 321, *D.C.C.R.*, 2007/74, p. 98, note J.-L. Fagnart, « La segmentation des polices combinées et ses effets inattendus ».

que l'assureur n'avait pu être induit en erreur sur l'appréciation du risque de vol et l'avait, dès lors, condamné à indemniser son assuré. Le pourvoi formé par la compagnie d'assurance faisait valoir que « toute omission ou inexactitude intentionnelle portant sur un élément d'appréciation du risque entraîne la nullité du contrat en son entier sans que les différentes garanties offertes par le contrat puissent subir un sort différent ». Après avoir rappelé le texte de l'article 6 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, la Cour rejette cependant le pourvoi en considérant que, « [l]orsque, dans un même contrat, plusieurs risques sont assurés et que l'omission ou l'inexactitude n'ont eu une incidence que pour l'appréciation d'une partie d'entre eux, la nullité du contrat est limitée à l'assurance des risques pour lesquels l'assureur a été induit en erreur ». Comme l'observe le professeur Fagnart, la question aurait normalement pu être tranchée par simple référence à l'article 12, alinéa 3, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, qui constitue déjà une application légale de la théorie de la nullité partielle puisqu'il prévoit que « [l]a cause de nullité relative à l'une des prestations n'affecte pas le contrat dans son ensemble » (3074). Le choix de la Cour de se détacher de cette disposition spécifique nous incite à penser que son enseignement peut être généralisé à tous les cas où, comme en l'espèce, le contrat était divisible en plusieurs parties (en l'occurrence, en plusieurs garanties) et où seules certaines d'entre elles étaient concernées par la cause de nullité.

La nullité partielle a encore fait l'objet d'une autre consécration législative dans le droit de la consommation, puisqu'après avoir disposé que « [t]oute clause abusive est interdite et nulle », l'article 75, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, précise que « [l]e contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives » (3075).

Citons enfin un arrêt du 10 janvier 2014 décidant, sur la base de l'article 1172 du Code civil, que, « lorsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, ne forment pas un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention entière » (3076).

(3074) J.-L. FAGNART, *o.c.*, *D.C.C.R.*, 2007/74, n^{os} 3 et s., pp. 103 et s. Nous ne partageons pas, en revanche, l'opinion du savant auteur lorsqu'il considère que, tenue par les limites du pourvoi qui ne visait pas cette disposition – et pour cause, puisqu'elle contredisait la thèse du pourvoi –, la Cour n'aurait pu en faire application. En effet, pour rejeter un pourvoi, rien n'interdit à la Cour d'invoquer des dispositions non invoquées par le demandeur en cassation, ce qui se produit d'ailleurs régulièrement en cas de substitution de motifs.

(3075) Sur le régime de cette nullité particulière, voy. *supra*, n^o 232.

(3076) Cass., 10 janvier 2014, n^o C.13.0123.F, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES. On notera qu'en l'espèce, il s'agissait plutôt de déterminer si la nullité d'une sûreté

La théorie connaît pour le reste de nombreuses applications dans la jurisprudence des juges du fond (3077).

309. Fondement. Encore que l'intérêt pratique de la question apparaisse limité, il est permis de s'interroger sur le fondement juridique de la nullité partielle.

À cet égard, la référence classique aux articles 900 et 1172 du Code civil semble inappropriée, compte tenu de la distance prise par la jurisprudence par rapport aux termes de ces dispositions.

De même, la référence faite dans l'arrêt précité du 27 février 1959 (3078) aux articles 1218 et 1233 du Code civil semble plus justifiée par le souci de trouver à tout prix un fondement textuel à la règle que par l'adéquation des dispositions visées avec le contenu de celle-ci. Ces dispositions concernent en effet la matière des obligations – et non des conventions – indivisibles et les solutions techniques qu'elles consacrent ne présentent guère de lien avec la question de l'étendue des nullités.

Certains auteurs fondent la sanction de la nullité partielle sur le principe d'interprétation figurant à l'article 1157 du Code civil (3079). Bien que cette disposition puisse, dans certains cas, aboutir à des résultats équivalant à une nullité partielle (3080), elle nous paraît toutefois insuffisante pour justifier de manière générale celle-ci. Si l'on peut concevoir, en effet, qu'un acte juridique doive, dans toute la mesure du possible, être interprété de manière à en assurer la validité, on ne sera toutefois pas toujours en mesure d'interpréter l'acte de telle manière que la partie de celui-ci concernée par la cause de nullité en soit omise. Lorsque la seule interprétation possible de l'acte devrait normalement entraîner la nullité, l'article 1157 du Code civil ne suffit plus pour expliquer que cette nullité soit cantonnée à une partie de l'acte.

consentie par un tiers entraînait la nullité du contrat principal garanti, question qui relève plutôt de la problématique des groupes de contrat (voy. *infra*, n^{os} 325 et s.).

(3077) Voy., par exemple, Bruxelles, 28 avril 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 808, point 20, note P. KILESTE et C. STAUDT ; Bruxelles, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 97 ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790.

(3078) Voy. *supra*, n^o 308.

(3079) J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations, o.c.*, n^o 110, p. 205 ; J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n^o 5, p. 206.

(3080) Voy. pour une application, voy. Cass., 20 novembre 1913, analysé *infra*, n^o 318.

À notre sens, la solution la plus simple consiste à rattacher la théorie des nullités partielles à l'idée que, comme toute sanction, la nullité ne peut se voir reconnaître des effets disproportionnés (3081). S'il fallait absolument lui trouver un fondement textuel, notamment pour les besoins de la technique de cassation, on pourrait alors se référer aux articles 1234 et 1304 du Code civil, sous le visa desquels la Cour de cassation de France a déjà précisé à plusieurs reprises le régime des nullités (3082). On pourrait également penser à invoquer la violation de la disposition légale édictant la nullité, du moins lorsque l'étendue de la nullité résulte de la volonté du législateur (3083).

Au surplus, en présence d'une partie en position de faiblesse, rien n'empêche de considérer que le maintien de la partie du contrat séparable de celle spécifiquement atteinte par la cause de nullité s'impose au regard des exigences de la bonne foi et de la théorie de l'abus de droit (3084).

310. Critère de base : la divisibilité objective ou subjective de l'acte. Examinons maintenant comment la théorie de la nullité partielle est concrètement mise en œuvre.

Il convient à cet égard de *rechercher si la clause illicite est divisible* du reste du contrat (3085). Une telle appréciation du caractère divisible de la clause se fera, comme souvent en matière

(3081) Voy. en ce sens C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 495, pp. 292 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 36, p. 26 ; sur le caractère proportionné de la nullité, voy. *supra*, n°s 240 et s.

(3082) Voy. not. Cass. fr., 24 juin 2009, *Bull.*, III, n° 155 ; Cass. fr., 14 juin 2005, *Bull.*, 2005, IV, n° 130 ; Cass. fr., 2 mars 2005, *Bull.*, 2005, III, n° 57 ; Cass. fr., 24 septembre 2002, *Bull.*, I, n° 218.

(3083) Voy., en ce sens, Cass., 5 mars 2007, *Pas.*, 2007, n° 125 ; Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 321 ; sur ces hypothèses, voy. *infra*, n° 311.

(3084) Voy. en ce sens P.A. FORIERS, o.c., *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 13, p. 126.

(3085) Voy. Cass., 10 janvier 2014, n° C.13.0123.F, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES ; Bruxelles, 28 avril 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 808, point 20, note P. KILESTE et C. STAUDT ; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 96 ; I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 56, p. 307 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 570, p. 720 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 59, p. 185 ; S. STJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, o.c., n° 183, p. 132 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n° 133, p. 426 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n° 37, p. 27 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 227, p. 353 ; M. VON KUEGELGEN, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 4, p. 571. — Sur la question de savoir si la nullité peut être limitée à la partie d'une clause séparable du reste de la clause, voy. *infra*, n° 314.

contractuelle, à la fois de manière objective et subjective (3086). Il est donc permis aux parties de prévoir expressément la divisibilité ou, au contraire, l'indivisibilité de leur convention, clauses que l'on rencontre fréquemment dans la pratique (3087). Ces clauses sont valables dans les limites précisées ci-après (3088).

En l'absence d'une indication expresse par les parties, comment décider concrètement si une clause illicite est séparable du contrat ? La démarche peut sans douter consister à se poser la question de savoir si, confrontées immédiatement après sa conclusion à la cause de nullité, les parties auraient (raisonnablement) préféré se contenter des clauses valables, ou renoncer entièrement à l'opération (3089). Plusieurs éléments peuvent à cet égard guider l'appréciation du juge.

On sait, tout d'abord, qu'il n'existe pas de lien nécessaire entre le nombre d'opérations juridiques (*negotia*) et d'actes établissant celles-ci (*instrumenta*). Un *instrumentum* peut contenir plusieurs *negotia* et, inversement, le contenu d'un *negotium* peut être établi dans plusieurs *instrumenta*. Il paraît toutefois raisonnable de présumer, dans le premier cas, que les parties ont considéré les différentes clauses de l'*instrumentum* unique comme indivisibles (3090) et, inversement, que l'établissement de plusieurs *instrumenta* implique normalement une divisibilité des opérations

(3086) I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 56, pp. 307 et s. ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 28, p. 48 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 183, p. 132 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 420, pp. 420 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 133, p. 426 ; comp. *supra*, n° 106. On notera que, dans le domaine des clauses abusives, la Cour de Justice s'est prononcée, en raison des « exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques », en faveur d'une « approche objective », mais elle entendait surtout s'opposer ainsi à une approche « subjective » qui tiendrait compte des intérêts d'une seule des parties (voy. C.J.U.E., 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, C-453/10, point 32), ce qui n'exclut dès lors pas de tenir compte de la volonté concordante des deux parties (voy. en ce sens les conclusions de Mme l'avocat général V. TRSTENJAK, point 68).

(3087) Voy. not. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 568, p. 718 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 61, p. 185 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 37, p. 27 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 227, p. 353.

(3088) Voy. *infra*, n° 311 ; *contra* : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 490 et s., pp. 288 et s., pour qui l'étendue de la nullité devrait être déterminée exclusivement sur la base du but de la loi violée.

(3089) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 581.

(3090) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 45, n° 7, p. 820.

qu'ils comportent (3091), dans les deux cas sous réserve, bien sûr, de la preuve contraire.

Le juge doit par ailleurs toujours prendre garde, en optant pour la divisibilité, à ne pas consacrer une convention qui *ne correspondrait plus à la volonté des parties*, dans la mesure où celle-ci demeure valablement exprimée. Ainsi, par exemple, la nullité totale doit être prononcée lorsqu'une nullité partielle impliquerait un changement de la qualification du contrat (3092). De manière plus générale, la jurisprudence du Bundesgerichtshof avance à cet égard une idée intéressante. On considère en effet que la divisibilité est exclue toutes les fois que, à la place de la clause illicite, les parties auraient dû nécessairement adopter une clause licite parmi plusieurs clauses possibles ; il n'appartient pas en effet au juge de se substituer à elles pour effectuer ce choix en opportunité et il ne peut dès lors qu'annuler le contrat dans sa totalité (3093).

Imaginons par exemple un contrat de vente de plusieurs choses pour un prix global, seule la vente de certaines de ces choses étant impossible. Le contrat pourra être maintenu pour le surplus à la condition qu'il soit possible d'établir, sur la base des éléments de la cause, comment le prix global a été calculé par les parties. En revanche, la

(3091) BGH, 30 mars 2011, VIII ZR 94/10, point 24.

(3092) Voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 45, n° 17, p. 821, qui donnent comme exemple le cas où la nullité des engagements souscrits par une partie aboutirait à transformer un contrat synallagmatique en un contrat unilatéral.

(3093) « Der von § 139 BGB geregelte Bereich ist allerdings überschritten, wenn an die Stelle der nichtigen Bestimmung eine von mehreren denkbaren wirksamen Regelungen gesetzt werden müsste » (BGH, 7 décembre 2010, KZR 71/08, point 51 ; BGH, 5 mai 1989, *N.J.W.*, 1989, p. 2681, point 2, c), aa)). On rapprochera immédiatement ce critère de celui permettant au juge du fond de décider s'il est en son pouvoir de combler une lacune constatée par la Cour constitutionnelle : il ne peut en effet procéder de la sorte que si la solution s'impose à lui, compte tenu des termes du constat d'inconstitutionnalité, mais doit au contraire s'en abstenir si le comblement de lacune requiert de procéder à des choix incombant au législateur (voy. *supra*, n° 81). Dans le même ordre d'idées, le critère retenu par le Conseil d'État pour décider s'il peut procéder à l'annulation partielle d'un acte administratif consiste à vérifier si les dispositions attaquées sont dissociables des autres dispositions et que leur annulation ne modifie pas la portée de l'acte qui survit ; l'annulation totale s'impose au contraire si l'acte était conçu comme indivisible par son auteur, de sorte que l'annulation partielle s'apparenterait à une réformation de l'acte lui conférant une portée nouvelle, dès lors que seule l'administration active a le pouvoir de prendre des décisions en opportunité (voy. C.E., 8 février 2011, *SCA Shurgard Self Storage*, n° 211.127 ; C.E., 4 mars 2010, *Communautés européennes*, n° 201.512 ; C.E., 4 décembre 2009, *Ville de Bruxelles*, n° 198.587). Pour le même rapprochement entre nullité partielle du contrat, de la loi et des actes administratifs, voy. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 32, p. 582.

nullité totale devra être prononcée si une telle ventilation du prix ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision propre du juge (3094).

Les critères exposés ci-avant peuvent également trouver à s'appliquer aux *contrats multipartites* (3095). La question de savoir si une cause de nullité affectant l'engagement de l'une des parties entraîne l'annulation de toute la convention ou si celle-ci peut au contraire subsister entre les autres parties dépendra donc du caractère séparable de cet engagement et de la divisibilité de l'objet du contrat (3096). L'article 1420 du Code civil italien est en ce sens (3097). Plus précisément, la nullité d'un contrat multipartite « ne s'étendra à l'ensemble des parties que si la cause d'extinction résulte de circonstances qui empêchent son exécution à l'égard de tous soit objectivement, soit dans l'économie voulue les parties (par exemple, parce qu'il est *intuitu personae* et indivisible quant aux parties) » (3098). Ainsi, par exemple, en cas de vente d'un fonds indivis, une cause de nullité personnelle à l'un des vendeurs entraînera normalement la nullité de la totalité de la vente, dès lors qu'il faudra normalement considérer que l'acheteur n'était pas prêt à n'acquérir qu'une part indivise dans le terrain ou, en d'autres termes, que le terrain doit être considéré comme indivisible dans l'esprit des parties (3099). Par ailleurs, la nullité partielle pourrait offrir dans les contrats multipartites une solution aux difficultés rencontrées en présence d'un mobile illicite unilatéral. On sait en effet que, depuis un arrêt du 12 octobre 2000, la Cour de cassation considère qu'il suffit que l'une des parties ait été animée par un mobile illicite unilatéral pour que doive être prononcée la nullité du contrat, même si ce mobile était inconnu des autres parties (3100). Afin de protéger les cocontractants innocents, on pourrait dès lors

(3094) Voy. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 32, p. 575.

(3095) Sur la définition de ceux-ci, voy. *supra*, n° 94, III. Sur la question de savoir par qui et contre qui l'action en nullité doit en ce cas être formée, voy., *mutatis mutandis, infra*, n° 481 ; voy. également T. TANGHE, o.c., *T.P.R.*, 2012, n° 7, pp. 710 et s.

(3096) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 29, pp. 49 et s. ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 68, pp. 191 et s. ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 32, p. 573 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 45, n° 15, p. 821 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., § 35, n° 506, p. 200 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, o.c., n° 325, note n° 1, p. 446 ; I. SAMOY, o.c., *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, n°s 59 et s., pp. 33 et s.

(3097) « Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale ».

(3098) P.A. FORIERS, o.c., *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, p. 179.

(3099) Voy. en ce sens TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, o.c., n° 593, p. 206.

(3100) Voy. *supra*, n° 280, II.

envisager de limiter la nullité à l'engagement de la partie coupable, le contrat étant maintenu pour le surplus entre les parties innocentes (pour autant que l'engagement ainsi retranché soit bien divisible du reste du contrat) (3101).

311. Limites à l'autonomie de la volonté. Cette liberté reconnue aux parties d'opter pour la divisibilité ou, au contraire, pour l'indivisibilité de leur accord conduit à la conclusion paradoxale que, si les causes de nullité relèvent par définition de l'ordre public (au sens large), l'étendue de la nullité serait à l'inverse supplétive (3102). Ce pouvoir reconnu aux parties n'est toutefois pas sans limites.

I. Ainsi, le juge pourra toujours, *en recherchant l'intention réelle des parties* (article 1156 du Code civil), et sous réserve de ne pas violer la foi due à la convention, décider que nonobstant la clause de divisibilité insérée dans le contrat, la clause illicite était véritablement inséparable du reste de la convention dans l'esprit des parties (3103).

II. Lorsque l'annulation de la clause illicite *prive le contrat d'une de ses conditions essentielles de validité* (par exemple, en cas d'indéterminabilité du prix), on n'aperçoit pas, en règle, comment le contrat pourrait être maintenu pour le surplus, même en présence d'une clause de divisibilité (3104).

(3101) Dans le même sens, P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 68, p. 192.

(3102) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *o.c.*, n° 568, p. 718.

(3103) M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 8, p. 575 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 331, p. 302 ; sur la frontière entre interprétation et violation de la foi due à l'acte, cons. Cass., 29 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 70, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN. Ainsi, en **droit allemand**, une clause de divisibilité implique uniquement un renversement de la présomption prévue au § 139 du BGB, mais n'empêche pas le juge de prononcer la nullité totale du contrat lorsque celui-ci, amputé de sa partie infectée par la cause de nullité, n'est plus supporté par la volonté des parties (BGH, 15 mars 2010, II ZR 84/09, point 8 ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 575 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 45, n° 23, p. 823 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 35, n° 510, p. 202).

(3104) P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 62, p. 186 ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 8, p. 575 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 331, p. 302 ; dans le même sens, P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *o.c.*, n° 28, p. 48 ; **en droit allemand**, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 574 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *o.c.*, § 45, n° 2, p. 818 ; comp. cependant F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 419, note n° 1, p. 419, qui relèvent qu'en

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2005 (3105). Il s'agissait en l'espèce d'une vente moyennant le paiement d'une somme d'argent convertie en rente viagère. Le juge du fond avait annulé le contrat en considérant que, bien que l'on se trouvât en dehors des hypothèses visées aux articles 1974 et 1975 du Code civil, il n'y avait en l'occurrence aucun aléa dès lors que le vendeur avait décidé de mettre fin à ses jours dès la conclusion du contrat, ce qu'il avait effectivement fait trente jours plus tard. Dans la deuxième branche du moyen invoqué à l'appui de son pourvoi, l'acheteur invoquait l'existence d'un contrat de vente « auquel est adjoint » un contrat de rente viagère et faisait valoir que la nullité du second n'entraînait pas nécessairement celle du premier, celui-ci conservant un prix après avoir été requalifié en contrat commutatif (3106) ; il plaidait, en d'autres termes, la nullité partielle de la seule convention de rente viagère. La Cour rejette cependant le grief en décidant que « l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte est essentielle à la validité d'un contrat aléatoire tel le contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère ; [qu]en l'absence de cet aléa, pareil contrat est nul faute d'objet, lors même que les conditions d'application des articles 1974 et 1975 du Code civil ne sont pas réunies ». Elle confirme ainsi que la nullité partielle n'est pas admissible lorsque le contrat est privé d'une de ses conditions essentielles, en l'occurrence l'objet.

III. En outre, on ne peut exclure que, même en présence d'une indivisibilité avérée du contrat, le prononcé d'une nullité totale ne soit constitutif d'*abus de droit*, dont la sanction consisterait alors à se limiter à une nullité partielle.

La **doctrine allemande** envisage ainsi comme exemple le cas où, après que le contrat a été entièrement exécuté à la satisfaction des deux parties, l'une d'elles se prévaut par exemple d'un vice affectant une partie du contrat qui s'est avérée sans pertinence au cours de l'exécution (par exemple, une clause d'exonération de responsabilité

présence d'un acte complexe comprenant plusieurs opérations, la capacité des parties pourrait varier en fonction de l'opération concernée.

(3105) Cass., 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 358, *R.G.D.C.*, p. 602, note A. DE BOECK, « Het Hof van Cassatie en de koop op lijfrente: zekerheid omtrent de onzekerheid », pp. 606 et s., spéc. pp. 608 et s. ; voy. également N. CARETTE, « Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken », *R.W.*, 2006-2007, pp. 702 et s., n°s 35 et s., pp. 713 et s.

(3106) Sur ce point, l'argumentation du demandeur en cassation mélangeait en réalité deux questions distinctes, à savoir celle de la nullité partielle et celle de la requalification ou conversion des actes nuls (voy. à ce propos *infra*, n°s 319 et s.). Comme l'observe à juste titre N. CARETTE, *o.c.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 40, p. 714, il est douteux que les conditions d'une telle conversion aient en l'espèce été réunies.

nulle alors qu'aucune action en responsabilité n'a été introduite), dans le but d'échapper à la clause de non-concurrence convenue pour la période post-contractuelle (3107).

IV. Enfin, on se doute que la latitude laissée aux parties risque de compromettre l'efficacité de la sanction et, ainsi, le *but même de la loi* l'ayant édictée, laquelle constitue normalement la mesure des effets de la nullité (3108). On comprend dès lors que soit en vertu du texte de la loi, soit par une interprétation de la volonté du législateur, le juge doit dans certains cas intervenir pour refuser aux parties le droit de fixer l'étendue de la nullité (3109).

312. Suite – Applications. I. Parmi les cas où la loi impose expressément d'opter pour la nullité partielle, on pense bien évidemment à l'article 900 du Code civil, à l'époque où la jurisprudence n'en avait pas encore subverti le sens (3110). De manière générale, notre droit regorge de dispositions réputant « non écrite » telle ou telle clause, spécialement en droit de la consommation (3111). Ces dispositions sont généralement interprétées en droit belge comme imposant au juge de limiter la nullité prononcée à la seule clause visée par la loi et à maintenir en vigueur pour le surplus le reste du contrat, celui-ci

(3107) Voy. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 32, pp. 584 et s. ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 45, n^{os} 34 et s., pp. 825 et s.

(3108) Voy. *supra*, n^o 240.

(3109) Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, o.c., *Les nullités en droit belge*, p. 98 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 218, p. 164 ; C. CAUFFMAN, o.c., *R.C.J.B.*, 2007, n^o 14, p. 433 ; I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n^o 57, p. 308 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n^o 568, p. 719 ; L. CORNELIS et V. SAGAERT, o.c., *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, n^o 33, p. 310 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 62, p. 186 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n^o 329, p. 323 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v^o Nullité*, o.c., n^o 96, p. 15 ; S. STJNS, o.c., *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 242 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 420, pp. 421 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, o.c., n^o 133, p. 426 ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, o.c., n^o 37, p. 28 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 227, pp. 352 et s. ; **en droit allemand**, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 32, pp. 576 et s. ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 45, n^o 30, p. 825 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., § 35, n^o 515, p. 204 ; **en droit néerlandais**, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n^o 646 ; voy. également l'article 1130-2, alinéa 2, du **Projet Catala** et l'article 86, alinéa 2, du **Projet Terré**.

(3110) Voy. à ce propos *supra*, n^o 307. Certains auteurs s'en tiennent toutefois encore au texte de l'article 900 : voy. ainsi A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n^o 262, p. 186 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n^o 568, p. 718.

(3111) Voy. les exemples donnés *supra*, n^o 231.

étant réputé séparable de la clause illicite par le législateur (3112). Cette divisibilité imposée procède le plus souvent d'un souci d'efficacité de la norme : il s'agit d'éviter que, par crainte de perdre le bénéfice de l'ensemble du contrat, la victime de l'illégalité ne renonce à agir en nullité ; au contraire, en limitant d'emblée la nullité à la clause illicite, le législateur fait en sorte que la partie protégée puisse éliminer celle-ci tout maintenant en vigueur le reste de l'opération à laquelle elle a consenti (3113). On notera qu'à l'inverse, le législateur prévoit parfois que la nullité d'une clause entraîne celle de toute la convention (3114) ou laisse le choix à la partie protégée entre nullité totale ou partielle (3115).

En matière de *clauses pénales*, l'article 1227 du Code civil dispose que « [l]a nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale ». À cet égard, la loi n'instaure donc ni une indivisibilité de la clause pénale par rapport au reste du contrat (puisqu'elle peut être annulée sans compromettre la validité des obligations principales), ni d'ailleurs une divisibilité totale (puisque l'annulation des obligations principales entraîne celle de la clause pénale), mais plutôt un lien de *dépendance unilatérale* (3116), similaire à celui que nous rencontrerons dans le domaine des groupes de contrats (3117). La Cour de cassation a par ailleurs précisé, sur la base d'une interprétation de l'article 1231 du Code civil, qu'en cas d'exclusion conventionnelle de la possibilité pour le juge de modérer la clause pénale excessive, seule cette exclusion est atteinte par la nullité, la clause pénale elle-même étant au contraire maintenue (3118).

Parmi les clauses séparables par nature figurent un certain nombre de *clauses dites finales* (parce que figurant généralement à la fin du contrat) dont le législateur considère qu'elles ne sont pas atteintes, en soi, par une cause de nullité affectant le contrat en général. Il en va

(3112) Voy. à ce propos *supra*, n° 231.

(3113) Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 97 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 54, p. 305 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats, o.c.*, n° 97, p. 76.

(3114) Ainsi, telle est l'interprétation parfois défendue de l'article 32. C. soc. dans l'hypothèse où une clause léonine est insérée dans un contrat de société de droit commun (voy. en ce sens P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 227, p. 353 ; mais comp. M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 5, p. 572).

(3115) Voy. ainsi l'article 13 de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, dite loi Breyné.

(3116) D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, o.c.*, n° 164, p. 92.

(3117) Voy. *infra*, n° 331.

(3118) Cass., 5 mars 2007, *Pas.*, 2007, n° 125.

ainsi de la clause d'arbitrage (3119), de la clause de médiation (3120), de la clause d'élection de droit (3121) ou encore de la clause d'élection de for internationale (3122). Celles-ci ne pourraient être annulées qu'au cas où elles seraient entachées d'une cause de nullité les entachant spécifiquement (3123).

(3119) Voy. l'ancien art. 1697, § 2, du Code judiciaire, remplacé depuis la loi du 24 juin 2013 par l'article 1690, § 1^{er}, 2^e et 3^e phrase, du même Code (« une convention d'arbitrage faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage ») ; **en France**, voy. les articles 1447 et 1506 du Nouveau Code de Procédure civile.

(3120) Art. 1725, § 1^{er}, du Code judiciaire : « Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter ». Puisque la procédure de médiation est préalable à l'examen de la validité du contrat, on peut en déduire que celle-ci est en principe indépendante de la validité de la clause de médiation. Voy. K. ANDRIES, « Bemiddelingsbeding », *N.J.W.*, 2011, pp. 318 et s., n^{os} 2 et s. ; BGH, 29 octobre 2008, XII ZR 165/06, points 22 et s.

(3121) Solution implicite découlant des articles 3, § 5, et 10, § 1^{er}, du règlement (CE) n^o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). On notera que l'autonomie entre la clause d'*electio juris* et le contrat principal peut jouer dans les deux sens. Ainsi, d'une part, la clause de choix de droit peut conduire à l'annulation du contrat principal, ce qui implique qu'elle survive à cette annulation (voy. H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable », *JurisClasseur Droit international*, fasc. 552-15, Paris, LexisNexis, 2009, n^o 130 ; U. MAGNUS, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Vertragsrecht*, vol. 1, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2011, art. 3 Rom I-VO, n^o 166, p. 185 ; D. MARTINY, « VO (EG) 593/2008 Art. 3 Freie Rechtswahl », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2010, n^o 108). D'autre part, si la clause de choix de droit est annulée pour un motif qui lui est propre, ceci n'entraîne pas en soi l'annulation du contrat principal, mais seulement sa soumission à la loi applicable en l'absence de choix (voy. R. JAFFERALI, « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 79 et s., n^o 9, p. 96).

(3122) Voy. C.J.C.E., 3 juillet 1997, *Rec.*, 1997, I, p. 3767, solution consacrée par l'article 25.5 du règlement (UE) n^o 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit règlement « Bruxelles I bis »). Le même raisonnement vaut à notre sens pour les clauses d'élection de for internes, et ce, en vertu de la volonté présumée des parties (voy. en ce sens R. PATZINA, « § 38 Zugelassene Gerichtsstandsvereinbarung », *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3^e éd., München, C.H. Beck, 2008, n^o 12 ; adde L. CORNELIS et V. SAGAERT, *o.c.*, *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, n^o 75, p. 331, qui ne font pas de distinction selon le caractère interne ou international de la clause ; de même, s'exprimant en termes généraux, Cass. fr., 8 juillet 2010, *Bull.*, 2010, I, n^o 161 : « une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte »).

(3123) Voy. ainsi les distinctions proposées par P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 51, p. 182, qui suggèrent que la violence et l'incapacité vicent tant le contrat principal que la clause finale, tandis qu'un vice relatif à

Enfin, on peut citer l'article 41.1 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), qui prévoit que « [s]ous réserve des dispositions de l'article 40, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat ». Dans un arrêt du 21 janvier 2010, la Cour de cassation a fait une application relativement sévère de cette disposition (3124). En l'espèce, les parties avaient inséré dans leur convention une clause prévoyant la compétence exclusive des tribunaux de Bruges. Ayant estimé qu'une telle clause violait l'article 31, alinéa 1^{er}, de la CMR, au motif que celui-ci autorise à désigner des fors compétents supplémentaires, mais non à exclure la compétence de ceux visés aux points a) et b) de cette disposition, la Cour a estimé que c'était à bon droit que le juge du fond avait prononcé l'annulation de la clause d'élection de for. Le mécanisme de la nullité partielle ne commandait-il pas plutôt d'annuler la clause uniquement en tant qu'elle prévoyait le caractère exclusif de la compétence des tribunaux de Bruges, mais non en tant qu'elle rendait ceux-ci compétents ?

II. Examinons maintenant les cas où, en l'absence d'une disposition expresse réglant la question, la volonté du législateur ou le but de la loi commande d'opter pour la divisibilité de l'accord.

Citons tout d'abord le cas des *clauses exonératoires de responsabilité*. Le but d'une telle clause est de libérer le débiteur de toute responsabilité ; or, si tout le contrat était annulé, il serait ainsi libéré de tout engagement, de sorte que le but protecteur de la loi ne serait pas atteint. La nullité partielle, limitée à la clause illicite, s'impose donc (3125).

En matière de *contrats de travail*, on citera le cas emblématique du congé. Le Cour de cassation décide en effet, en cas de non-respect des règles de forme prévues à l'article 37 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, que « [L]a nullité du préavis n'entache toutefois pas la validité du congé » et que « Lorsque le préavis est

l'objet, une erreur sur la substance et même un dol relatifs au contrat principal laisseraient intacte la clause finale.

(3124) Cass., 21 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 49, *A.C.*, 2010, n° 49, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE.

(3125) C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n° 14, p. 433 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 61, pp. 309 et s. On peut se référer également à la jurisprudence de la Cour de cassation de France qui qualifie la clause d'exonération illicite de « réputée non écrite » : voy. dernièrement Cass. fr., 29 juin 2010, *Bull.*, 2010, IV, n° 115, *D.*, 2010, p. 1697, note D. MAZEAUD, p. 1832, note X. DELPECH, p. 1832, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 555, note B. FAGES, décision qui constitue une nouvelle étape dans la « saga » entamée par le célèbre arrêt *Chronopost* (Cass. fr., 22 octobre 1996, *Bull.*, 1996, IV, n° 261).

nul, le congé est donné sans préavis valable, de sorte qu'il est en principe mis fin immédiatement au contrat de travail, même si la lettre de congé mentionne une date ultérieure » (3126). En optant pour la divisibilité entre le congé et le préavis, la Cour de cassation assure ainsi au travailleur une indemnité compensatoire de préavis équivalente à la totalité du préavis qui aurait dû être régulièrement notifié au travailleur, solution manifestement dictée par un souci de protection de ce dernier. De manière plus générale, la protection des travailleurs qui sous-tend tout le droit du travail devrait conduire le plus souvent à opter pour la nullité partielle afin d'éviter qu'une clause illicite portant atteinte aux droits impératifs du travailleur ne menace de le priver de son emploi, ce qui le dissuaderait en pratique de faire valoir ses droits en justice (3127).

En matière de *baux*, la Cour de cassation de France s'est refusée à casser l'arrêt d'une cour d'appel qui avait limité l'étendue de la nullité à une clause de révision illicite du loyer, alors même que les parties avaient qualifié cette clause de « déterminante du contrat » (3128). Annuler tout le bail serait en effet allé à l'encontre du but de la loi qui a pour objectif la protection du preneur. Une solution similaire prévaut en droit allemand (3129).

En généralisant le propos, on peut considérer qu'en présence d'une *législation impérative édictée pour la protection d'une partie faible*, ce but imposera normalement le choix de la nullité partielle (3130).

On a également avancé que les *droits de l'homme* pouvaient exercer une influence sur l'étendue de la nullité (3131). Un arrêt de la cour d'appel de Liège en fournit l'illustration : ayant jugé contraire à l'ordre

(3126) Cass., 28 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 67 ; Cass., 30 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 304 ; Cass., 25 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 241 ; Cass., 11 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 216 ; Cass., 28 janvier 2002, *Pas.*, 2002, n° 58 ; Cass., 6 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 10.

(3127) Voy., J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n° 11 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 360, p. 296 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 420, p. 422.

(3128) Voy. Cass. fr., 6 juin 1972, *Bull.*, 1972, III, n° 369 ; de même, Cass. fr., 9 juillet 1973, *Bull.*, 1973, III, n° 467 ; *contra* : Cass. fr., 27 mars 1990, *Bull.*, 1990, IV, n° 93 ; Cass. fr., 5 février 1971, *Bull.*, 1971, III, n° 84.

(3129) Voy. BGH, 11 janvier 1984, *N.J.W.*, 1984, p. 722, point III, 1 ; J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n° 12.

(3130) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 646 ; J. DE CONINCK, *o.c.*, *Actualia vermogensrecht*, n° 25, pp. 31 et s. ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 576 ; S. STJNS, *Verbindenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 183, pp. 132 et s. ; S. STJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 243.

(3131) N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten, o.c.*, n° 594, p. 345.

public un contrat de gestation pour autrui (3132), il décide néanmoins, dans l'intérêt des enfants concernés garanti par les articles 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant et 22*bis* de la Constitution, que la nullité qui en résulte ne peut porter atteinte au lien de filiation établi en vertu de ce contrat envers le père biologique (3133).

Enfin, un arrêt du 12 octobre 2007 est intéressant, parce qu'il montre que l'appréciation de la divisibilité suppose une bonne compréhension du contexte législatif (3134). Un assureur RC véhicule avait inséré dans la police une clause d'exclusion de la garantie en cas d'intoxication alcoolique de l'assuré, sauf à ce dernier à démontrer l'absence de lien causal entre le fait générateur de l'exclusion et le sinistre. Avec une certaine audace, approuvée au passage par la Cour de cassation, le juge du fond avait considéré que la clause faisant peser la charge d'une telle preuve sur la tête de l'assuré était abusive et partant nulle, en raison de la difficulté à rapporter cette preuve. Le juge du fond ne s'était cependant pas arrêté là et avait annulé dans la foulée la clause d'exclusion elle-même en considérant que, en cas d'annulation de la seule clause relative à la charge de la preuve, cette dernière continuerait néanmoins à peser sur la tête de l'assuré, de sorte que le déséquilibre entre les droits et les obligations des parties ne serait pas supprimé. Ce second chef de la décision est cassé par la Cour. Le juge du fond avait en effet perdu de vue que la charge de la preuve du lien causal reposait déjà sur la tête de l'assureur en vertu de l'article 8, alinéa 2, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre (3135) ; rien n'imposait donc d'annuler la clause d'exclusion dans la foulée de la clause relative à la charge de la preuve.

313. Conséquences. Passons à la dernière étape du raisonnement : l'examen des conséquences de la nullité partielle.

(3132) Sur cette problématique, cons. not. N. GALLUS et S. PFEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 428 et s., pp. 347 et s.

(3133) Liège, 6 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 634.

(3134) Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n^o 477, *D.C.C.R.*, 2008/80, p. 61, note J.-L. FAGNART, *R.C.J.B.*, 2008, p. 527, note J. KIRKPATRICK.

(3135) Dans ces conditions, il est permis de se demander si, plutôt que d'appliquer la réglementation des clauses abusives, il n'aurait pas été plus simple de faire prévaloir directement cet article 8 sur les dispositions de la police (voy. en ce sens la note précitée de J.-L. FAGNART, n^o 3, p. 74 et comp. l'arrêt du 25 avril 2003 analysé *supra*, n^o 233). Le détournement par le juge du fond s'explique sans doute par la circonstance que l'interprétation de l'article 8 adoptée par la Cour dans cet arrêt présente un caractère novateur (cons. à ce propos la note précitée de J. KIRKPATRICK, n^{os} 5 et s., pp. 545 et s.). Cette interprétation est depuis lors confirmée par Cass., 13 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n^o 512, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général J.-M. GENICOT.

Celle-ci, dans la mesure où elle est prononcée, produira les mêmes effets qu'une nullité ordinaire. Les clauses concernées seront donc effacées rétroactivement, dans les limites que nous avons déjà exposées (3136).

Une question spécifique se pose néanmoins : ayant décidé de n'annuler qu'en partie le contrat, que peut encore faire le juge ? Il lui est certainement permis de constater que la question régie par la clause illicite trouve une solution dans le droit commun, qu'il soit de nature impérative ou supplétive, et dès lors d'en faire application (3137). À cet égard, il pourra notamment suppléer à la clause annulée une clause imposée par l'usage (articles 1135 et 1160 du Code civil) (3138). Mais lui est-il permis d'aller plus loin et de substituer à la clause annulée une clause différente non prévue par la loi ?

Par un arrêt du 23 mars 2006, la Cour de cassation a décidé que, « [l]orsque le juge constate la nullité absolue d'une clause d'un contrat, il ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties ». Ainsi, violent les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil les juges qui décident que la formule de révision de prix stipulée pour la première phase d'un contrat était nulle et l'ont remplacée par la formule convenue pour la seconde phase (3139). Rien ne justifie *a priori* de limiter cet enseignement aux nullités absolues, puisque celles-ci sont dotées d'un effet identique aux nullités relatives (3140).

Une telle réponse est assurément orthodoxe. On sait, en effet, qu'en vertu du principe de la convention-loi, seul l'accord des parties lie celles-ci de sorte que le juge ne pourrait modifier le contenu d'une

(3136) En ce sens, la nullité est donc totale dans ses effets, mais partielle dans son étendue : voy. I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 53, p. 304 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis, o.c.*, n° 569, p. 719 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 360, p. 297 ; comp. avec l'étendue de la cassation (voy. à ce propos P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », *R.P.D.B.*, compl. tome XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 143 et s., n°s 742 et s., pp. 294 et s.).

(3137) Voy. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 133, p. 427, et comp. en sens W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 576. Ainsi, par exemple, en cas de nullité de la clause pénale, la victime de l'inexécution peut encore réclamer des dommages-intérêts calculés conformément au droit commun (D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, o.c.*, n° 165, p. 92). Pour une autre illustration, Cass. 12 octobre 2007, analysé *supra*, n° 312, II.

(3138) C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n° 26, p. 440.

(3139) Cass., 23 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 171, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422, note C. CAUFFMAN.

(3140) Voy. *supra*, n° 236 ; *contra* : C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n° 9, p. 430.

convention pour des considérations d'équité et que même « la règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties lors de la conclusion de la convention rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance » (3141).

Toute possibilité d'adaptation du contrat partiellement annulé n'apparaît cependant pas exclue. La Cour de cassation a en effet pris le soin de préciser que ce rejet de principe de la théorie de l'imprévision était formulé dans une affaire où « le jugement attaqué ne considère [...] pas que l'exécution de la convention était devenue impossible, ni que les parties avaient prévu dans leur convention une possibilité de révision de celle-ci, ni que la demanderesse a abusé de son droit » (3142). *A contrario*, une certaine adaptation du contrat pourrait donc être admise, soit en cas de force majeure, soit par le biais de la théorie de l'abus de droit, soit encore en cas de clause de révision (3143).

S'agissant de la théorie de l'abus de droit, elle devrait ouvrir la voie à « un certain réaménagement judiciaire de la convention : certaines obligations peuvent être réduites, certaines autres augmentées par le biais de l'attribution de dommages-intérêts, voire d'un autre type de compensation » (3144).

Quant aux clauses de révision, on rencontre fréquemment dans la pratique l'engagement pris par les parties, en cas d'annulation d'une clause du contrat, d'entamer de bonne foi des négociations en vue de remplacer la clause illicite par une clause licite remplissant, dans toute la mesure du possible, une fonction économique équivalente. Pareille obligation de renégociation pourrait même s'imposer, en l'absence de tout accord en ce sens, en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, envisagé cette fois dans sa fonction

(3141) Voy. Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 226, point 2. L'invocation du principe de l'exécution de bonne foi est donc ici écartée dans sa fonction restrictive (comp. *infra*, note n° 3144).

(3142) *Ibid.*, point 4.

(3143) Voy. à ce propos J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A.O.R.*, 2012/101, pp. 5 et s., et références citées. Du reste, dans le cadre de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Cour de cassation a depuis lors franchi un pas décisif en faveur de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision (voy. Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 422).

(3144) P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, o.c., n° 108, p. 112. Pour une application, voy. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 603 (suppression d'une pension alimentaire prévue par une convention vieille de trente ans, dès lors que la créancière d'aliments a formé un nouveau ménage, bénéficie de revenus personnels équivalents à ceux du débiteur et qu'à l'inverse, du fait de l'indexation, la pension grève les revenus de celui-ci au point de ne lui laisser que des ressources inférieures au revenu d'intégration sociale pour une personne isolée).

complétive (3145). Certes, l'efficacité d'une telle obligation doit être appréciée avec circonspection. En effet, dès lors que l'adaptation du contrat ne serait possible que moyennant un nouvel accord de volonté des parties, alors l'obligation qu'elles auraient souscrite pourrait s'avérer non susceptible d'exécution forcée, étant elle-même nulle en raison de l'indéterminabilité de son objet (3146). Néanmoins, il nous semble qu'afin de donner un effet utile à l'obligation (article 1157 du Code civil), celle-ci devrait s'interpréter, non comme imposant véritablement l'adaptation du contrat, mais seulement de mettre en œuvre des efforts raisonnables en vue d'y parvenir. Une telle obligation nous paraît avoir un objet suffisamment déterminable pour pouvoir être sanctionnée, lorsqu'une partie s'abstient de tenter de bonne foi une telle renégociation, par l'allocation à l'autre partie de dommages-intérêts correspondant à la perte d'une chance de conclure un nouvel accord.

Cela étant, il nous semble que l'adaptation du contrat ainsi envisagée, qu'elle repose sur la théorie de l'abus de droit ou sur une obligation légale ou conventionnelle de renégociation, ne peut avoir pour conséquence de porter atteinte au but de la loi violée, et en particulier à ses visées protectrices. Ainsi, par exemple, en cas d'indéterminabilité du *quantum* d'une obligation parce qu'il devait être fixé, comme dans l'arrêt précité du 23 mars 2006, sur la base d'une clause de révision du prix nulle, rien n'empêche *a priori* d'imposer aux parties de renégocier une clause valable, car l'objectif de la loi ne serait pas dans ce cas menacé. En revanche, en cas d'annulation d'une clause abusive dans un contrat conclu avec un consommateur, ou d'une clause exonératoire de responsabilité privant l'obligation de son objet, il irait directement à l'encontre de la volonté du législateur de permettre au cocontractant de renégocier une hausse du prix pour compenser entièrement l'impossibilité dans laquelle il se trouve de se prévaloir de la clause nulle.

(3145) Voy. en ce sens J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n° 33. Sur la différence entre les fonctions complétive et restrictive du principe de l'exécution de bonne foi, voy. *supra*, n° 141, II.

(3146) On rappellera en effet que pour être valide, l'obligation doit avoir un objet certain, déterminé ou, à tout le moins, déterminable. L'objet est déterminable lorsque le contrat contient les éléments objectifs permettant de déterminer celui-ci sans nouvel accord de la part des parties (Cass., 13 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 337).

2. – Réduction

314. Réduction légale. Il existe un nombre assez important de dispositions légales qui prévoient comme sanction de leur violation, non la nullité de la clause contraire, mais la réduction de celle-ci dans les limites permises par la loi (3147).

C'est ainsi que, dès 1804, l'article 1660 du Code civil prévoit que « [l]a faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme. » Depuis lors, la principale hypothèse de réduction d'origine légale est le pouvoir reconnu au juge de modérer les clauses pénales excessives (article 1231, § 1^{er}, du Code civil). Les exemples pourraient cependant être multipliés (3148). En l'absence d'une théorie générale précisant le régime de cette réduction d'origine légale et dès lors que son application résulte d'une violation de loi contemporaine à la conclusion du contrat, il nous paraît approprié de lui appliquer, par analogie, le régime des nullités pour toutes les questions non réglées par la loi (par exemple, afin de déterminer l'étendue des éventuelles restitutions) (3149).

Bien que non prévues par un texte exprès, on peut ajouter à la liste les cas où la réduction intervient en vertu d'une règle d'origine traditionnelle ou jurisprudentielle (3150). On pense ainsi à la réductibilité du salaire du mandataire (3151) ou à la réduction des obligations des parties sur la base de la théorie de la lésion qualifiée (3152).

Dans ces différents cas, la sanction de la réduction l'emportera sur celle de la nullité, même partielle. Nous avons vu, en effet,

(3147) Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 342, p. 312.

(3148) Voy. ainsi les articles 493, § 2, alinéa 2 (inséré par la loi du 17 mars 2013), 1153, alinéa 5, 1907^{ter} et 2013, alinéa 3, du Code civil ; art. 510, alinéa 4, du Code des sociétés ; art. 85 et s. de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation. — On observera qu'à l'inverse, il est des cas où la loi fixe un minimum et prévoit, en cas de non-respect de celui-ci, l'augmentation de la clause jusqu'à atteindre ce minimum. Voy., par exemple, l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi sur les baux à ferme (« La durée d'un bail à ferme est fixée par les parties ; elle ne peut être inférieure à neuf ans. Si une durée inférieure a été stipulée, elle est de plein droit portée à neuf ans ») ainsi que, à propos du nombre d'arbitres, l'article 1684 du Code judiciaire (tel que modifié par la loi du 24 juin 2013).

(3149) Sur les vertus de l'analogie, voy. *supra*, n° 42.

(3150) Voy. C. CAUFFMAN, o.c., *R.C.J.B.*, 2007, n° 20, p. 437.

(3151) Voy. not. Cass., 14 octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 535 ; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, o.c., *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 12, pp. 62 et s.

(3152) Voy. not. Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 605, point 2 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, o.c., n°s 176 et s., pp. 333 et s., spéc. n° 192, p. 369, et n° 194, p. 373.

que la nullité ne constituait que la sanction résiduaire de droit commun, applicable à défaut d'une sanction spécifique comminée par le législateur (3153).

On trouve l'illustration de ce principe dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2002 décidant, sur la base de l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, que « le juge ne peut annuler une clause pénale au motif que son montant est supérieur à celui du dommage potentiel » ; seule sa réduction s'impose (3154).

315. Réduction judiciaire. Au-delà de ces hypothèses prévues par la loi, il est permis de se demander si la réduction de l'obligation illicite est autorisée ou si, au contraire, la violation de la loi doit nécessairement entraîner comme conséquence la nullité, celle-ci fût-elle limitée, conformément aux principes de la nullité partielle examinés ci-avant, à la seule clause illicite. À l'appui de cette seconde thèse, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971 (3155).

Dans cette affaire, un coiffeur travaillant à Bruxelles avait accepté dans son contrat de travail une clause de non-concurrence portant sur les villes d'Anvers, Bruxelles, Charleroi, Gand, Knokke et Liège. Après la fin de son contrat de travail, il avait ouvert à Bruxelles un salon de coiffure. Poursuivi par son ancien employeur, il invoquait la nullité de la clause de non-concurrence. Le juge d'appel avait estimé la clause nulle en tant qu'elle portait sur des villes autres que Bruxelles, étant donné qu'il n'existait pas de risque que le travailleur y exerce une concurrence effective à son ancien employeur, mais avait au contraire jugé la clause valable dans la mesure où elle concernait la partie de l'agglomération bruxelloise dans laquelle le travailleur avait effectivement exercé son activité. Cette décision fut cassée au motif « qu'il n'appartient pas au juge de donner un effet limité à une clause de non-concurrence qu'il estime en partie illicite ».

Ainsi que nous le verrons, ce précédent est cependant tout à fait isolé (3156). À notre sens, il n'existe pas de différence déter-

(3153) Voy. *supra*, n° 226, IV.

(3154) Cass., 6 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 655, solution confirmée depuis lors par Cass., 12 avril 2013, *Pas.*, 2013, n°232, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ ; voy. déjà antérieurement S. STJENS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 249.

(3155) Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 511.

(3156) Voy. *infra*, n° 318.

minante entre le mécanisme consistant à limiter l'étendue de la nullité à une obligation ou à une clause déterminée et le fait, à un niveau encore plus bas, de limiter l'étendue de la nullité à la partie d'une clause ou d'une obligation qui peut seule être qualifiée d'illicite, pour autant bien sûr que cette partie puisse être considérée comme détachable du reste du contrat (3157). La réduction qui en résulte peut donc, tout comme la nullité partielle, se fonder sur les exigences de *proportionnalité de la sanction* (3158). Dès lors, on peut considérer que la réduction n'est rien d'autre qu'une application, au niveau des clauses du contrat, des principes de la nullité partielle déjà dégagés en ce qui concerne le contrat lui-même (3159).

En droit allemand, une partie de la doctrine admet de même que les principes de la nullité partielle figurant au § 139 du BGB sont applicables par analogie à tous les actes juridiques susceptibles d'être découpés d'un point de vue quantitatif (*geltungserhaltende Reduktion*) (3160). On vise ainsi les clauses de durée (découpage temporel), les clauses déterminant un territoire (découpage spatial) ou les clauses fixant une certaine quantité. La question est cependant controversée en raison de la double objection que nous allons maintenant examiner.

Même si l'*imperatoria brevitatis* de l'arrêt précité du 3 février 1971 ne permet pas de déterminer les raisons pour lesquelles la Cour de cassation s'est refusée, dans cette affaire, à admettre que l'annulation partielle d'une clause illicite aboutisse à sa réduction, cette décision témoigne néanmoins d'un malaise dont il faut s'efforcer de rechercher les causes. En laissant de côté une logique du « tout ou rien » qui voudrait que la clause illicite doive, par principe, être privée de tout effet – présupposé qui n'a plus guère sa place dans la théorie moderne des nullités (3161) –, on entrevoit

(3157) Un tel mode de raisonnement se retrouve déjà en droit romain : voy. ainsi D., 22, 1, 9, commenté par R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, p. 169.

(3158) Comp. *supra*, n° 309.

(3159) En ce sens, L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 569, pp. 720 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 517, p. 308. En faveur de la reconnaissance généralisée de la réduction comme sanction d'une clause illicite, voy. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 721, p. 357 ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz, v° Nullité, o.c.*, n° 99, pp. 15 et s.

(3160) Voy. J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n°s 25 et s., et la jurisprudence citée.

(3161) Sur le caractère trompeur de l'adage *quod nullum est, nullum effectum producit*, voy. *supra*, n° 239.

dès lors deux motifs principaux pour lesquels l'admission de la réduction dans les cas où elle n'est pas expressément consacrée par la loi peut susciter la réticence.

316. Premier obstacle – Fonction dissuasive de la nullité.

Premièrement, il se peut que la sanction de la réduction compromette la fonction dissuasive de la nullité (3162). La situation se rencontre principalement dans les hypothèses où la nullité est édictée dans l'intérêt d'une partie faible. En effet, si la sanction la plus sévère en cas d'insertion d'une clause illicite dans un contrat n'est pas l'annulation de cette clause, mais seulement sa réduction dans les limites légales, il n'existerait alors plus aucune incitation pour la partie en position de force à respecter la loi (3163).

Pour renforcer le caractère dissuasif de la norme, un auteur a dès lors suggéré d'y introduire une part d'incertitude. Il s'agirait de ne pas faire « de la réduction un droit, mais une possibilité dont le juge pourrait faire usage quand il considérerait approprié

(3162) Sur les différentes fonctions de la nullité, voy. *supra*, n° 240, II. On observera qu'en l'occurrence, la fonction protectrice, c'est-à-dire l'efficacité de la norme, n'est pas en cause, puisque la réduction a bien pour effet d'éliminer le caractère illicite de la clause sans décourager la partie protégée de mettre cette nullité en œuvre (comp. *supra*, n° 312).

(3163) Voy., s'exprimant en termes mesurés, I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 63, pp. 311 et s. ; voy. également K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 33, n° 16, p. 622 ; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, p. 78. Cette crainte a conduit la **jurisprudence allemande** à refuser d'appliquer la réduction en cas de violation des règles relatives aux conditions générales de vente ou de contrat contraire aux bonnes mœurs (voy. BGH, 5 mai 1989, *N.J.W.*, 1989, p. 2681, point 2, c), bb) ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 35, n° 514, p. 204). De même, le **Hoge Raad** a considéré qu'une clause d'essai d'une durée supérieure au maximum légal insérée dans un contrat de travail ne pouvait être convertie en une clause d'une durée égale au maximum légal, parce que l'employeur ne courrait aucun autre risque d'une telle conversion, alors que, de son côté, le travailleur ne connaît pas nécessairement l'existence de la durée maximale légale (H.R., 8 juillet 1987, *N.J.*, 1988, n° 232, point 3, avec les conclusions de M. l'avocat général Mok et la note de P.A. Stein ; comme l'observe l'annotateur de la décision, il s'agit plus d'un problème de nullité partielle que de conversion, laquelle suppose une transformation de la nature de l'acte, comme exposé *infra*, n°s 319 et s. ; comp., en matière de clauses d'essai, la position de notre Cour de cassation, *infra*, au texte). Comp. également, en **droit européen** de la consommation, C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, point 69, où la Cour considère qu'en cas de clause abusive, le juge national ne peut réviser celle-ci, car « cette faculté contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives [...], dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national, de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels ».

de le faire vu les circonstances de la cause et le but de la règle enfreint » (3164).

Nous avouons notre réticence face à une telle approche. Nous pensons en effet que, dès lors que l'objectif ouvertement poursuivi est de décourager l'utilisation de clauses illicites, voire même de réprimer celle-ci, la sanction doit au contraire répondre à de hautes exigences de prévisibilité (3165).

À cet égard, on ne peut se défaire de l'impression que le refus par principe de la réduction risque d'imposer des ajustements ultérieurs dignes des meilleurs équilibristes. Ainsi, par exemple, il a été suggéré que, si une clause d'exonération de responsabilité insérée dans un contrat à long terme est considérée comme illicite dans une affaire déterminée, la nullité totale de la clause pourrait néanmoins s'avérer inopportune dans le cadre d'un litige ultérieur entre les mêmes parties, les circonstances de fait ayant changé. En ce cas, une solution pourrait consister pour le juge, tout en respectant la nullité totale déjà reconnue par le passé, à insérer dans le contrat une nouvelle clause, plus mesurée, au nom du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (3166). Nous ne pouvons cependant nous empêcher de penser que le prix à payer sur le plan de sécurité juridique à la suite de ces rééquilibrages successifs apparaît fort élevé – bien plus, en tout cas, que si la clause avait, dès l'origine, été réduite dans les limites légales.

Du reste, on ne perdra pas de vue que quelques précautions prises dans la rédaction d'un contrat peuvent aisément aboutir à un résultat équivalant à la réduction sans que celle-ci ne soit, techniquement, prononcée.

Ainsi, on rencontre dans la pratique des *clauses formulées à titre subsidiaire*. Par exemple, une partie entend s'exonérer de sa responsabilité pour l'exécution d'une obligation et déclare qu'en cas d'inexécution, elle ne pourra *en tout cas* être tenue de réparer le dommage indirect en résultant. Si jamais la clause d'exonération formulée à titre principal devait être annulée parce qu'elle anéantit, par exemple, l'objet même de l'obligation, le débiteur pourra toujours prétendre limiter le dommage réparable au dommage direct. Ce résultat est atteint par

(3164) C. CAUFFMAN, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2007, n° 18, p. 435.

(3165) Voy., *mutatis mutandis*, notre opinion sur la règle *in pari causa*, *supra*, n° 283. Comp. également, dans un sens similaire, l'opinion de L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *o.c.*, n° 570, p. 721 *in fine*.

(3166) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 647.

une simple application des principes de la nullité partielle, celle-ci étant limitée à la clause d'exonération principale et ne frappant pas la clause subsidiaire, séparable de la première. Si, techniquement, il ne s'agit donc pas d'une réduction au sens indiqué ci-avant, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, l'exonération de responsabilité n'a été annulée que dans la stricte mesure de son illégalité.

À la limite, on pourrait même considérer qu'une clause susceptible d'être « découpée » d'un point de vue quantitatif doit en réalité s'interpréter comme comportant une multitude d'engagements distincts exprimés, par simplicité, sous une forme condensée, mais auxquels les principes de la nullité partielle demeurent intégralement applicables sans qu'il soit nécessaire de parler de réduction (3167). Quand, par exemple, une partie déclare s'exonérer de manière générale de sa responsabilité dans l'exécution d'un contrat, on devrait interpréter cette clause comme comportant une pluralité de clauses d'exonérations visant successivement la faute légère du débiteur, la faute légère de ses agents d'exécution, la faute lourde du débiteur, celle de ses agents d'exécution, etc., de sorte que la validité de chacune devrait être appréciée séparément, de manière à conserver l'exonération de responsabilité la plus étendue possible (3168). Certaines clauses sont d'ailleurs rédigées en ce sens (3169).

Si l'on admet que, dans ces différents cas, les principes de la nullité partielle demeurent d'application et qu'elle permet, en pratique, d'aboutir à un résultat équivalant à la réduction, alors rien

(3167) Arg. art. 1157 du Code civil ; comp., dans le domaine des conflits de la loi, l'opinion selon laquelle les catégories de rattachement constituent en réalité l'addition d'un ensemble de micro-règles de conflit relatives à des questions très spécifiques (voy. à ce propos J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht: analyse van het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 1997, n^{os} 369 et s., pp. 202 et s.).

(3168) Voy., dans le même sens, I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n^o 63, p. 311 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *o.c.*, n^o 569, p. 720. Sauf circonstances particulières, il ne nous semble pas qu'un tel découpage de la clause effectué par les parties puisse se voir reprocher d'être artificiel et, partant, constitutif de fraude à la loi (voy. not. sur cette théorie et sur le critère de l'artificialité du comportement, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *o.c.*, n^{os} 224 et s., pp. 458 et s., spéc. n^o 235.4, p. 503).

(3169) Voy., par exemple, la GNU General Public License version 3 (<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>). Après avoir exclu toute garantie à l'article 15 et toute responsabilité à l'article 16, l'article 17 prévoit ce qui suit : « If the disclaimer of warranty and limitation of liability provided above cannot be given local legal effect according to their terms, reviewing courts shall apply local law that most closely approximates an absolute waiver of all civil liability in connection with the Program, unless a warranty or assumption of liability accompanies a copy of the Program in return for a fee ». Voy. également la clause de sauvegarde reproduite par D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 35, n^o 510, p. 201 et s.

ne justifie à notre sens de condamner par principe le recours à cette dernière. Le mode de rédaction de la clause nous paraît en effet constituer un critère trop contingent et, partant, insuffisant pour justifier la différence de traitement consistant à permettre ou, au contraire, à exclure la possibilité d'une réduction (3170).

Si, en principe, la réduction ne nous paraît donc pas pouvoir être écartée par le seul souci de préserver le caractère dissuasif de la sanction, on ne peut cependant exclure que, dans des cas particuliers, *la loi violée* commande d'empêcher le recours à la réduction et impose dès lors l'annulation de toute la clause (voire même celle de tout le contrat si la clause en est inséparable). Tel est en particulier le cas lorsque la loi fixe un maximum autorisé et *précise simultanément quelle quantité (ou durée) doit être prise en compte à défaut de volonté contraire des parties*. En ce cas, si la limite est dépassée, les parties ne devaient pas être traitées différemment de la situation, spécifiquement envisagée par le législateur, où elles ne se sont pas exprimées du tout.

Ainsi, on sait que la durée des clauses d'essai pour les employés est réglementée par la loi : elle est fixée à minimum un mois et maximum six mois, étant entendu qu'« [e]n l'absence de précision quant à sa durée, soit dans la convention individuelle ou collective de travail, soit dans le règlement de travail, la période d'essai est de un mois » (3171). Sur la base de cette dernière règle qui figurait autrefois dans les lois relatives au contrat d'emploi, la Cour de cassation a censuré la décision d'une cour du travail qui, en présence d'une clause d'essai de 12 mois, avait décidé « qu'il s'indique de réduire la durée trop longue afin de respecter le commun accord des parties, dans la mesure permise par la loi impérative », c'est-à-dire à une durée de six mois. La Cour décide au contraire que la stipulation fixant la durée de l'essai à 12

(3170) Voy., en ce sens, BGH, 5 mai 1989, *N.J.W.*, 1989, p. 2681, point 2, c), aa) : « Es ist vielfach nur eine Frage der Formulierung der jeweiligen Vertragsbestimmung, ob der nichtige Teil ohne weiteren Eingriff beseitigt werden kann oder ob sie zu dessen Eliminierung neu gefaßt werden muß. *Auf diesen mehr äußerlichen Unterschied kann es nicht ankommen.* Entscheidend und damit allerdings für die Aufrechterhaltung eines Teils des Rechtsgeschäfts unabdingbar nötig ist vielmehr, daß sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen läßt » (nous soulignons). En d'autres termes, la nullité partielle ne porte pas tant sur la « clause matérielle » que sur la « clause intellectuelle » (I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 63, p. 311). En droit allemand, ce principe doit toutefois se combiner avec celui exposé *supra*, n° 310. Comp. également *supra*, n° 77, I, sur la question de savoir si la rédaction positive ou le silence d'une disposition législative peut servir de critère pour fixer la compétence de la Cour constitutionnelle.

(3171) Voy. l'article 67, §2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

mois, « contraire à une disposition impérative, est de nul effet ; [...] que l'illicéité de la durée de la période d'essai n'entraîne cependant pas la nullité de la clause d'essai tout entière » – comme le soutenait le pourvoi –, « la situation étant équivalente à celle produite par l'absence de prévision quant à la durée de la clause d'essai ; que, dans ce cas, la période d'essai est d'un mois » (3172). Il est permis de penser que, sans la disposition légale fixant à un mois la durée de l'essai en l'absence de précision figurant dans le contrat, situation que la Cour juge « équivalente » à celle où la durée stipulée dans le contrat excède le maximum légal, la Cour n'aurait pas vu d'objection à réduire la durée de l'essai au maximum légal, soit six mois.

317. Deuxième obstacle – Support de la volonté des parties. Ensuite, il faut éviter que, par le biais de la réduction, le juge ne mette en place un accord qui ne soit plus soutenu par la volonté des parties – un accord auquel, en d'autres termes, les parties n'auraient jamais pu adhérer (3173).

L'objection est sérieuse et constitue cette fois une véritable limite au pouvoir du juge de recourir à la réduction. Elle n'est, en revanche, pas spécifique à la problématique de la réduction et concerne, de manière générale, toutes les formes de nullité partielle (3174). Avant de recourir à la réduction, il incombe donc au juge de s'assurer que la partie de la clause qu'il s'apprête à amputer est bien séparable, dans la volonté des parties et/ou dans l'économie du contrat, du reste de la clause ; à défaut, c'est toute la clause, voire, en cas d'indivisibilité de celle-ci avec le reste de la convention, tout le contrat qu'il lui faut annuler.

318. Applications. Quoiqu'ils identifient rarement nommément le mécanisme dont ils font application, plusieurs arrêts de la Cour de cassation procèdent à une réduction de la clause illicite (3175).

(3172) Cass., 5 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1146 ; dans le même sens, Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 152.

(3173) Voy. BGH, 5 mai 1989, *N.J.W.*, 1989, p. 2681, point 2, c), aa) ; J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n° 25 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 35, n° 505, p. 200.

(3174) Comp. *supra*, n° 313, l'arrêt du 23 mars 2006.

(3175) Dans la jurisprudence des juges du fond, voy., par exemple, Bruxelles, 18 juin 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 236, note B. VAN DEN BERGH (nullité de la vente d'un appartement limitée à l'une des pièces déjà vendue à autrui, et réduction corrélative du prix).

On peut tout d'abord citer un arrêt du 20 novembre 1913 (3176). Une société minière avait vendu des terrains à des particuliers en imposant aux acquéreurs la charge de ne pouvoir, à aucune époque, réclamer d'indemnité du chef du préjudice que causeraient aux biens vendus les travaux d'exploitation de la mine. Victime d'un dommage, l'acquéreur soutenait qu'une telle clause était nulle, parce qu'elle permettait à la société minière de s'exonérer du dommage causé par son dol ou par sa faute. Le juge du fond avait cependant interprété la clause, rédigée en des termes généraux, comme couvrant seulement les dommages causés du fait de l'exploitation régulière et donc licite de la mine. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'acquéreur en estimant que l'interprétation retenue par le juge du fond n'a pas violé la foi due à la clause et s'appuie, pour arriver à cette conclusion, sur l'article 1157 du Code civil qui commande, entre deux interprétations possibles d'une clause, de retenir celle où elle est licite plutôt que celle dans laquelle elle serait contraire à l'ordre public. Par le détour de l'interprétation, le pouvoir judiciaire a ainsi abouti à une réduction aux limites légales d'une clause rédigée en des termes (trop) généraux (3177).

Selon l'article 106 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, « [l]'indemnité forfaitaire prévue au contrat en cas de violation de la clause de non-concurrence ne peut dépasser une somme égale à trois mois de rémunération. » Le contrat de travail d'un représentant de commerce prévoyait toutefois une indemnité forfaitaire calculée sur la base d'une durée supérieure. Se référant à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1978 relative à la durée de la clause d'essai (3178), le juge du fond avait décidé de réduire l'indemnité forfaitaire au maximum légal, soit trois mois. Le travailleur, demandeur en cassation, soutenait que l'application de cette jurisprudence devait au contraire conduire à annuler entièrement l'indemnité forfaitaire et à imposer à l'employeur de prouver l'étendue de son préjudice. La Cour de cassation ne fut cependant pas de cet avis. Estimant que la nullité résulte, non de l'article 106 précité, mais de l'article 6 de la loi qui dispose que « [t]oute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations », elle décide que, « se fondant sur les dispositions précitées, le juge est tenu de déclarer nulle la clause prévoyant une somme supérieure à trois mois de rémunération à titre d'indemnité forfaitaire en cas de non-respect par le travailleur de la clause de non-concurrence *dans la mesure où*

(3176) Cass., 20 novembre 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 7.

(3177) *Comp. supra*, n° 309.

(3178) *Voy. supra*, n° 316.

cette clause prévoit un montant supérieur au montant légalement autorisé » et rejette le pourvoi, validant ainsi la réduction à laquelle le juge du fond avait procédé (3179).

Citons enfin un arrêt du 15 décembre 2006 relatif au droit de superficie (3180). On sait que la loi limite la durée de ce droit à 50 ans (3181). La Cour de cassation estime dès lors que « lorsque le droit de superficie est stipulé pour une durée indéterminée, un droit réel est en réalité établi pour plus de cinquante ans. Un tel droit de superficie n'est, certes, pas nul, mais doit être réduit au délai maximal légalement fixé de cinquante ans ». Cette solution paraît pouvoir être généralisée à tous les cas où la loi impose au contrat une durée maximale (3182). On observera par ailleurs que la formulation utilisée par la Cour pourrait donner à penser que la sanction de la nullité serait donc totalement écartée en ce cas (3183). Bien que cette interprétation ne puisse être totalement exclue, la Cour ayant alors déduit la sanction de la réduction des seules dispositions de la loi sur la superficie qui dérogeraient sur ce point au droit commun des nullités, une autre lecture de la décision nous paraît possible. On peut en effet considérer que, si le droit de superficie n'est pas nul en tant que tel, c'est parce que la sanction de la nullité ne l'atteint qu'en tant que sa durée excède le maximum légal autorisé, mais le laisse indemne pour le surplus. Quoi qu'il en soit, l'intérêt pratique de la distinction entre une réduction d'origine légale et une nullité partielle sortissant des effets équivalents apparaît assez limité dès lors que le régime de la réduction nous paraît devoir être calqué sur celui sur la nullité (3184).

D'autres exemples peuvent encore être puisés dans l'étude du droit comparé. Ainsi, une clause d'un contrat de société autorisant un associé à exclure discrétionnairement un coassocié est valable dans la mesure où elle autorise l'exclusion pour de justes motifs (3185). De même, en présence d'une clause de non-concurrence illicite parce que trop étendue, le juge peut « en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités » (3186).

(3179) Cass., 25 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 561 (nous soulignons).

(3180) Cass., 15 décembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 654, *R.W.*, 2007-2008, p. 104, note M. MUYLLE, « Hoe lang duurt mijn recht van opstal ? ».

(3181) Art. 4 de la loi de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

(3182) En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 219, p. 165. Pour d'autres applications, voy. Cass. fr., 13 novembre 2002, *Bull.*, 2002, I, n° 270 (convention de louage d'emplacement publicitaire).

(3183) En ce sens, M. MUYLLE, *o.c.*, *R.W.*, 2007-2008, n° 3, p. 105.

(3184) Voy. *supra*, n° 315.

(3185) BGH, 5 mai 1989, *N.J.W.*, 1989, p. 2681.

(3186) Cass. fr., 18 septembre 2002, *Bull.*, 2002, V, n° 272 ; voy. de même P.A. FORIERS (collab. T. DERVAL), « Les contrats commerciaux : les principes », *Chronique d'actualités en*

3. – *Conversion des actes nuls*

319. Sanction d'origine légale. I. Il existe dans le Code civil et dans les lois particulières une série de cas où un acte juridique ne réunissant pas les conditions requises pour sa validité, plutôt que d'être frappé de nullité, est seulement transformé ou « converti » en un acte valable d'une nature différente.

La doctrine cite à cet égard une série d'exemples dont nous retiendrons les suivants (3187).

L'acte authentique, nul en la forme ou pour incapacité ou incapacité de l'officier public, vaut néanmoins comme acte sous seing privé s'il a été signé par les parties (article 1318 du Code civil).

L'acte de commerce accompli par un mineur est considéré comme acte civil (article 6 du Code de commerce). Il est donc valable pour autant qu'il réponde aux conditions de validité d'un tel acte civil (absence notamment de lésion) (3188).

À défaut d'écrit établi avant l'entrée en service du travailleur, le contrat de travail à durée déterminée ou conclu pour un travail nettement défini est soumis par l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail aux mêmes conditions qu'un contrat à durée indéterminée.

On cite encore l'ancien article 8 de la loi du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement (3189) qui prévoit, en cas d'omission de certaines règles de forme, la réduction de plein droit des obligations de l'acheteur au prix d'achat au comptant de

droit commercial, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 47 et s., n° 16, p. 59 (qui réserve toutefois le cas où la clause serait indivisible dans l'esprit des parties) ; comp. toutefois Cass., 3 février 1971, analysé *supra*, n° 315, qui nous paraît être un arrêt isolé.

(3187) Voy. J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 3, pp. 203 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 642, pp. 963 et s. Ce dernier auteur cite également le cas de la lettre de change, du billet à ordre ou du chèque ne comportant pas certaines mentions essentielles. Toutefois, dans ces différents cas, la loi ne prévoit pas expressément en quel acte juridique ces titres négociables doivent être convertis ; elle se contente de prévoir qu'ils « ne valent pas » respectivement comme lettre de change, billet à ordre ou chèque, laissant au juge la responsabilité d'en tirer les conséquences qui s'imposent (art. 2, alinéa 1^{er}, et 76, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre ; art. 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 1961 concernant l'introduction dans la législation nationale de la loi uniforme sur le chèque et sa mise en vigueur ; voy. à ce propos A. BOUJEKA, « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », *Rev. trim. dr. comm.*, 2002, pp. 223 et s.). On se situe donc plutôt dans le cadre d'une conversion judiciaire que légale (voy. *infra*, n° 320).

(3188) Voy. *Doc. parl.*, Chambre, s.e., 1988, n° 234/1, pp. 102 et s.

(3189) Abrogée par la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation. Comp. ses articles 85 et s.

l'objet ou du service, le bénéfice de l'échelonnement des paiements lui étant maintenu.

II. Un certain tri nous paraît devoir être opéré parmi ces hypothèses éparses.

Tout d'abord, et bien que la question ne présente d'intérêt que sur un plan conceptuel, il nous semble que la conversion suppose une véritable *transformation de la nature de l'acte*. Lorsque la nature de celui-ci est préservée, mais que les obligations des parties sont simplement revues à la baisse, comme c'est le cas à l'ancien article 8 de la loi du 9 juillet 1957, on se trouve plutôt à notre sens dans une hypothèse de réduction légale (3190). En d'autres termes, la notion de conversion « est à la théorie des nullités sur le plan QUALITATIF ce que la notion de nullité partielle est sur le plan QUANTITATIF » (3191).

Pour le reste, les hypothèses de (véritable) conversion légale se laissent regrouper en deux catégories (3192).

Tantôt, le législateur décide de substituer à la nullité une autre sanction qui lui paraît être plus appropriée. Tel est par exemple le cas à l'article 9 de la loi relative aux contrats de travail, dans un but de protection du travailleur. Ce choix du législateur nous rappelle que la nullité n'est qu'une sanction résiduaire, applicable à défaut de régime spécifique (3193).

Tantôt, le législateur opte pour la conversion dans le souci de « sauver » l'acte nul. Bien que non valable, celui-ci révèle à tout le moins l'intention des parties d'atteindre un *certain* but pouvant être régulièrement atteint, et c'est à cette intention qu'il est donné effet dans la mesure où les conditions légales apparaissent remplies. C'est ainsi, par exemple, que l'acte authentique nul en la forme peut valoir comme acte sous seing privé ou que l'acte de commerce accompli par un mineur vaut comme acte civil.

(3190) Voy. *supra*, n° 315.

(3191) P. SIMMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 13, p. 12 ; dans le même sens, A. BOUJEKA, *o.c.*, *Rev. trim. dr. comm.*, 2002, pp. 223 et s., n° 35 ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, n° 9, p. 590 ; J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst, o.c.*, n° 202, p. 221.

(3192) J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 3, pp. 203 et s.

(3193) Voy. *supra*, n° 226, IV.

320. Sanction d'origine judiciaire. La question se pose de savoir si, au-delà de ces quelques hypothèses où la conversion est prévue par la loi, voire par les parties (3194), il existerait un principe général permettant au juge de venir au secours de l'acte nul afin de le transformer en un acte valable de nature différente. Un tel principe est expressément reconnu dans plusieurs ordres juridiques.

Tel est ainsi le cas **en droit allemand** où le § 140 du BGB dispose sous le titre *Umdeutung* (3195) : « Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde » (3196).

S'inspirant de cette disposition, le **droit néerlandais** prévoit également : « Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt » (article 3:42 du NBW).

Nonobstant l'absence d'une disposition analogue dans le Code civil, une partie de la doctrine a plaidé en faveur de la reconnaissance d'une théorie générale de la conversion des actes nuls en droits belge et français (3197). En Belgique, l'introduction de cette théorie a tout particulièrement été défendue par le profes-

(3194) Il ne s'agit, en ce cas, que d'une renonciation conventionnelle à invoquer la nullité : voy. en ce sens Cass., 8 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 14.

(3195) La doctrine utilise également régulièrement le terme *Konversion*.

(3196) En l'absence d'une disposition légale analogue, ce principe a également été reconnu par la **jurisprudence suisse** : voy. not. Trib. féd., 1^{er} mai 2009, *ATF*, vol. 135, III, p. 441, point 3.3 et références citées.

(3197) Voy. A. BOUJKA, *o.c.*, *Rev. trim. dr. comm.*, 2002, pp. 223 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1024, p. 2103 ; P. CRAB, « Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W. », note sous Civ. Dendermonde, 12 mai 1966, *R.W.*, 1969-1970, col. 1980 et s., n°s 9 et s., col. 1986 et s. ; P. COPPENS, obs. sous Civ. Termonde, 12 mai 1966, *R.P.S.*, 1970, pp. 259 et s. ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *o.c.*, p. 672, note n° 1 ; J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, pp. 199 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 186, pp. 134 et s. ; S. STIJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, pp. 251 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 422, pp. 423 et s. ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, *o.c.*, n° 458, pp. 356 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, *o.c.*, n° 134, pp. 427 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, n°s 38 et s., pp. 28 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n°s 642 et s., pp. 962 et s.

seur Ronse, qui a proposé d'admettre une telle conversion aux conditions suivantes (3198) :

1° l'acte juridique voulu par les parties doit être nul ;

2° cet acte comprend néanmoins les éléments constitutifs essentiels d'un acte juridique, quant à lui valable ;

3° cet acte valable répond, autant que possible, aux objectifs économiques que poursuivaient les parties ;

4° si les parties avaient eu connaissance de la cause de nullité, elles auraient conclu l'acte valable (3199).

Si la conversion des actes nuls ne suscite pas de discussion particulière lorsqu'elle est prévue par la loi, plus délicate, en revanche, nous paraît être l'admission d'une théorie de la conversion judiciaire des actes nuls. Certes, la reconnaissance d'une telle théorie peut se prévaloir de l'aura du droit comparé, celle-ci étant largement reconnue dans nos pays voisins. Il nous semble toutefois qu'en procédant à la « greffe » de cette théorie dans les ordres juridiques belge et français, une double particularité de ceux-ci a peut-être été perdue de vue (3200). Celle-ci concerne tant le rôle que la *nature* de la volonté des parties. Il ne nous paraît pas inutile, à cet égard, de revenir sur ces deux caractéristiques de la volonté en droit allemand, d'où la théorie de la conversion est issue, et de les confronter avec la position du droit belge sur la question.

321. Rôle de la volonté des parties – Position du problème. Commençons par le rôle de la volonté dans l'appréciation de la validité d'un contrat.

I. En droit allemand, l'examen de la validité d'un contrat est précédé par l'interprétation (*Auslegung*) de celui-ci (3201).

(3198) J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 6, pp. 209 et s.

(3199) Sur ce dernier point, le professeur Ronse suggère de s'écarter du droit allemand, qui invite à rechercher le contenu d'une volonté hypothétique des parties (D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 520, p. 206), pour adopter le critère, plus objectif encore, de l'homme raisonnablement diligent et prudent (*o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 6, p. 213). Comp. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, o.c.*, n° 134, p. 429, tel que nous le comprenons plus attaché au respect de la volonté réelle des parties.

(3200) Sur la nécessaire prudence dont il faut faire preuve en procédant à une « transplantation » depuis un autre ordre juridique, cons. K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law, o.c.*, p. 17 et références citées.

(3201) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 24, nos 314 et s., p. 123.

L'interprétation joue donc un rôle central qui appelle quelques explications (3202).

L'interprétation d'un acte consiste à en rechercher la signification déterminante sur le plan juridique (3203). À la différence du droit belge, l'interprétation ne porte toutefois pas sur le contrat en tant que tel. En effet, le contrat naît de la rencontre de deux déclarations de volontés concordantes (*übereinstimmende Willenserklärungen*), à savoir une offre et une acceptation pure et simple (§ 150, alinéa 2, du BGB). Chacune de ces deux déclarations de volonté doit être soumise à l'interprétation, afin de déterminer si elles ont bien la même portée et si elles peuvent, dès lors, donner naissance au contrat (3204).

La méthode d'interprétation est prévue par les §§ 133 et 157 du BGB. Ces deux dispositions contiennent *a priori* des injonctions contradictoires. Le § 133 commande en effet de rechercher le sens réel d'une déclaration de volonté sans s'arrêter à son sens littéral. Le § 157, au contraire, impose d'interpréter les contrats de bonne foi en ayant égard aux usages (*wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*). En réalité, plutôt que de concilier ces deux dispositions en cantonnant leur application aux actes visés par elles (le § 133 aux déclarations de volonté et le § 157 aux contrats), doctrine et jurisprudence ont procédé à une réécriture globale de celles-ci en élaborant une méthode d'interprétation qui tient à la fois compte d'une approche objective et subjective, indépendamment de la nature de l'acte interprété (3205).

En quoi consiste cette méthode ? Il s'agit, premièrement, d'interpréter la déclaration de volonté de manière *objective* en partant du point de vue du destinataire de la déclaration (3206). Ce n'est que par excep-

(3202) Nous donnons ici une présentation synthétique d'un problème auquel les ouvrages consacrent d'ordinaire de longs développements. Pour plus de détails sur l'interprétation des actes juridiques en droit allemand, cons. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 16, pp. 291 et s. ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 28, pp. 507 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., § 24, pp. 120 et s.

(3203) H. HEINRICH, o.c., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 133, n° 1, p. 114.

(3204) K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 29, n° 73, pp. 568 et s.

(3205) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 320, p. 124 (par souci de simplification, on envisage uniquement ici l'interprétation des déclarations de volonté réceptives). Comp., en droit belge, la réécriture des articles 900 et 1172 du Code civil, *supra*, n° 307.

(3206) Voy. not. BGH, 9 décembre 2010, VII ZR 189/08, point 17 : « Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste [...]. Bei der Auslegung dürfen nur solche Umstände herangezogen werden, die bei Zugang der Erklärung dem Empfänger bekannt waren oder für ihn erkennbar waren [...]. Abzustellen ist auf den Horizont und die Verständnismöglichkeiten des Empfängers. Entscheidend ist der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert des Verhaltens des Erklärenden »

tion qu'il est permis au juge d'avoir égard à la signification *subjective* que la déclaration avait pour les parties, à la condition cependant que tant l'émetteur que le destinataire aient tous les deux compris la déclaration de la même manière. En ce cas, leur volonté concordante l'emporte sur les termes de la déclaration (*falsa demonstratio non nocet*) (3207).

Le droit allemand connaît encore une troisième méthode d'interprétation, dite complétive (*ergänzende Vertragsauslegung*). Lorsque le règlement contractuel présente une lacune sur un point déterminé, celui-ci doit être comblé par le juge en partant de la *volonté hypothétique* des parties, à savoir ce que les parties auraient convenu si elles avaient procédé à une mise en balance raisonnable et de bonne foi de leurs intérêts (3208). Enfin, on relèvera qu'il n'existe pas en droit allemand – ni d'ailleurs en droit belge (3209) – de principe imposant de privilégier nécessairement l'interprétation d'un contrat qui en assure la validité (3210).

Pour apprécier la validité du contrat en droit allemand, il faut donc au préalable rechercher la portée de l'accord des parties par le biais de l'interprétation. En revanche, le droit allemand ne réserve qu'un rôle tout à fait restreint au procédé de la qualification (*Qualifikation*).

Certes, on enseigne généralement que, lorsque les parties ont erronément qualifié un contrat, en désignant par exemple comme bail un contrat de vente, cette erreur de dénomination doit être rectifiée, même lorsqu'elle était voulue par les parties, parce que la classification d'un acte juridique dans l'une des catégories ou « types » légaux est une question de pur droit (3211). On observe

(traduction libre : les déclarations de volonté réceptices doivent être interprétées de la manière dont le destinataire devait les comprendre de bonne foi en ayant égard aux usages [...]. Dans l'interprétation, seules peuvent être prises en considération les circonstances qui étaient connues du destinataire lors de la réception de la déclaration ou dont il pouvait avoir connaissance [...]. Il y a lieu de partir de l'horizon et des capacités de compréhension du destinataire. La signification objective du comportement du déclarant, à rechercher sur la base d'une interprétation normative, est déterminante).

(3207) Voy. not. BGH, 18 janvier 2008, V ZR 174/06, point 12.

(3208) Voy. not. BGH, 10 septembre 2009, VII ZR 152/08, point 27 ; BGH, 29 octobre 2008, XII ZR 165/06, point 26.

(3209) Sur la portée limitée de l'article 1157 du Code civil et notamment sa subordination à la règle contenue à l'article 1156, cons. S. STJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 689 et s., n° 81, p. 716 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 398, p. 610.

(3210) D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., § 36, n° 517, p. 205.

(3211) W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 20, p. 406 ; A. KRAMER, « §§ 116-124 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1,

toutefois que cette règle fait l'objet de développements assez brefs et qu'elle joue en pratique un rôle assez restreint.

Ainsi, dès que l'on s'éloigne des cas simples où les parties auraient confondu un type de contrat avec un autre, on constate que la doctrine et la jurisprudence allemandes paraissent s'en tenir à la qualification du contrat choisie par les parties, tel que ce choix a été mis au jour par le procédé de l'interprétation (3212), et, au cas où cette qualification devrait entraîner la nullité du contrat, tendent à aborder cette question au travers du prisme de la conversion plutôt que de la qualification (3213). En ce sens, on peut dire qu'en droit allemand, *la volonté des parties se voit reconnaître un rôle prééminent au stade de la qualification du contrat*.

Cette situation s'explique peut-être par le fait que la déclaration de volonté se caractérise déjà par la volonté de produire des effets juridiques (*Rechtsfolgewille*), c'est-à-dire d'accomplir un acte juridique déterminé (3214). Ainsi, la déclaration de volonté contient déjà en elle un début de qualification, ce qui peut rendre difficile la distinction entre l'interprétation de l'acte et sa qualification proprement dite (3215).

II. Il en va tout autrement en droits belge et français.

Certes, ici également, l'appréciation de la validité d'un contrat est précédée d'un double processus, à savoir, l'interprétation suivie de la qualification du contrat (3216). Le domaine de cette dernière se révèle cependant beaucoup plus étendu en pratique.

5^e éd., München, C.H. Beck, 2006, § 117, n° 18 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 35, n° 23, p. 648. On invoque, parfois, à cet égard, l'adage *falsa demonstratio non nocet*, mais on observera qu'il lui est ainsi donné un sens différent de celui exposé *supra*, au texte, puisqu'il ne s'agit plus cette fois de faire prévaloir la volonté réelle sur la volonté déclarée, mais bien la qualification légale sur la qualification exprimée par les parties, qu'elle soit voulue ou non. D'autres auteurs y voient cependant une question d'interprétation de la volonté des parties : voy. en ce sens F. DORN, « §§ 139-141. Nichtigkeit II », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 753 et s.

(3212) Voy. en ce sens F. DORN, o.c., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, §§ 139-141, n° 23, p. 776.

(3213) Voy. les exemples développés *infra*, n° 322.

(3214) Voy. not. BGH, 13 janvier 2011, III ZR 87/10, point 19.

(3215) Comme le relève J. SCHULZE-OSTERLOCH, « Zivilrecht und Steuerrecht », *AcP*, 1990, pp. 139 et s., spéc. p. 145.

(3216) Voy. not. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 444, p. 450 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 407, p. 621 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 433, p. 376.

En effet, on considère qu'en règle (3217), le juge n'est pas lié par la qualification que les parties ont donnée à leur acte (3218). Dès lors, la requalification peut aboutir à ce que *les parties soient liées par un acte qu'elles n'ont pas voulu*, en ce sens que les engagements correspondant à leur intention commune peuvent recevoir une qualification différente de celle qu'elles leur avaient initialement conférée avec, par conséquent, *des effets juridiques n'ayant pas fait l'objet de l'accord initial de volonté*.

Supposons, par exemple, un contrat dont il ressort qu'une partie s'est engagée à prester contre rémunération un travail sous l'autorité de l'autre partie, convention qualifiée à tort (erronément ou à dessein) de contrat d'entreprise. Après avoir restitué à ce contrat la qualification correcte de contrat de travail, le juge appliquera toutes les dispositions réglant de manière impérative les droits et obligations du travailleur et de l'employeur, et, notamment, les règles sur les modes de rupture du contrat, la protection de la rémunération, le temps de travail, le régime de sécurité sociale, etc. (3219) Il importe peu, à cet égard, que les parties n'aient pas envisagé ni même voulu l'application de ces différentes règles.

Savoir si ce contrat de travail était ou non « voulu » par les parties est donc avant tout une question de terminologie : l'acte est voulu en ce sens que les engagements requalifiés par le juge découlent directement de la volonté des parties ; mais ce même acte n'est pas voulu, en ce sens que le juge est tenu de restituer à l'acte sa qualification véritable sans s'arrêter à celle que les parties lui auraient donnée, et que cette nouvelle qualification peut entraîner des conséquences que les parties n'avaient pas prévues (3220).

322. Rôle de la volonté des parties – Conversion ou requalification. Ces précisions sur le rôle de la volonté permettent de mieux saisir les similitudes entre requalification et conversion. À

(3217) Sur l'exception récemment introduite en droit belge, voy. *infra*, n° 322.

(3218) Voy. Cass. fr., 21 décembre 2007, *Bull.*, 2007, Ass. plén., n° 10 ; Cass. fr., 28 mars 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 182 ; Cass. fr., 3 janvier 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 1 ; Cass., 14 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 616 ; voy. également l'article 1142 du **Projet Catala** et l'article 87 du **Projet Terré**.

(3219) Cette solution est désormais confirmée et précisée par les articles 328 et s. de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

(3220) Comp., dans le même sens, dans le cadre de l'article 5.1 du règlement Bruxelles I, l'ambiguïté de l'exigence d'un « engagement librement assumé » (voy. à ce propos R. JAFFERALI, « Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012) », *Actualités en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 135 et s., n° 22, p. 167).

cet égard, on affirme généralement que la conversion suppose que « l'acte voulu » par les parties soit nul (3221). Une telle formulation nous paraît toutefois imprécise, en ce qu'elle ne fait pas suffisamment ressortir le rôle ambivalent joué par la volonté des parties en droit belge : alors qu'elle lie le juge au stade de l'interprétation, celui-ci étant tenu de rechercher l'intention commune des parties (article 1156 du Code civil) et ne pouvant s'en écarter à peine de méconnaître le principe de la convention-loi (article 1134 du Code civil), elle constitue au contraire une simple indication au stade de la qualification qu'il lui est permis de corriger.

Par conséquent, il nous paraît plus exact de dire que, pour qu'il y ait conversion, il faut que, dans la qualification initialement envisagée, l'acte voulu par les parties – ou, plus précisément, les engagements dont la portée a été dégagée par le processus d'interprétation – soit nul. Il se peut toutefois que, sous une autre qualification, le même acte soit valable. En ce cas, lorsqu'il procède à la conversion, il nous semble que *le juge ne fait que donner effet à l'acte voulu par les parties en lui restituant sa véritable qualification*. Ainsi, le produit de la conversion est toujours l'acte voulu par les parties, en ce sens que le juge prend pour point de départ leurs engagements tels qu'il les a interprétés sur la base de leur intention commune, mais en attribuant à ceux-ci leur correcte qualification.

On pourrait être tenté d'objecter à cette analyse que la question de la requalification a connu récemment en droit belge une évolution restreignant le pouvoir du juge en la matière. La Cour de cassation décide en effet désormais que le juge du fond ne peut s'écarter de la qualification retenue par les parties qu'à la condition de retenir l'existence d'éléments incompatibles ou qui excluent cette qualification (3222).

(3221) Voy. ainsi J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 3, p. 202.

(3222) Cette jurisprudence s'est surtout développée à propos du choix de la qualification entre contrat de travail et contrat d'entreprise : voy. Cass., 10 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 536, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 338 ; Cass., 23 mars 2009, *Pas.*, 2009, n° 213 ; Cass., 9 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 356 ; Cass., 17 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 640 ; Cass., 28 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 266 ; Cass., 23 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 691 ; sur cette jurisprudence, W. RAUWS, « De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst », *J.T.T.*, 2006, pp. 93 et s. ; W. VAN EECKHOUTTE, « "Gezag" in de cassatierechtspraak », *N.J.W.*, 2005, pp. 2 et s. On notera qu'antérieurement, le critère de l'inconciliabilité avait déjà été utilisé pour exclure la qualification de bail retenue par les parties pour une convention portant sur un bien du domaine public, cette qualification « étant inconciliable avec la stipulation qu'il peut être mis fin à la convention à tout moment, fût-ce pour des raisons de service, moyennant notification au preneur, trois mois au

Compte tenu de cette limitation, faut-il en déduire que la technique de la conversion présenterait un intérêt accru dès lors qu'elle permettrait seule d'assurer la survie des conventions non susceptibles de requalification ? Supposons ainsi une convention susceptible dans l'absolu de recevoir une double qualification, qui serait nulle selon une qualification A et valable selon une qualification B, et à laquelle les parties auraient expressément donné la qualification A. Court-on le risque de voir le juge se trouver dans l'impossibilité de requalifier cette convention et, dès lors, contraint de recourir à la conversion de cet acte ? Nous ne le pensons pas. En effet, la circonstance que le contrat soit nul sous une qualification A constitue à notre sens *ipso facto* un élément incompatible avec cette qualification. En d'autres termes, le pouvoir du juge de requalifier la convention ne nous paraît jamais être paralysé par la qualification donnée par les parties lorsque celle-ci aurait pour effet de rendre nulle la convention. Par conséquent, la qualification demeure selon nous une alternative valable à la conversion, même sous l'empire de cette nouvelle jurisprudence.

Le rôle joué par la volonté dans le processus de qualification exerce donc une influence directe sur l'importance du phénomène de conversion. Ainsi, en droit allemand où le juge répugne à s'écarter de la qualification retenue par les parties (3223), la conversion sera appelée à intervenir fréquemment pour assurer la validité d'un acte nul. En droit belge et français, au contraire, où le juge dispose de pouvoirs beaucoup plus importants pour requalifier le contrat, le recours à la conversion apparaîtra le plus souvent comme superflu. Conversion et requalification se trouvent ainsi dans un rapport d'*équivalence fonctionnelle* (3224).

préalable, par lettre recommandée » (Cass., 1^{er} octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 133). – Comp., plus souple, Cass., 20 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 477, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, décidant qu'en raison du caractère impératif de l'article 11 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, « il appartient au juge de vérifier si une clause du contrat d'assurance présentée sous une autre qualification ne constitue pas une clause de déchéance ».

(3223) Voy. *supra*, n° 321.

(3224) En ce sens, C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, *o.c.*, n° 575, p. 515, pour qui il n'y a pas conversion, mais changement de requalification ; de même, l'article 1143 du **Projet Catala** ; *contra* : A. BOUJEKA, *o.c.*, *Rev. trim. dr. comm.*, 2002, pp. 223 et s., n° 34. – En revanche, et contrairement à l'opinion exprimée par certains auteurs (voy. en ce sens L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *o.c.*, n° 573, p. 725 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 186, p. 135), la conversion ne joue pas à notre sens un rôle équivalant à celui de l'interprétation. En effet, comme on l'a souligné, le juge est lié par la volonté des parties au stade de l'interprétation, ce qui n'est plus le cas au stade de la (re) qualification ou de la conversion.

À vrai dire, le rapprochement entre la question de la nullité et celle de la qualification n'a rien de révolutionnaire. Déjà, Pothier observait que l'absence d'un élément constitutif essentiel du contrat n'entraînait pas nécessairement sa nullité. « Par exemple, étant de l'essence du contrat de vente qu'il y ait un prix, qui consiste en une somme de deniers que l'acheteur paye, ou s'oblige de payer au vendeur ; s'il est porté par un traité que j'ai fait avec vous, que je vous vendois mon cheval pour un certain livre que vous vous obligiez de me donner pour le prix dudit cheval, ce traité ne renfermera pas un contrat de vente, ne pouvant pas y avoir de contrat de vente sans un prix, qui consiste en une somme d'argent ; mais le traité n'est pas pour cela nul: il contient une autre espèce de contrat, savoir un contrat d'échange » (3225).

Quelques autres exemples caractéristiques, tirés de la jurisprudence, viendront illustrer le propos.

Le § 1059 du BGB dispose que le droit d'usufruit est incessible, mais que son exercice peut être cédé à un tiers. En ce cas, ce tiers bénéficie d'un droit purement personnel, et non réel (3226). Si, néanmoins, l'usufruitier cède purement et simplement son droit, alors une telle cession est nulle ; elle peut toutefois être convertie, conformément au § 140, en une cession de l'exercice du droit (3227). Dans le même ordre d'idées, un droit réel de préférence frappé de nullité peut être converti en un droit personnel de préférence garanti par une prénotation dans le livre foncier (3228). De manière générale, on voit donc que la conversion est utilisée en droit allemand pour maintenir en vigueur sous la forme d'un droit personnel l'engagement de constitution ou de transmission d'un droit réel lorsque ce dernier est impossible. Un résultat identique peut être atteint en droits belge et français par le biais de la requalification. Ainsi, on sait qu'il ressort de l'article 686 du Code civil qu'une servitude ne peut consister qu'en une obligation négative (3229). Toutefois, en présence d'une clause imposant, par exemple, la reconstruction d'un immeuble en pierres de taille, il suffit de qualifier cette obligation de personnelle pour échapper à la nullité

(3225) R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 6, p. 83.

(3226) BGH, 18 décembre 1970, *N.J.W.*, 1971, p. 422, point III, 3, b).

(3227) RG, 9 juillet 1910, *JW*, 1910, p. 801. Il est intéressant de relever que la décision souligne qu'à la différence de l'approche retenue par l'arrêt attaqué, la question aurait également pu être abordée sous l'angle d'une requalification (« nur eine unschädliche, falsche Bezeichnung desjenigen, was von den Parteien übereinstimmend gewollt war »).

(3228) RG, 25 février 1922, *RGZ*, vol. 104, p. 122.

(3229) V. SAGAERT, « Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations : une analyse de l'évolution depuis le Code civil », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 353 et s., n° 24, p. 370.

d'une telle servitude (3230). En procédant à une telle requalification, on fait donc l'économie du raisonnement consistant à constater la nullité du droit réel pour ensuite le convertir en droit personnel.

Dans certains cas, la constitution illicite du droit réel pourra être remplacée, non par celle d'un droit personnel, mais par celle d'un autre droit réel. Ainsi, le Bundesgerichtshof a décidé qu'une cession de créance à titre de garantie qui serait, en raison des circonstances de la cause, inefficace pouvait être convertie en un gage sur cette créance (3231). C'est une solution tout à fait similaire qu'a adoptée notre Cour de cassation dans un arrêt du 3 décembre 2010. Après avoir décidé que « [L]e principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours », elle a considéré que « [u]ne convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut, dès lors, jamais apporter plus aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage » (3232). Elle raffine ainsi la solution retenue dans le célèbre arrêt *Sart-Tilman*, dans lequel elle avait dénié à une telle cession de créance tout effet postérieur au concours (3233). On a voulu voir, dans le résultat atteint par la Cour dans l'arrêt du 3 décembre 2010, une reconnaissance implicite de la théorie de la conversion appliquée, non à la sanction de la nullité, mais à celle de l'inopposabilité (3234). À notre sens, cette décision peut toutefois éga-

(3230) Voy. ainsi Cass. fr., 15 novembre 1910, *D.*, 1911, I, p. 326. Pour de nombreux autres cas où la jurisprudence a eu à trancher entre la nature personnelle ou réelle du droit, voy. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2008, n^o 313, pp. 473 et s.

(3231) BGH, 2 octobre 1953, *VersR*, 1953, p. 469, point 2. Voy. également, **en France**, avant la réforme du droit des sûretés, Cass. fr., 19 décembre 2006, *Bull.*, 2006, IV, n^o 250 (« en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance »).

(3232) Cass., 3 décembre 2010, cité *supra*, note n^o 1940. Cette solution a depuis lors été consacrée par l'article 62 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(3233) Voy. Cass., 17 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, n^o 386, avec les conclusions de M. l'avocat général PIRET.

(3234) Voy. R. FRANZIS, *o.c.*, *R.W.*, 2010-2011, n^{os} 2 et s., pp. 1178 et s. ; I. PEETERS, *o.c.*, *Dr. banc. fin.*, 2011, n^{os} 7 et s., pp. 124 et s. ; V. SAGAERT, *o.c.*, *N.J.W.*, 2010, p. 835 ; voy. également F. GEORGES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n^o 13, p. 502 ; M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, *o.c.*, *R.D.C.*, 2011, n^o 12, pp. 875 et s. – En ce sens, on peut noter que, de même que pour la nullité, il existe également des inopposabilités partielles (voy. et comp. M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n^o 12, p. 580), comme en témoigne l'article 595, alinéa 2, du Code civil (à la fin de l'usufruit, réduction vis-à-vis du nu-proprétaire du bail consenti par l'usufruitier à la période de neuf ans en cours) qu'on pourrait qualifier d'inopposabilité partielle

lement s'interpréter comme ayant procédé à une requalification de la convention dans ses rapports avec les tiers : nonobstant la dénomination de cession de créance donnée par les parties, la convention reçoit ainsi, dans les rapports avec les tiers, la seule qualification légalement compatible avec l'intention des parties de constituer une sûreté ayant la créance pour assiette. On notera qu'un tel procédé, consistant à donner à l'acte une qualification différente entre parties et envers les tiers, n'est pas totalement inconnu en droit positif : ainsi, en cas de simulation, lorsque les tiers décident de s'en tenir à l'acte apparent, il se peut que celle-ci reçoive une qualification différente de la contre-lettre qui prévaut entre parties (3235).

Les mêmes rapports entre conversion et requalification se rencontrent encore dans un autre domaine du droit. Après avoir constaté la nullité d'une société en nom collectif (*offene Handelsgesellschaft*) dépourvue d'objet commercial, le Bundesgerichtshof n'a pas hésité à convertir celle-ci en société civile (*bürgerlichrechtliche Gesellschaft*) (3236). À cet égard, une partie de la doctrine a même été jusqu'à considérer que ce résultat n'aurait pu être atteint autrement, parce qu'il existerait de telles différences entre ces deux types de sociétés qu'il ne s'agirait pas d'un pur problème de qualification juridique de ce qui a été voulu par les parties (3237). En revanche, confronté à une société anonyme dépourvue d'objet commercial et même de but de lucre, le tribunal civil de Termonde a estimé pouvoir requalifier celle-ci en association sans but lucratif (3238). Bien que les annotateurs de cette décision aient voulu y voir une application de la théorie de la conversion des actes nuls, il suffit de constater que le jugement aborde exclusivement la question sous l'angle de la qualification et que celle-ci rend superflu tout recours à la conversion. Cette affaire relativise également l'idée que la conversion-requalification devrait toujours aboutir à une « réduction » qualitative de l'acte,

« quantitative ». La conversion dont il serait ici question ne serait donc rien d'autre qu'une inopposabilité partielle « qualitative » (comp. *supra*, n° 319, II).

(3235) Sur la simulation ayant pour but de modifier la nature de l'acte ostensible, cons. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 268, pp. 403 et s.

(3236) BGH, 15 décembre 1955, *N.J.W.*, 1956, p. 297.

(3237) Voy. à cet égard D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, o.c., n° 521, p. 207, et l'opinion contraire de W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, *Die Personengesellschaft*, Berlin, Heidelberg et New York, Springer-Verlag, 1977, § 13, p. 200.

(3238) Civ. Dendermonde, 12 mai 1966, *R.W.*, 1969-1970, col. 1975, note P. CRAB, *R.P.S.*, 1970, p. 254, obs. P. COPPENS. Cette décision apparaît critiquable dans la mesure où la société avait été constituée en 1852, soit à une époque où la création d'ASBL dotées de la personnalité juridique n'était pas encore prévue par la loi du 27 juin 1921 (voy. également la critique de T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, o.c., n° 905, pp. 685 et s.). Ces difficultés propres à l'espèce n'empêchent pas de constater l'équivalence fonctionnelle existant entre la requalification et la conversion d'un acte nul.

comme cela est parfois affirmé (3239) ; en effet, on ne peut considérer que l'ASBL soit une forme amoindrie de la société anonyme.

Des développements qui précèdent, il résulte que la plupart des situations que le droit allemand tend à traiter sous l'angle de la conversion des actes nuls peuvent être abordées, en droits belge et français, en raison de l'incidence limitée de la volonté des parties sur la nature juridique du contrat, par le biais de la requalification de celui-ci, avec des résultats pratiques identiques.

323. Nature de la volonté des parties – Volonté hypothétique ou réelle. Une seconde spécificité du droit allemand nous paraît avoir été négligée lorsqu'il s'est agi d'envisager la transposition de la théorie de la conversion des actes nuls en droit belge. Il s'agit de la nature de la volonté des parties prise en considération pour apprécier si le recours à une telle conversion est possible.

I. En droit allemand, la jurisprudence a déduit du § 140 du BGB qu'afin d'apprécier si l'acte nul peut être converti en un acte valable dont les éléments constitutifs se trouvent contenus dans l'acte nul, il y a lieu de se baser sur la *volonté hypothétique* des parties, à savoir ce que les parties auraient voulu si elles avaient eu connaissance de la cause de nullité (3240).

On observera au passage que c'est ce recours à la volonté hypothétique qui permet à la doctrine majoritaire de considérer que la conversion des actes nuls ne constitue pas une simple application des principes relatifs à l'interprétation des actes juridiques (3241). En effet, comme nous l'avons vu, si la recherche de la volonté hypothétique est certes permise au stade de l'interprétation, c'est à la condition qu'il existe une lacune dans la réglementation contractuelle (3242) ;

(3239) Voy. ainsi J. RONSE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, n° 6, p. 211.

(3240) Voy. M. AHRENS, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 140, n°s 10 et s., pp. 178 et s. ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 75, p. 814 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 520, pp. 206 et s. ; de même, **en droit néerlandais**, le rôle accordé dans la conversion à la volonté réelle des parties demeure très limité : voy. Hoge Raad, 22 novembre 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8185, point 3.8, avec les conclusions de M. l'avocat général F.F. LANGEMEIJER ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 653.

(3241) BGH, 15 décembre 1955, *N.J.W.*, 1956, p. 297, point II, 2 ; F. DORN, *o.c.*, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, §§ 139-141, n°s 30 et s., pp. 781 et s. ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 44, n° 88, p. 817 ; H. ROTH, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 140, n°s 7 et s., p. 481 ; *contra* : C. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1980, p. 280 et s.

(3242) Voy. *supra*, n° 321, I.

au contraire, dans la conversion, l'examen de la volonté hypothétique est systématique.

II. Lors de la transposition de la théorie de la conversion **en droit belge**, ce recours à la volonté hypothétique des parties a été maintenu, voire même, selon la suggestion du professeur Ronse, remplacé par la recherche purement objective de ce que des personnes raisonnablement diligentes et prudentes auraient décidé dans de telles circonstances (3243).

Une telle transposition nous paraît toutefois problématique. On se rappellera, en effet, que, dans le domaine voisin de la nullité partielle, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 23 mars 2006, que « [l]orsque le juge constate la nullité absolue d'une clause d'un contrat, il ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties » (3244). De la même manière, il nous paraît douteux, en droit belge, que le juge soit autorisé à convertir un acte nul en un autre acte dont il se bornerait à constater qu'il correspond à la volonté hypothétique des parties (voire, *a fortiori*, à aucune volonté du tout dans la thèse du professeur Ronse) ; en effet, un tel acte « ne repose pas sur le consentement des parties », et on n'aperçoit pas pour quel motif le juge disposerait de pouvoirs plus étendus en matière de conversion que de nullité partielle.

Certes, l'opposition entre volonté hypothétique et volonté réelle ne doit pas être exagérée. Tout dépend en effet de ce qu'on entend par « volonté réelle », comme le montre l'exemple voisin de la nullité partielle. En effet, pour décider s'il y a lieu de prononcer la nullité totale ou partielle de l'acte, le § 139 du BGB invite également le juge à rechercher si l'acte aurait pu être conclu sans la clause frappée de nullité, c'est-à-dire, selon la doctrine, à rechercher la volonté hypothétique des parties (3245). Or, en droit belge, lorsque le juge est appelé à choisir entre la nullité totale ou partielle du contrat, il doit le faire sur la base d'une analyse de la volonté des parties – ce qui est admis par la Cour de cassation – sans que l'on considère pour autant que cette volonté soit hypothétique : le juge doit uniquement examiner si, dans l'accord initial des parties tel qu'il a été conclu, la clause nulle peut être considérée comme séparable du reste du contrat (3246).

(3243) Voy. *supra*, n° 320.

(3244) Voy. *supra*, n° 313.

(3245) Voy. not. J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n° 29.

(3246) Voy. *supra*, n° 310.

On le voit, la distinction entre volonté réelle et volonté hypothétique repose, dans une certaine mesure, sur une pure divergence terminologique dépourvue de conséquence sur le fond. Ainsi, le droit allemand fait sans doute preuve d'une rigueur plus grande dans le choix des mots employés en considérant que, dès lors que les parties n'auront normalement pas envisagé que telle ou telle clause précise de leur accord puisse être entachée de nullité, elles ne peuvent se voir attribuer une volonté réelle quant au caractère séparable de cette clause ; une telle volonté ne peut, dès lors, qu'être qualifiée d'hypothétique, bien qu'elle soit néanmoins établie par le juge sur la base d'une analyse de l'accord initial. Le juge belge, moins habitué à la notion de volonté hypothétique qui n'appartient pas à sa « culture juridique », préfère voir dans cette recherche du caractère divisible de la clause nulle une analyse de la volonté réelle des parties, et ce, même si elles n'avaient pas véritablement envisagé la question de la nullité.

Il serait donc permis de penser que cette simple divergence terminologique, dépourvue de toute conséquence concrète, pourrait se prolonger sans inconvénient sur le terrain de la conversion des actes nuls. Après tout, le droit allemand considère que la volonté hypothétique visée au § 139 du BGB ne diffère guère de celle envisagée au § 140 (3247). Pourquoi, dès lors, ne pas admettre que le juge belge procède à la conversion d'un acte nul en recherchant la « volonté hypothétique » des parties, *étant entendu que cette volonté hypothétique ne se distingue en rien de la volonté réelle examinée pour apprécier si une clause nulle est ou non séparable du reste du contrat ?*

Nous hésitons toutefois à nous engager dans cette voie. Certes, le choix de tel ou tel mot pour désigner un concept clairement identifié est en soi indifférent et ne peut dans l'absolu être qualifié de vrai ou faux, s'agissant d'une simple convention de langage ; il n'en demeure pas moins que ce choix peut apparaître comme inapproprié, notamment lorsqu'il risque d'entraîner une confusion avec d'autres concepts bien établis dans le langage (juridique) (3248). Or, en l'occurrence, nous craignons qu'en invitant le juge belge à rechercher la volonté hypothétique des parties, on ne l'incite à aller au-delà du simple examen de l'accord initial et qu'on ne coure ainsi le risque qu'il admette la conversion de l'acte nul en un acte ne reposant plus sur le consentement des parties, ce qui irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous estimons dès lors préférable, dans l'exposé des conditions de la conversion en droit belge, d'insister sur le fait que

(3247) Voy. J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 140, n° 19.

(3248) Voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 4, pp. 38 et s.

le choix de l'acte dans lequel l'acte nul est converti ne peut se faire que si cet acte correspond aux intentions initiales des parties.

324. Appréciation critique. En conclusion de ce qui précède, hormis le cas où la conversion des actes nuls est prévue par la loi (3249), l'admission générale de cette théorie en droit belge nous paraît être à la fois inutile et dangereuse (3250).

Inutile, parce que toutes les fois où l'accord des parties correspondait déjà à un autre acte juridique valable auxquelles elles n'avaient pas songé, le juge peut éviter le prononcé de la nullité en restituant simplement à l'acte la qualification qui garantit sa validité (3251).

Certes, la circonstance qu'un même problème juridique puisse être abordé sous deux angles différents n'implique pas nécessairement qu'une seule des institutions permettant de le résoudre puisse être reconnue par l'ordre juridique et que les autres doivent en être écartées (3252). Même si elle ne constitue qu'une forme de requalification, la notion de conversion des actes nuls pourrait encore être conservée, dans la mesure où il s'agit d'une formule frappante permettant de mieux cerner certaines hypothèses où la requalification du contrat s'impose.

Cela étant, la théorie de la conversion nous est également apparue comme *dangereuse* dans la mesure où, incitant le juge à rechercher la volonté dite hypothétique des parties, voire le dispensant entièrement d'une telle recherche en lui permettant de se fonder sur les seules exigences objectives de la bonne foi, elle risque de le conduire à consacrer l'existence d'un acte qui ne reposerait plus sur le consentement des parties, ce qui n'est guère admissible en droit positif (3253).

Aussi la reconnaissance de la théorie de la conversion des actes nuls en droit belge nous paraît-elle ne devoir être admise qu'avec une grande réserve.

(3249) Voy. *supra*, n° 319.

(3250) Voy., dans le même sens, L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 573, p. 725.

(3251) Voy. *supra*, n° 322.

(3252) Comp., à propos de la rétroactivité, *supra*, n° 57, I.

(3253) Voy. *supra*, n° 323.

B. – Au-delà du contrat : les groupes de contrats

325. Position du problème – Un nécessaire retour au droit commun. Si l'effet de la nullité peut être cantonné à certaines clauses du contrat, on peut également imaginer, à l'inverse, qu'il se propage au-delà de celui-ci à des opérations présentant un lien étroit avec le contrat annulé. C'est là l'un des deux volets de la problématique généralement traitée au titre de l'étude des groupes de contrats, également appelés ensembles contractuels (3254).

Dans une *approche conceptuelle* de l'effet rétroactif de la nullité, le contrat nul ne pourrait pas produire le moindre effet (3255). Dans cette optique, on pourrait être enclin à admettre que tous les contrats liés, de près ou de loin, au contrat annulé doivent subir le même sort que celui-ci, dès lors qu'ils n'auraient pas été conclus en son absence (3256). Tel serait en effet le prix à payer pour atteindre une remise intégrale en pristin état. Une conception aussi extensive se heurte toutefois à des objections majeures qui empêchent de l'accueillir en droit positif (3257).

I. Tout d'abord, elle attribue à l'effet rétroactif de la nullité une portée dont il est dépourvu. Celui-ci n'est pas une fiction absolue que l'on serait forcé de prendre au pied de la lettre, mais plutôt un procédé technique de renforcement de la sanction de la nullité qui

(3254) Cons. à ce propos S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Rép. Defrénois*, 2002, pp. 355 et s. ; X. DIEUX, « Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources ! », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, pp. 109 et s. ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.* ; D. MAZEAUD, « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », note sous Cass. fr., 28 octobre 2010, *D.*, 2011, pp. 567 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n^{os} 95 et s., pp. 110 et s. ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, pp. 555 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n^{os} 504 et s., pp. 747 et s. — On rappellera que le deuxième volet de cette problématique concerne la question de l'existence d'un recours contractuel direct entre les « cocontractants extrêmes » dans un tel groupe de contrats.

(3255) Pour une critique de cette approche, voy. *supra*, n^o 239.

(3256) Cette approche peut être illustrée par Brussel, 5 février 2008, *T.R.V.*, 2008, p. 301, point 4. Après avoir annulé un contrat de prêt consenti par une société pour permettre le rachat de ses parts en violation de l'article 329 C. Soc., la cour décide « dat de nietigheid van de rechtshandeling van financiering moet worden uitgebreid tot de rechtshandelingen die zonder de verboden financiering niet tot stand hadden kunnen komen. De overdracht van de aandelen door de heer B. aan de heer M. moet derhalve nietig worden verklaard ».

(3257) De même, **en droit néerlandais**, le Hoge Raad a considéré à plusieurs reprises que le fait qu'une convention ait été conclue en vue de l'exécution d'une autre convention illécite ne la rend pas elle-même automatiquement nulle (voy. à ce propos C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n^o 334).

ne peut être admis que dans la mesure où il apparaît nécessaire au but poursuivi, à savoir le rétablissement de la légalité (3258). Dans une *perspective fonctionnelle*, rien n'impose donc de faire totalement abstraction du contrat annulé au mépris de tous les autres intérêts dignes de protection.

Or, précisément, parmi ceux-ci figurent les droits acquis des tiers, tels qu'ils résultent de la *relativité des conventions*. On peut en effet déduire des articles 1134 et 1165 du Code civil un principe d'« isolationnisme contractuel » (3259) au terme duquel l'annulation ou, plus largement, la dissolution d'un contrat demeure en règle sans conséquence sur les autres contrats conclus par une partie au contrat dissous avec un tiers ou, *a fortiori*, entre tiers. Il n'existe pas, à notre sens, de motif impérieux qui permettrait de déduire de l'effet des nullités une dérogation légale à un tel principe (3260).

II. Ensuite, force est de reconnaître *l'imprécision de l'expression* « groupe de contrats », laquelle peut recouvrir un grand nombre de situations présentant une extrême diversité (3261). Dans ces conditions, il paraît illusoire de vouloir dégager un régime juridique unique régissant l'ensemble de ces hypothèses (3262). Les interventions législatives en la matière confirment d'ailleurs que les solutions ne peuvent qu'être variées et qu'il faut se garder de tout automatisme (3263).

Le législateur établit parfois expressément une dépendance entre les contrats. Ainsi, les articles 19, 20 et 24 de la loi du 12 juin 1991

(3258) Voy. *supra*, n° 241, III.

(3259) Expression empruntée à X. DIEUX, *o.c.*, *Les obligations en droit français et en droit belge*, n° 5, p. 118 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 45, p. 64. Voy. également J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1026, p. 2109 ; L. Cornelis, « De ontbinding : het treurige einde van een mooi verhaal ? », *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 226 et s., n° 10, p. 232 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 495, p. 554 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 102, p. 117 ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 3, pp. 559 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 507, p. 753.

(3260) Voy. déjà et comp., à propos de l'effet de la nullité sur les actes d'administration, *supra*, n°s 301 et s.

(3261) Voy. not. les exemples donnés par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 505, pp. 749 et s.

(3262) Voy. X. DIEUX, *o.c.*, *Les obligations en droit français et en droit belge*, n° 2, p. 111 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 507, p. 753.

(3263) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *o.c.*, n° 26, p. 47.

relative au crédit à la consommation aménagent dans une certaine mesure les relations entre une fourniture de biens ou de services au consommateur et le contrat de crédit qui y est lié. Depuis la transposition de la directive 2008/48/CE, l'article 24, alinéa 1^{er}, de cette loi prévoit même expressément que « [l]orsque le consommateur a exercé un droit de rétractation pour un contrat de fourniture de biens ou de prestation de services, il n'est plus tenu par un contrat de crédit lié ». Il paraît conforme à l'esprit de la loi d'assimiler à l'exercice du droit de rétractation l'annulation du contrat de fourniture (3264).

À l'inverse, la loi prévoit parfois expressément le maintien d'un contrat en dépit de l'annulation d'un contrat lié. Ainsi, nous avons déjà relevé qu'en réservant la garantie d'éviction du sous-acquéreur en cas de rescision pour lésion de la vente principale, l'article 1681 du Code civil implique nécessairement que l'annulation de la vente principale n'entraîne pas automatiquement celle de la vente consécutive (3265). Dans le même ordre d'idées, les articles 2012 et 2036 du Code civil, dès lors qu'ils interdisent à la caution d'opposer au créancier une cause de nullité de l'obligation garantie purement personnelle à la personne du débiteur principal, impliquent que cette cause de nullité ne retentit pas automatiquement sur la validité du cautionnement (3266).

III. Enfin, prétendre régler le sort des contrats liés au regard du seul effet rétroactif de l'annulation ne permet d'aboutir qu'à une *solution partielle du problème*. En effet, dans la logique de la remise en pristin état, seuls les actes juridiques *postérieurs* à la conclusion du contrat nul devraient être affectés. Or, il se peut parfaitement qu'un contrat conclu *antérieurement* présente néanmoins des liens tels avec le contrat annulé qu'il ne puisse pas raisonnablement lui survivre (3267).

IV. En conclusion, l'effet rétroactif de la nullité apparaît comme un fondement inadéquat pour régler le sort des contrats liés au contrat annulé, dès lors qu'il entraînerait des conséquences à la fois trop étendues (en menaçant indistinctement tous les contrats conclus postérieurement) et trop limitées (en

(3264) Voy. déjà antérieurement P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 32, p. 51 ; I. SAMOY, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 28, pp. 579 et s.

(3265) Voy. *supra*, n° 294.

(3266) Voy. déjà *supra*, n° 292.

(3267) Une telle difficulté ne se présentait pas dans le domaine des nullités partielles, puisque celles-ci concernent normalement un acte juridique unique, dont toutes les clauses ont, par définition, été conclues au même moment. Nous n'avons dès lors pas vu d'inconvénient à fonder la théorie de la nullité partielle sur l'effet rétroactif de la nullité, encadré par une exigence de proportionnalité (voy. *supra*, n° 309).

préservant sans juste motif les contrats conclus antérieurement au contrat nul).

Dans ces conditions, nous nous rallions à l'important courant doctrinal qui recommande d'aborder le sort des contrats liés à travers le prisme des règles du *droit commun*, mieux à même d'apporter une réponse nuancée à cette problématique (3268). Les développements qui suivent valent également dans l'hypothèse d'un contrat résolu pour inexécution, la question se posant en des termes similaires (3269).

326. Typologie retenue. Pour synthétiser l'application des règles du droit commun aux ensembles contractuels dont l'un des membres est annulé ou résolu, plusieurs approches sont envisageables. L'une d'elles consiste par exemple à classer ces règles dans un ordre chronologique, selon qu'elles se rapportent à la formation, à l'exécution ou à la dissolution du contrat (3270). On oppose également fréquemment les contrats principaux aux contrats accessoires, l'anéantissement des premiers devant entraîner celui des seconds (3271). La notion d'accessoire peut cependant s'avérer imprécise et, partant, difficile à manier.

La classification qui nous paraît dès lors à la fois la plus intuitive et la plus féconde sur le plan technique est celle proposée par le professeur Foriers (3272) entre les contrats groupés par leur objet (1) et ceux groupés par leur cause (2). Nous concluons par certaines observations complémentaires relatives à l'application de la théorie de l'apparence (3).

(3268) Voy. X. DIEUX, *o.c.*, *Les obligations en droit français et en droit belge*, n° 1, p. 111 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n°s 33 et s., pp. 53 et s. (sol. implicite) ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 3, p. 560 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 509, p. 755 ; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 741, p. 533.

(3269) Nous verrons en effet que, tout comme pour l'annulation, l'effet rétroactif de la résolution n'a pas pour effet d'effacer automatiquement tout ce qui se rapporte au contrat, mais doit au contraire se voir reconnaître des conséquences proportionnées au but poursuivi (*infra*, n° 376).

(3270) Telle est en substance la démarche suivie par I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, pp. 555 et s.

(3271) Voy. par exemple L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen, o.c.*, n° 572, p. 723 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La nullité des contrats*, n° 3, p. 238.

(3272) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n°s 33 et s., pp. 53 et s.

327. Limites de l'examen. Avant d'aborder l'application des règles du droit commun à ces deux catégories d'ensembles contractuels, nous souhaitons toutefois exclure de notre examen trois configurations particulières qui n'appellent pas de longs développements.

I. La première concerne tout d'abord l'hypothèse d'un *negotium unique constaté par plusieurs instrumenta* (3273). En ce cas, l'existence du groupe de contrats n'est qu'apparente, puisque l'on a en réalité affaire à un contrat unique dont le contenu est simplement établi dans une pluralité de titres complémentaires. La question relève dès lors plutôt de la problématique de la nullité partielle (3274) ou de la résolution partielle (3275).

II. Deuxième hypothèse : les différents contrats qui constituent l'ensemble contractuel sont *chacun affectés d'une cause d'anéantissement propre mais identique* (3276). En ce cas, point n'est besoin de s'interroger sur l'impact de la nullité ou de la résolution d'un contrat sur l'autre, puisque chacun est déjà en soi annulable ou résoluble.

Ainsi, par exemple, on peut imaginer que tous les consentements des vendeurs dans une chaîne de contrats translatifs d'une oeuvre d'art soient entachés d'une erreur substantielle sur son authenticité, ou que ces mêmes contrats soient chacun frappés de nullité, car leur objet, dérobé dans un musée, est hors commerce. Dans le domaine de la résolution, le vice caché affectant la chose faisant l'objet de la chaîne de contrat autorise de même chacun des acheteurs à intenter l'action rédhitoire contre son vendeur.

Une autre hypothèse est le cas où tous les contrats du groupe sont atteints d'une cause illicite identique. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation considère que « [l']illicéité du contrat de jeu est absolue

(3273) Voy., à ce propos, V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 99 ; I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 64, pp. 312 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 510, pp. 756 et s. ; de manière plus générale, sur les liens entre *negotium* et *instrumentum* et la distinction difficile entre contrats multipartites et groupes de contrats, voy. P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, pp. 153 et s.

(3274) Sur la présomption d'indivisibilité résultant de l'inclusion de plusieurs opérations dans un même titre, voy. *supra*, n° 310.

(3275) Voy. *infra*, n° 478 et s.

(3276) Voy. à ce propos I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 9 et s., pp. 566 et s. ; comp. la problématique de la *Fehleridentität*, *supra*, n° 237, III.

et rejaillit sur toutes les conventions qui ont pour but d'en organiser l'exploitation » (3277).

III. Enfin, il se peut que le sort des contrats connexes soit *réglé par la loi* (3278) ou *par les parties*. On pense en particulier au cas où elles ont expressément (3279) érigé la conclusion ou l'extinction d'un premier contrat en condition respectivement suspensive ou résolutoire d'un second contrat. En ce cas, aucune difficulté ne se pose non plus, du moins sous l'angle du droit des nullités ou de la résolution pour inexécution (3280).

1. – Contrats liés par l'objet

328. Fondement de la contagion. Le premier cas de figure possible est celui où le contrat anéanti est lié par l'objet à une ou plusieurs autres conventions. Un tel lien peut être *direct* lorsque les différents contrats portent sur la même chose (par exemple, dans le cas d'une chaîne de ventes) ou *indirect* lorsqu'un contrat forme en réalité l'objet d'un autre (par exemple, le cautionnement a pour objet de garantir l'exécution de l'obligation du débiteur ; on pense également aux rapports entre assurance et réassurance) (3281). Le lien peut également être *total* ou *partiel* (par exemple, lorsque seule une partie du stock est revendue à un sous-acquéreur).

Quel est le fondement technique justifiant qu'une cause de nullité – ou, plus largement, de dissolution – affectant l'un des contrats du groupe entraîne, par contagion, l'anéantissement des conventions qui lui sont liées par l'objet ? Ils sont en réalité multiples.

(3277) Cass., 30 janvier 2006, *Pas.*, 2006, n° 60, rendu sur conclusions contraires de M. l'avocat général WERQUIN (celles-ci portant cependant sur le principe même de la nullité et non sur son extension aux contrats liés), *R.W.*, 2007-2008, p. 1241, note C. CAUFFMAN ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, n° 268, p. 510, et références citées. Pour un autre cas où tous les contrats concernés sont atteints d'une cause illicite, voy. Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 5 et s., avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT, spéc. pp. 24 et s., note J. DABIN.

(3278) Voy. en particulier, en matière de crédit à la consommation, *supra*, n° 325, II.

(3279) Sur la condition tacite, voy. *infra*, n° 332.

(3280) Sur le régime de la condition suspensive, voy. *supra*, n°s 163 et s., et sur celui de la condition résolutoire, *infra*, n°s 493 et s.

(3281) P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 46, p. 66.

I. Le premier fondement auquel on pense est bien sûr celui de la *caducité des obligations par disparition de leur objet* (3282), élevée par la Cour de cassation au rang de principe général du droit (3283). On sait qu'en vertu de ce principe, une obligation dont l'objet est devenu impossible à exécuter en nature s'éteint de plein droit pour l'avenir dans la mesure de cette impossibilité, et ce, quelle qu'en soit la cause (fautive ou imputable à une cause étrangère). Cette solution est généralement fondée sur la nature des choses.

Cette référence à la nature des choses doit être bien comprise (3284). Contrairement à ce que l'on a parfois pu écrire (3285), il ne s'agit nullement d'un appel à un ordre naturel, généralement fantasmé et instrumentalisé (3286), dans lequel on prétendrait trouver des enseignements pertinents pour régir l'activité humaine. En effet, « [l]a nature des choses pour le juriste n'est pas un retour nostalgique ou camouflé à un droit naturel. C'est très prosaïquement la reconnaissance par le juriste d'un agencement de faits ou de circonstances qui, une fois reconnu, s'impose à lui soit dans l'ordre de la réalité physique qu'il imagine, soit dans l'ordre rationnel auquel il souscrit » (3287).

(3282) Cons. à ce propos les études fondamentales de P.A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74 et s. ; Id., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, n^{os} 10 et s., pp. 15 et s. ; Id., *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n^{os} 34 et s., pp. 53 et s. Voy. également C. CAUFFMAN, « Het verval van verbintenissen wegens het teloorgaan van hun voorwerp erkend als algemeen rechtsbeginsel », note sous Cass., 14 octobre 2004, *R.W.*, 2005-2006, pp. 860 et s. ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvalen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, pp. 761 et s. ; S. MOSSELMANS, *o.c.*, *R.W.*, 2005-2006, n^o 1, pp. 587 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994, n^{os} 23 et s., pp. 60 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n^{os} 649 et s., pp. 970 et s. Pour une application, voy. Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, n^o 460.

(3283) Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n^o 483, *R.W.*, 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN.

(3284) Voy. P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, o.c.*, n^{os} 20 et s., pp. 23 et s.

(3285) Voy. ainsi O. CORTEN et A. SCHAUSS, *Le droit comme idéologie. Introduction critique au droit*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 229.

(3286) Sur l'invocation récurrente, à des fins de domination, d'un prétendu droit naturel à l'encontre des minorités (femmes, noirs, homosexuels, juifs, etc.), cons. F. RIGAUX, *Plaisirs, interdits et pouvoir. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, Antwerpen, Kluwer, 2000, spéc. n^{os} 19, 20, 23, 81, 83 et 99.

(3287) P. FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 795 et s., spéc. p. 812.

Ainsi, par exemple, en cas de destruction des lieux loués, rien n'empêcherait conceptuellement ni matériellement d'imposer au bailleur de reconstruire ceux-ci ; mais c'est parce que, dans l'ordre rationnel dans lequel on se place, l'obligation du bailleur se limite à l'entretien de la chose sans inclure sa reconstruction que l'on peut considérer que son obligation de faire jouir le locataire, devenue impossible à exécuter en nature, s'est éteinte par la force des choses (3288).

La caducité produit au premier chef ses effets au niveau de l'obligation, sans préjuger du sort du contrat dont elle fait partie ; celui-ci ne sera dissous que si l'obligation devenue impossible à exécuter devait être considérée comme essentielle (3289).

II. On ne perdra pas de vue, cependant, que comme tout principe général du droit à valeur simplement législative, la caducité présente un caractère subsidiaire, en ce sens qu'elle doit céder en présence d'une disposition légale contraire (3290).

Ainsi, lorsque l'impossibilité d'exécution résulte de la faute du débiteur, la caducité du contrat ne peut empêcher son cocontractant de demander et d'obtenir encore la *résolution pour inexécution* du contrat, laquelle l'emporte alors dans ses conséquences sur les effets de la caducité (3291).

On peut citer en ce sens l'article 1705 du Code civil (3292) qui, en cas d'éviction d'un des copermutants, lui laisse encore la possibilité

(3288) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 39, p. 56.

(3289) Voy. P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, o.c., n° 57, p. 57.

(3290) Comp., à propos de l'apparence, *supra*, n° 297, V.

(3291) Voy. dans un sens similaire P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, o.c., n° 58, pp. 57 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 649, p. 970. Comp. S. STILNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 43, p. 87, pour qui le régime de la résolution pour inexécution ne pourrait plus intervenir que pour régler la question des dommages-intérêts, mais non le sort du contrat ; cet auteur considère toutefois, n° 48, p. 93, que les restitutions pourraient être ordonnées à titre de réparation en nature de la faute commise. Cependant, la réparation accordée sur la base du droit de la responsabilité n'a pas exactement la même portée que l'effet rétroactif de la résolution (voy. *infra*, n° 381) et, en particulier, ne concerne pas les tiers (comp. *infra*, n° 463) ; dès lors, il ne nous paraît pas possible de considérer que la réparation du dommage constitue un véritable substitut à l'effet rétroactif de la résolution.

(3292) « Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter la chose ».

d'agir en résolution, bien que l'obligation de son cocontractant soit devenue impossible à exécuter par la faute de ce dernier (3293).

Ce caractère subsidiaire de la caducité est également illustré par l'arrêt, déjà examiné (3294), du 4 février 2005, par lequel la Cour de cassation a décidé « [q]ue dans un contrat de vente la perte de la chose due n'entraîne pas nécessairement l'extinction des autres obligations résultant du contrat ; [q]u'en cette branche, le moyen qui est entièrement fondé sur l'hypothèse que la caducité de l'obligation d'une partie en raison de la perte de la chose entraîne l'annulation de l'obligation de l'autre partie, manque en droit ». Nous avons vu que cette décision s'explique, à notre sens, par la circonstance que les risques pesaient en l'espèce sur la tête de l'acheteur, malgré la clause de réserve de propriété insérée dans le contrat. Par application de la règle *res perit creditor*, la perte de la chose par cas fortuit ne suffisait donc pas à entraîner la dissolution du contrat, l'acheteur demeurant tenu d'acquitter le prix nonobstant la perte de la chose. On voit donc que, dans un tel cas de perte fortuite de la chose où l'objet essentiel du contrat vient ainsi à périr, le sort du contrat est réglé, non par une application mécanique de la théorie de la caducité par disparition de l'objet, mais bien par la théorie des risques qui y déroge.

Enfin, nous verrons que, dans un arrêt du 19 mai 2011, la Cour de cassation a considéré qu'en cas de concours entre plusieurs modes de dissolution du contrat produisant leurs effets à la même date, la résolution doit l'emporter (3295). Certes, il s'agissait seulement en l'espèce de trancher le concours entre la résolution du contrat et une rupture de celui-ci par l'effet d'un congé. La solution paraît toutefois également applicable à l'hypothèse du concours entre la résolution et la caducité du contrat par disparition de son objet.

III. Par ailleurs, lorsque la disparition de l'objet se produit *ex tunc*, il se peut que cette disparition rende rétroactivement *nuls* les contrats liés à défaut d'objet (3296).

IV. En conclusion, on peut donc distinguer la *caducité du contrat au sens strict*, où le contrat est dissous en raison de la seule caducité de son obligation caractéristique, et la *caducité du contrat au sens large*, où la dissolution de celui-ci procède

(3293) Voy. à ce propos T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 42, p. 29.

(3294) Voy. *supra*, n° 265, III.

(3295) Voy. *infra*, n° 355.

(3296) Tel sera normalement le cas en matière de vente (article 1599 du Code civil) et, en règle, pour les contrats accessoires de garantie, mais non, par exemple, en matière de bail puisque le bail de la chose d'autrui est valable (voy. *supra*, note n° 1597).

certaines indirectement de la perte de son objet, mais où les conséquences concrètes de cette dissolution sont régies par une institution légale distincte (théorie des risques, résolution judiciaire ou nullité) (3297).

Illustrons ce raisonnement par un exemple (3298). Soit le cas, classique, de la vente d'un immeuble de A à B suivie d'une revente de la chose par ce dernier à C. A obtient ensuite l'annulation de la première vente pour cause d'erreur. En raison de l'effet rétroactif de cette annulation, la seconde vente porte, dès l'origine, sur la chose d'autrui et est à ce titre également nulle (3299). On sait toutefois qu'une telle nullité est relative et ne peut être invoquée que par l'acheteur, soit en l'occurrence C (3300). Tout dépendra donc de savoir quelle partie se prévaudra de la dissolution de la seconde vente. S'il s'agit de C, il pourra demander la nullité de la vente pour le motif précité (3301). Au contraire, si c'est B qui décide d'agir en dissolution, il ne pourra ni demander la nullité du contrat, réservée à l'acheteur, ni même sa résolution, puisqu'il est en faute, ayant manqué à sa garantie d'éviction. Il pourra, en revanche, faire constater la caducité au sens strict du contrat en raison de l'impossibilité d'exécution de son obligation caractéristique, sans préjudice de sa responsabilité contractuelle vis-

(3297) Comp. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 45, p. 65 : « [L]e plus souvent, la question de la "caducité" [du] contrat se confondra avec celle de sa résolution pour inexécution fautive ou par application de la théorie des risques. La caducité ne jouera de manière autonome que lorsque c'est la partie en faute qui s'en prévaut ». On notera que d'autres institutions peuvent encore provoquer la caducité au sens large des contrats liés par l'objet. Ainsi, selon P.A. FORIERS (*ibid.*, n° 64, p. 77), l'entrepreneur principal qui provoque la résolution du contrat principal et rend ainsi impossible l'exécution du sous-traité résilie ce faisant celui-ci sur la base de l'article 1794 du Code civil.

(3298) Comp. déjà *supra*, n° 201.

(3299) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 715, p. 414 ; B. VAN DEN BERGH, « Over de *verus dominus*, de verkoper van andermans zaak en de koper zonder eigendomsrecht: een geval van stellionaat », note sous Bruxelles, 18 juin 2008, *R.G.D.C.*, pp. 237 et s., n° 6, p. 240. Il en va de même en cas de résolution pour inexécution de la première vente (J. BAECK, « Ontbinding en derden: niet storen a.u.b. », *T.P.R.*, 2009, pp. 689 et s., n° 34, p. 710).

(3300) Voy. *supra*, note n° 1736.

(3301) On pourrait *a priori* également envisager que C confirme la nullité et demande alors la résolution du contrat sur la base de la garantie d'éviction (B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2010, n° 8, p. 242 ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2011, n° 16, p. 31). Toutefois, il semble désormais que l'existence de l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui exclue le droit de l'acheteur d'introduire une action en résolution fondée sur le défaut du transfert de propriété (voy. Cass., 15 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 472, *R.W.*, 2011-2012, p. 1515, note N. VAN HIMME). Cette décision paraît s'inscrire dans un mouvement plus vaste tendant à éviter le concours d'actions en matière de vente (comp. ainsi Cass., 19 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 495, *R.D.C.*, 2008, p. 152, note H. DE WULF, *R.C.J.B.*, 2010, p. 5, note F. GLANSBORFF, faisant prévaloir l'action en garantie des vices cachés sur l'action en délivrance). Elle aboutit toutefois à réduire singulièrement le domaine de la garantie d'éviction.

à-vis de C. On voit donc qu'en fonction de la partie qui se prévaut de la dissolution et des options qui lui sont le cas échéant ouvertes, les conséquences juridiques peuvent être fort variées, sans que toutes les situations puissent se ramener à une caducité au sens strict du contrat.

329. Critère d'application. Compte tenu du fondement retenu, le critère utilisé pour déterminer si la nullité ou la résolution d'un contrat entraîne la dissolution des contrats qui lui sont liés par l'objet est assez simple : il s'agit simplement, mais il s'agit uniquement, de vérifier si cette annulation ou cette résolution rend impossible l'exécution en nature de ces autres contrats (3302).

Une application classique de ces principes concerne les *contrats de garantie*, que celle-ci soit de nature réelle (gage, hypothèque) ou personnelle (cautionnement). On exprime généralement cette idée par le caractère *accessoire de la sûreté* (3303). Sans qu'il apparaisse nécessaire de voir dans ce caractère accessoire autre chose qu'une image didactique dépourvue d'effets juridiques propres (3304), il suffit de constater que le contrat de garantie a pour objet l'obligation de garantie et devient dès lors, en règle, impossible à exécuter, à défaut d'objet, en cas d'annulation de cette obligation (3305).

(3302) Pour de nombreuses applications, cons. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 49 et s., pp. 67 et s.

(3303) Voy. Bruxelles, 10 septembre 2004, *Dr. banc. fin.*, 2006, p. 25, point 25, note K. MACOURS, conf. Comm. Bruxelles, 12 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 787, point 4.3, obs. J. BUYLE et M. DELIERNEUX ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, o.c., n° 561, pp. 253 et s. ; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, o.c., n° 103, p. 16 ; I. SAMOY, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 7, p. 563 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 419, p. 419.

(3304) Comp., à propos de la rétroactivité, *supra*, n° 47. Comme l'observe P.A. FORIERS, il est vrai dans un autre contexte, « [l]'idée que l'"accessoire suit le principal" résulte, en réalité, d'une observation de nature statistique. Mais il ne s'agit pas d'une règle invariable. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé qu'il ne s'agissait pas d'un principe général du droit » (P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 12, p. 236, se référant à Cass., 7 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 479).

(3305) Voy., à propos des sûretés personnelles, P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 65, pp. 78 et s. ; à propos du gage, les conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT avant Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 10 et s., spéc. p. 24 (« Il est aussi exact que le contrat de gage est nul, faute d'objet, si l'obligation qu'il garantit est elle-même nulle »). Il est vrai que, s'agissant des sûretés réelles conventionnelles, dire que le contrat qui y donne naissance a pour objet l'obligation garantie est sans doute un raccourci : en réalité, il a pour objet la constitution d'un droit réel de garantie affecté spécialement à la satisfaction de l'obligation garantie (M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, o.c., n° 512, p. 232). Il n'en demeure pas moins qu'en cas d'annulation de cette dernière, le droit réel de garantie ne peut être valablement

Par ailleurs, dans une *chaîne de contrats translatifs de propriété*, la nullité d'un contrat « en aval » demeure sans effet sur les contrats « en amont », puisque ceux-ci n'ont pas perdu leur objet (3306). La seule circonstance que tous ces contrats aient eu le même objet est donc, en soi, indifférente.

Pour apprécier l'existence d'une impossibilité d'exécution, il faut bien entendu tenir compte de toutes les exceptions à l'effet rétroactif.

C'est ainsi par exemple que, lorsque le sous-acquéreur a acquis la propriété de la chose par l'effet de l'article 2279 du Code civil (3307), la deuxième vente a été dûment exécutée à son égard et échappe donc à la caducité qui résulterait sinon de l'annulation de la première (3308).

On soulignera enfin que l'impossibilité d'exécution est une notion éminemment relative et qu'elle « s'apprécie de manière raisonnable en fonction de l'étendue des obligations souscrites » (3309).

Ainsi, bien qu'un contrat de garantie ait pour objet une obligation existante et qu'il deviendrait théoriquement impossible à exécuter en cas d'annulation de cette obligation, rien n'interdit en règle aux parties d'abstraire cette garantie de l'obligation garantie, sous réserve de l'abus manifeste ou de la fraude (3310).

Tout contrat de garantie est d'ailleurs, par nature, dans une certaine mesure abstrait dès lors que le garant ne pourrait exciper de la résolution de l'obligation principale lorsque celle-ci est imputable au débiteur principal. En effet, comme le rappelle parfaitement le sommaire d'un arrêt du 12 octobre 2000 rendu en matière de cautionnement, « les engagements de la caution sont précisément prévus pour faire face à l'éventualité de l'inexécution par le débiteur principal de ses obligations » (3311).

constitué, conformément aux règles propres au droit des biens, de sorte que le contrat de garantie perd alors son objet par voie de conséquence.

(3306) P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 52, p. 69.

(3307) Voy. à ce propos *supra*, n° 299.

(3308) Comp. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 53, p. 70.

(3309) P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 39, p. 56.

(3310) P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 65, p. 79.

(3311) Cass., 12 octobre 2000, *Pas.*, 2000, n° 547.

Franchissant une étape supplémentaire dans l'abstraction, la jurisprudence française tend même à considérer qu'en cas d'anéantissement rétroactif d'un prêt, les sûretés constituées pour garantir l'obligation de restitution du capital ne s'en trouvent pas affectées (3312). Si la justification avancée par la Cour de cassation de France laisse songeur (3313), la solution nous paraît en tout cas devoir être approuvée en cas de résolution, puisque, ici également, les sûretés ont été précisément consenties en ayant à l'esprit l'inexécution du débiteur principal, susceptible par nature d'entraîner la résolution de ses engagements. Quant à l'hypothèse d'une véritable annulation du prêt, la solution est plus surprenante, mais, compte tenu de l'identité du *quantum* des deux obligations de restitution (celle convenue et celle résultant de l'annulation), elle apparaît en tout cas assez pragmatique et pourrait dès lors se justifier, en fonction des circonstances, par une interprétation de la volonté des parties au contrat de sûreté à la lumière du principe de l'exécution de bonne foi (3314).

(3312) Voy. en cas de nullité du prêt : Cass. fr., 5 juillet 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 357 ; Cass. fr., 29 octobre 2002, *Bull.*, 2002, I, n° 253 ; Cass. fr., 1^{er} juillet 1997, *Bull.*, 1997, I, n° 224 ; Cass., 2 novembre 1994, *Bull.*, 1994, I, n° 321 ; Cass. fr., 25 mai 1992, *Bull.*, 1992, I, n° 154 ; Cass. fr., 17 novembre 1982, *Bull.*, 1982, IV, n° 357 ; de même, en cas de résolution du prêt, Cass. fr., 5 novembre 2008, *Bull.*, 2008, III, n° 167, *Rev. contrats*, 2009, p. 205, obs. critique D. HOUTCIEFF ; voy. également l'article 1162-1, alinéa 1^{er}, du **Projet Catala** ; l'article 97 du **Projet de la Chancellerie**. Pour une critique, voy. M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 65 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 163, pp. 179 et s.

(3313) Elle considère en effet « que tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion des conventions annulées, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable et que les garanties en considération desquelles le prêt a été consenti subsistent tant que cette obligation n'est pas éteinte ». On a tenté d'expliquer ces motifs par l'idée que le prêt est contrat réel, dont il résulterait que la remise des fonds et l'obligation corrélative de restitution échappent à l'effet rétroactif de l'annulation (L. AYNES, « Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », note sous Cass. fr., 1^{er} juillet 1997, *D.*, 1998, pp. 32 et s., sous note n° 16). L'explication nous laisse sceptique, non seulement parce que le caractère réel du prêt apparaît de plus en plus comme une survivance historique dépourvue de justification rationnelle (L. RUET, « Le sort des garanties en cas d'annulation du prêt bancaire », note sous Cass. fr., 5 juillet 2006, *Petites Affiches*, 14 décembre 2006, n° 249, p. 12 ; de manière générale, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, o.c.*, n° 22129, pp. 863 et s. ; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, pp. 164 et s.), mais surtout parce qu'au regard des obligations de restitution nées de l'annulation, il importe peu que la remise de la chose ait constitué une condition de formation du contrat ou l'exécution de celui-ci (voy. *supra*, n° 253, D).

(3314) Voy. en ce sens, **en droit allemand**, BGH, 12 décembre 2006, XI ZR 20/06, point 22 ; BGH, 15 mars 2001, IX ZR 273/98, point III, 1, a), bb). La Cour de justice fédérale estime cependant qu'une extension du cautionnement à la dette de restitution fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut être automatique, mais doit être admise sur la base d'une série de critères, parmi lesquels la question de savoir si les sommes versées poursuivaient le même but que le prêt conclu, si elles ont été mises à disposition aux mêmes conditions (notamment quand au moment où la restitution intervient), si ce faisant le risque couru

330. Dimension temporelle. Les conséquences dans le temps de la caducité (au sens large) des contrats liés par disparition de leur objet doivent s'apprécier au regard de l'institution qui en gouverne précisément les effets (3315).

Comme nous l'avons vu, il peut s'agir de nullité ou de la résolution judiciaire, et la question de leur effet rétroactif se pose alors dans les mêmes termes que pour un contrat ordinaire.

Il peut également s'agir de la théorie des risques ou du mécanisme de la caducité du contrat au sens strict. En ce cas, on enseigne généralement qu'ils produisent leurs effets *ex nunc* (3316). On a cependant fait observer, à juste titre, que lorsque le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, l'interdépendance des obligations existant dans les contrats synallagmatiques pouvait commander, dans certains cas, de conférer à la dissolution du contrat un effet rétroactif (3317).

Un arrêt de la Cour de cassation, déjà évoqué (3318), du 9 novembre 1995, en fournit l'illustration dans le domaine de la théorie des risques. Dans cette affaire, un vendeur avait assorti la vente de deux camions d'une clause en retardant le transfert de propriété et avait déjà perçu une partie du prix. Les deux camions avaient ensuite péri à la suite d'un incendie constitutif de force majeure. Ayant décidé, de manière certes discutable, que la clause de réserve de propriété avait pour effet de retarder également le transfert des risques qui continuaient donc à peser sur la tête du vendeur, la Cour en déduit que celui-ci, « sauf clause contraire, ne peut plus obtenir le paiement du prix et est tenu de restituer à l'acheteur le prix ou la partie du prix déjà payée ; que, toutefois, le vendeur a droit à la contre-valeur de la jouissance de la chose par l'acheteur ». Bien qu'elle ne le dise pas expressément, elle nous paraît conférer ainsi à la dissolution du contrat dans les relations entre les parties un effet rétroactif, au moins au sens large (3319).

par la caution n'est pas aggravé, si la caution poursuivait un intérêt économique propre et si elle revêtait la qualité de professionnel.

(3315) Voy. *supra*, n° 328.

(3316) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 568, p. 852 et tome II, o.c., n° 650, p. 973.

(3317) Voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, o.c., n° 57, p. 136, note n° 393 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., nos 44 et s., pp. 64 et s. ; comp. S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 48, p. 93, et les précisions données *supra*, note n° 3291.

(3318) Voy. *supra*, n° 265, III.

(3319) Sur la distinction entre la rétroactivité *sensu lato* et *sensu stricto*, voy. *supra*, n° 58.

En effet, cette rétroactivité constitue non seulement le fondement de la restitution de l'acompte sur le prix déjà perçu, mais également de l'obligation de l'acheteur de payer une indemnité de jouissance : si le contrat ne s'était éteint que pour l'avenir, alors sa dissolution ne remettrait pas en cause le droit de jouir de la chose que l'acheteur puisait dans le contrat avant sa dissolution.

2. – Contrats liés par la cause

331. Critère d'application. Envisageons maintenant un second type d'ensembles contractuels, à savoir les groupes de contrats liés, non par l'objet, mais par la cause (3320). Au-delà des discussions relatives aux principes juridiques à l'oeuvre, il existe à cet égard un large consensus sur le critère permettant de conclure à l'effet de contagion de la dissolution d'un des contrats sur les autres contrats du groupe. S'écartant du plan que nous avons suivi à propos des contrats liés par l'objet, nous partirons donc ici de ce critère avant de rechercher s'il correspond à un mécanisme unique.

La condition fondamentale pour que le sort de plusieurs contrats soit lié paraît bien être, depuis longtemps, le fait que ces contrats puissent être considérés comme *indivisibles* (3321). Cette condition appelle certaines observations.

I. Tout d'abord, l'indivisibilité va au-delà de la simple appartenance des contrats à une même opération ou ensemble

(3320) Il va de soi que la cause est ici entendue dans le sens unitaire qu'elle possède en droit positif belge, à savoir l'ensemble des mobiles déterminants entrés dans le champ contractuel (voy. à ce propos Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n°s 193 et s., pp. 302 et s.) Si l'on envisageait la cause dans son sens purement objectif, à savoir la contrepartie de l'obligation, alors la question des contrats groupés par la cause se confondrait en réalité avec celle des contrats groupés par l'objet (voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 72, pp. 85 et s.). C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles, **en France**, où la cause est conçue traditionnellement de manière dualiste, on estime cette notion impropre à résoudre la problématique des groupes de contrats (voy. S. AMRANI-MEKKI, o.c., *Rép. Defrénois*, 2002, pp. 355 et s., n° 17).

(3321) Voy. Cass., 10 janvier 2014, n° C.13.0123.F (dont les motifs donnent l'impression qu'il tranche un problème de nullité partielle d'un contrat unique, mais qui concerne en réalité la question de savoir si la nullité d'une sûreté doit entraîner la nullité du contrat principal garanti) ; J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, pp. 1 et s., n° 6, pp. 7 et s. ; depuis lors, voy. S. AMRANI-MEKKI, o.c., *Rép. Defrénois*, 2002, pp. 355 et s., n° 26 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 189, p. 148 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 496, pp. 555 et s. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. I, o.c., n° 329-2, p. 323 ; I. SAMOY, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 6, pp. 562 et s. ;

d'opérations. Elle implique un lien d'une intensité telle qu'un des contrats ne puisse survivre à l'anéantissement des autres (3322). Ainsi, « le seul fait pour plusieurs contrats de s'inscrire, même de la volonté consciente des parties, dans le cadre d'une même opération n'implique pas que ceux-ci participent véritablement de la même cause » (3323) ; une pure dépendance économique ne suffit donc pas (3324). Il paraît dès lors excessif d'affirmer de manière générale qu'en cas d'annulation, « tous les faits et actes juridiques qui ont suivi le contrat deviennent sans cause juridique » (3325).

II. Ensuite, cette indivisibilité peut être entendue tantôt dans un sens *subjectif* (volonté des parties de lier le sort des contrats groupés) (3326), tantôt dans un sens *objectif* (interdépendance des contrats, compte tenu de leur objet et de leur but) (3327). Elle doit, en d'autres termes, être entrée dans le champ contractuel (3328). La complémentarité de ces deux approches (3329) ne doit pas nous surprendre : fréquente en droit des obligations, elle aborde simplement un même phénomène sous deux angles complémentaires et n'aboutit pas, en pratique, à des solutions sensiblement différentes (3330).

(3322) Comp. la formule du Bundesgerichtshof : des contrats distincts forment une unité juridique lorsque les parties ont la volonté de lier ces contrats de telle manière « dass sie miteinander stehen und fallen sollen » (BGH, 22 juillet 2010, VII ZR 246/08, point 8 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 35, n° 502, p. 199).

(3323) P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 91, p. 102 ; de même, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 102, pp. 116 et s.

(3324) BGH, 30 mars 2011, VIII ZR 94/10, point 24.

(3325) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 221, p. 173 (mais comp., de manière plus nuancée, n° 189, p. 149). Ainsi, contrairement à ce qu'avance cet auteur, il nous paraît douteux, par exemple, qu'en cas d'annulation de la vente d'une chose, la mise en location consécutive de cette chose soit automatiquement privée de cause. En règle, en effet, la validité de cette vente nous paraît étrangère aux mobiles déterminants des parties au contrat de location. Au contraire, le locataire doit pouvoir mettre en oeuvre la garantie d'éviction du bailleur sans que celui-ci puisse lui opposer la nullité du bail. Voy. également *supra*, n°s 300 et s.

(3326) Voy. en ce sens Cass. fr., 28 octobre 2010, *Bull.*, 2010, I, n° 213, *D.*, 2011, p. 566, note D. MAZEAUD ; BGH, 22 juillet 2010, VII ZR 246/08, point 8 ; Cass. fr., 18 décembre 2007, *Bull.*, 2007, IV, n° 268 ; Cass. fr., 1^{er} juillet 1997, *Bull.*, 2007, I, n° 224.

(3327) Voy., en ce sens, Cass. fr., 13 mars 2008, *Bull.*, 2008, I, n° 72 ; Cass. fr., 13 février 2007, *Bull.*, 2007, IV, n° 43 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 35, n° 502, p. 199.

(3328) Cette notion de champ contractuel, qui inclut à la fois une analyse objective du contrat et une recherche des mobiles plus subjectifs des parties, est empruntée à la théorie de la cause (voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 200, pp. 315 et s.).

(3329) Dans le même sens, D. MAZEAUD, *o.c.*, *D.*, 2011, n° 10, p. 569.

(3330) Comp., à propos de l'interprétation du contrat, *supra*, n° 106 ; de la nullité partielle, *supra*, n° 310.

On peut dès lors s'étonner de la motivation de deux arrêts rendus en chambre mixte par la Cour de cassation de France, décidant au visa de l'article 1134 du Code civil que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance » (3331). Plutôt que d'opposer ainsi approches subjective (la clause de divisibilité) et objective (l'interdépendance des contrats), il nous eût paru préférable de rechercher, sans s'arrêter à la lettre de la clause de divisibilité, si celle-ci reflétait l'intention réelle des parties, telle qu'elle pouvait ressortir notamment de l'analyse objective des autres clauses du contrat (article 1156 du Code civil) (3332). Si, néanmoins, les parties avaient véritablement eu l'intention de garder les contrats indépendants l'un de l'autre, nous avouons ne pas apercevoir en l'espèce sur quelle base juridique la clause de divisibilité pourrait être déclarée non écrite.

III. Se pose également la question de savoir à quel niveau cette double analyse doit être menée : au niveau du groupe ou de chaque contrat pris individuellement ? Le principe de l'isolationnisme contractuel (3333) conduit nécessairement à préconiser la seconde branche de l'alternative. En effet, le groupe de contrats n'a pas, en tant que tel, d'existence juridique propre ; on ne peut, à notre sens, parler de « cause » du groupe ou d'intention commune des « parties » à ce groupe, si ce n'est dans un sens imagé dépourvu de portée technique.

Par conséquent, c'est *au niveau de chaque contrat considéré isolément* qu'il s'agira de vérifier si, compte tenu de l'intention commune des parties à ce contrat et de son économie, celui-ci doit pouvoir survivre à la dissolution d'un autre contrat du groupe ou s'il doit au contraire subir le même sort que celui-ci (3334).

IV. On s'aperçoit ainsi que le lien de dépendance dont il est ici question peut dans certains cas n'être qu'unilatéral ou *asymétrique* (3335). Ainsi, il se peut parfaitement qu'un contrat du

(3331) Cass. fr., 17 mai 2013, n° 11-22.927 et n° 11-22.768 (deux espèces), *D.*, 2013, p. 1659, note crit. D. MAZEAUD.

(3332) Comp., en matière de nullité partielle, *supra*, n° 311, I.

(3333) Voy. *supra*, n° 325, I.

(3334) Comp., en droit allemand, *infra*, n° 332, I.

(3335) D'un point de vue sémantique, certains auteurs préfèrent réserver le terme « indivisibilité » à l'hypothèse d'une dépendance multilatérale et parler de lien d'accessoire à principal en cas de dépendance unilatérale : voy. S. AMRANI-MEKKI, *o.c.*, *Rép. Defrénois*, 2002, pp. 355 et s., n° 2 et les références citées à la note n° 9 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 99, pp. 113 et s.

groupe ne puisse survivre sans les autres, mais qu'à l'inverse, ceux-ci soient indifférents au sort du premier.

On pense par exemple aux relations entre un engagement principal et un cautionnement, le premier pouvant exister sans le second, mais non l'inverse, du moins en règle (3336).

V. Enfin, on rappellera que, sous réserve que l'opération ne soit pas elle-même dotée d'une cause illicite, il est permis aux parties d'*abstraire un contrat de sa cause* (3337). Elles peuvent ainsi moduler comme elles l'entendent la dépendance d'un contrat par rapport aux autres contrats de l'ensemble (3338).

Outre les garanties abstraites, qui relèvent plutôt de la problématique des contrats liés par l'objet (3339), on peut citer l'exemple, désormais classique, de la *location-financement* ou *leasing*. Sous réserve des règles particulières applicables en matière de crédit à la consommation (3340), la pratique contractuelle est en effet fixée en ce sens qu'elle détache systématiquement le sort du contrat de financement de celui du contrat de fourniture ; la dissolution de celui-ci demeure dès lors en règle sans effet sur celui-là (3341).

Par ailleurs, il nous semble que l'anéantissement en cascade des contrats liés par la cause devra être moins facilement admis lorsque cet anéantissement résulte de la résolution d'un des contrats plutôt que de son annulation. En effet, les parties peuvent en principe compter sur la validité des opérations juridiques qui sont conclues. Par conséquent, l'annulation de l'une d'elles constitue une circonstance anormale de nature à déjouer leurs prévisions, qui justifie que

(3336) Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, o.c., n° 103, p. 16. S'agissant d'une obligation de garantie, la question doit également être examinée sous l'angle de la perte de son objet : voy. *supra*, n° 329. Comp. également, à propos des liens entre l'obligation principale et la clause pénale, *supra*, n° 312, I.

(3337) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 211, p. 331 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 301, p. 266.

(3338) On parle alors souvent de clause de divisibilité. Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 87, pp. 99 et s. ; D. MAZEAUD, o.c., *D.*, 2011, n° 3, p. 567 ; I. SAMOY, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 53, p. 594.

(3339) Voy. *supra*, n° 329.

(3340) Voy. à ce sujet *supra*, n° 325, II.

(3341) Voy. Cass. fr., 28 octobre 2010, *D.*, 2010, p. 2703, note X. DELPECH ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 60, pp. 73 et s. ; comp. également Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 291, avec les conclusions de M. l'avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN, à propos des conséquences de la perte de la chose donnée en location-financement. **En droit néerlandais**, la divisibilité de la convention de financement paraît moins facilement admise, et doit être appréciée sur la base d'une analyse de l'ensemble des éléments de la cause : voy. Hoge Raad, 23 janvier 1998, *N.J.*, 1999, n° 97, point 3.4.2, avec les conclusions de M. l'avocat général HARTKAMP et la note de J.B.M. VRANKEN.

les autres opérations liées soient également remises en cause. En revanche, la possibilité qu'un contrat conclu demeure inexécuté et soit à ce titre résolu constitue certes une circonstance malheureuse, mais néanmoins un risque inhérent à tout accord de volontés. Dès lors, il pourra être plus facilement considéré que ce risque a été pris en compte par les parties lors de la conclusion des opérations liées et que, sauf circonstances particulières de nature à faire admettre l'existence d'un lien renforcé entre ces opérations, la résolution de l'une d'elles ne doit pas entraîner automatiquement la dissolution par répercussion des autres (3342).

332. Fondement de la contagion. Le principe de la dissolution des contrats indivisiblement liés par la cause au contrat annulé étant acquis, il reste à en déterminer le fondement technique. Plusieurs pistes peuvent à cet égard être suivies.

I. La première consiste à faire de l'*indivisibilité* des contrats, non seulement le critère, mais également le fondement juridique autonome de la contagion de la nullité ou de la résolution (3343).

Un arrêt de la Cour de cassation du 8 septembre 1995 illustre une telle approche sur le terrain de l'exception d'inexécution (3344). Dans cette affaire, les parties avaient conclu à quelques années d'intervalle deux conventions, à savoir une concession exclusive de vente et une concession du droit à la marque, cette dernière moyennant une obligation d'approvisionnement exclusif auprès du concédant. Ayant constaté que « les deux conventions formaient, dans l'intention des

(3342) Voy. en ce sens P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 85, p. 99 ; comp. dans le même sens P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, pp. 676 et s., n° 5, p. 677, sur ce qu'une opération visant à mettre le patrimoine d'une personne poursuivie pour avoir commis une infraction à l'abri des poursuites éventuelles de ses créanciers n'est pas privée de cause en cas d'acquiescement ultérieur (« Le testateur aurait en effet pris en compte un risque bien réel avec tous ses aléas, donc la possibilité qu'il ne se concrétise pas en raison notamment d'une décision éventuelle d'acquiescement. La cause des dispositions testamentaires n'aurait dès lors pas été erronée, même rétrospectivement. Il est tout aussi difficile de considérer que cette cause, ainsi définie, aurait disparu. »).

(3343) Voy. S. AMRANI-MEKKI, o.c., *Rép. Defrénois*, 2002, pp. 355 et s., n°s 23 et s. ; dans le même sens, I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, o.c., n° 462, pp. 459 et s. ; S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de la cause », note sous Cass., 14 mars 2008 et 12 décembre 2008, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 350 et s., n° 21, p. 376.

(3344) Cass., 8 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 785. Pour le rapprochement de cette décision avec la problématique des groupes de contrats, voy. I. CLAEYS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 95, p. 313 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, o.c., n° 30, p. 50.

parties, un ensemble indissociable et se trouvaient dans un rapport synallagmatique », l'arrêt attaqué avait pu légalement déduire du manquement du concédant à ses obligations au titre du premier contrat le droit pour le concessionnaire d'opposer l'exception d'inexécution à l'obligation d'approvisionnement prévue dans le second contrat. On voit ainsi l'indivisibilité devenir une véritable source de droit, puisque l'exception d'inexécution ne peut jouer normalement qu'au sein du même rapport juridique (3345).

On peut citer, dans un ordre d'idées voisin, un arrêt du 6 avril 1972 (3346). Dans cette affaire, l'acquéreur d'un fonds de commerce avait également conclu, à un jour d'intervalle, un contrat de sous-location d'un garage dont dépendait l'exploitation du fonds de commerce. Le garage appartenait au vendeur du fonds de commerce, de sorte que celui-ci, en tant que bailleur principal, n'était pas en relation contractuelle directe avec l'acheteur et n'était donc normalement pas tenu de lui garantir l'occupation paisible des lieux loués. La Cour de cassation relève toutefois que, selon les constatations du juge du fond, les deux contrats « ont été conclus l'un en vue de l'autre et sont donc étroitement liés », ce dont elle déduit qu'ainsi « leur ensemble constitue une seule convention ». Dès lors, l'arrêt attaqué a pu légalement décider que le vendeur du fonds de commerce était tenu de garantir l'acheteur contre toute éviction des lieux sous-loués, dont dépendait l'exploitation du fonds de commerce. Ici également, l'indivisibilité de deux conventions permet donc de les fondre en un seul rapport juridique et, ainsi, d'étendre les effets d'une institution propre à un contrat (en l'occurrence, la garantie d'éviction du vendeur) à des questions relevant normalement de l'autre contrat (en l'occurrence, l'occupation paisible des lieux sous-loués).

Si, comme en matière d'exception d'inexécution, on admet que l'indivisibilité de deux contrats puisse avoir pour conséquence de fondre ceux-ci en un même rapport juridique, et qu'on sait par ailleurs qu'au sein d'un tel rapport, c'est bien l'indivisibilité qui sert de critère pour conclure à la dissolution totale ou partielle de l'opération (3347), alors on pourrait être tenté de conclure que l'indivisibilité constitue en soi le fondement de la dissolution par contagion des groupes de contrat (3348).

(3345) Voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges, o.c.*, n° 1708, p. 737.

(3346) Cass., 6 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 720.

(3347) Voy. *supra*, n° 310 (nullité) et *infra*, n° 479 (résolution).

(3348) Sur ce rapprochement de la problématique des nullités partielles et de celle des groupes de contrats, voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, *o.c.*, *Les nullités en droit belge*, p. 99 ;

Nous répugnons toutefois à nous engager dans cette voie. En effet, comme nous allons le montrer, le droit commun offre déjà des ressources suffisantes pour justifier ce résultat et, même si le seul caractère redondant d'une règle ne suffit pas en soi à l'exclure du droit positif (3349), nous n'apercevons pas en l'espèce l'intérêt de la reconnaissance d'une nouvelle institution, d'autant que ses effets exacts seront nécessairement moins bien connus que les institutions existantes, spécialement en ce qui concerne ses effets dans le temps (dissolution *ex tunc* ou *ex nunc* ?) (3350).

Par ailleurs, admettre, comme en matière d'exception d'inexécution, que l'indivisibilité parvienne à fondre plusieurs contrats conclus entre les mêmes parties en un seul rapport juridique est une chose ; considérer qu'il puisse en aller de même en présence de plusieurs contrats dont les parties sont totalement ou partiellement différentes en est une autre, à laquelle le principe de la relativité des conventions doit normalement s'opposer, sauf le cas où l'indivisibilité est acquise dans l'intention de l'ensemble des parties concernées (3351). Nous avons toutefois vu qu'il ne doit pas nécessairement en aller ainsi, et que la dépendance d'un contrat par rapport à l'autre peut n'être qu'unilatérale (3352). Or, on ne peut dans, dans ce cas, parler d'un rapport juridique unique. La notion d'indivisibilité paraît donc constituer un fondement insuffisant pour justifier l'ensemble des solutions admises en matière de contrats liés par la cause.

L'étude du **droit allemand** nous conforte dans cette analyse. La problématique des contrats liés par la cause y est abordée à travers le concept d'acte juridique unique (*einheitliches Rechtsgeschäft*), le régime de la nullité partielle prévu au § 139 du BGB étant alors

I. CLAEYS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 64, p. 312 ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n°s 28 et s., pp. 48 et s. ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 6, pp. 562 et s.

(3349) Comp. *supra*, n° 57, I, à propos de la rétroactivité.

(3350) Sur ce principe d'économie, comp. *supra*, n° 180 ; comp. également la méfiance à l'égard des explications *sui generis, supra*, n° 26, I. Dans le même sens, I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 6, p. 563.

(3351) On relèvera à cet égard que, dans l'arrêt précité du 6 avril 1972, la Cour de cassation prend le soin de relever que la sous-location n'avait pu être conclue qu'avec l'accord du vendeur du fonds de commerce. Il n'y avait dès lors aucune objection, après avoir constaté l'indivisibilité des deux conventions, à lui imposer de garantir l'occupation paisible des lieux loués. Il nous paraît en revanche beaucoup plus douteux que l'on puisse aboutir à la même conclusion si, nonobstant l'indivisibilité objective des conventions, le vendeur du fonds de commerce n'avait pas marqué son accord sur la sous-location.

(3352) Voy. *supra*, n° 331, IV.

appliqué à cet acte unique (3353). Certes, il importe peu, à cet égard, que l'acte unique soit établi par plusieurs *instrumenta*, qu'il relève de plusieurs types de contrats ou qu'il implique des personnes partiellement différentes (3354). Il est néanmoins requis que l'ensemble des parties aient à tout le moins eu la volonté de faire en sorte que les différents contrats ne puissent survivre l'un sans l'autre ou, à tout le moins, que l'une des parties ait exprimé cette volonté et que les autres parties en aient eu connaissance et ne s'y soient pas opposées (3355). Transposés dans les termes du droit belge, ces principes impliquent donc, pour que l'on puisse parler d'un rapport juridique unique, que le lien de dépendance soit entré dans le champ de chacun des contrats conclus, ce qui demeure conforme au principe de l'isolationnisme contractuel.

II. Un deuxième fondement parfois avancé est un prétendu principe de *caducité du contrat par disparition de la cause* (3356). En droit belge, celui-ci apparaît toutefois très discutable. En effet, si l'on excepte le cas tout à fait particulier des testaments et de la convention de tontine (3357), il paraît acquis, en droit positif, que la disparition de la cause d'un acte juridique demeure en règle sans effet sur celui-ci, qu'il soit conclu à titre onéreux ou même à titre gratuit (3358).

(3353) Voy. J. BUSCHE, *o.c.*, *Münchener Kommentar*, § 139, n^{os} 16 et s. ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, pp. 571 et s. ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 45, n^{os} 7 et s., pp. 819 et s. ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 35, p. 502.

(3354) BGH, 30 mars 2011, VIII ZR 94/10, point 24. Ce dernier point est cependant controversé : pour certains auteurs, en présence de parties différentes, le sort des contrats ne pourrait être lié qu'en vertu d'un autre fondement, tel que l'existence d'une condition résolutoire ou la théorie de l'écroulement de bases fondamentales du contrat (D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 35, n^o 503, p. 199 ; voy. également W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 32, p. 572).

(3355) BGH, 30 mars 2011, VIII ZR 94/10, point 24 (*adde* point 26 où il est constaté que cette condition n'était pas remplie en l'espèce) ; dans le même sens, **en droit français**, D. MAZEAUD, *o.c.*, D., 2011, n^o 11, p. 569, ainsi que l'article 1172-2 du **Projet Catala** (à propos de l'opposabilité des clauses de responsabilité et des clauses de règlement des différends).

(3356) En ce sens, voy. Cass. fr., 5 juin 2007, *Bull.*, 2007, IV, n^o 156 ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n^o 37, pp. 583 et s. (en termes prudents).

(3357) Sur le testament, voy. Cass., 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 77, note J.-F. ROMAIN. Sur la tontine, voy. Cass., 6 mars 2014, n^o C.13.0362.N, point 2, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général VAN INGELGEM, *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER, *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. MICHIELS.

(3358) Voy. Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n^o 723, rendu sur conclusions contraires de M. l'avocat général VANDEWAL (qui concluait à la nouveauté du moyen), *R.C.J.B.*, 2011, p. 329, note S. NUDELHOLC ; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n^{os} 71 et s., pp. 84 et s. ; S. STIJNS, *o.c.*, *Verbintenissenrecht*, n^o 62, p. 68. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n^{os} 651 et s., pp. 974 et s. À cet égard, nous ne partageons pas la lecture de l'arrêt du 12 décembre 2008 donnée par P. DELNOY, « Caducité, nullité et

III. Nous en venons maintenant au troisième fondement, qui nous paraît être le plus approprié pour justifier l'anéantissement en cascade des contrats liés par la cause : il s'agit de l'*erreur sur la cause* (3359).

On sait en effet que l'erreur sur la cause ou la fausse cause justifie l'annulation du contrat (article 1131 du Code civil). Certes, cette question doit normalement s'apprécier, comme toute condition de validité, au moment de la conclusion du contrat (3360). Toutefois, le caractère rétroactif de la nullité du contrat a pour effet de reporter l'annulation au moment de la conclusion de ce contrat ; par conséquent, cette annulation aura pour effet rendre fausse la cause de tous les autres contrats conclus en considération du contrat annulé (3361).

révocation en matière de donations entre vifs. La tyrannie des mots en droit C. l'arrêt de la Cour de cassation (1^{re} ch.), du 12 décembre 2008 », *J.T.*, 2010, pp. 321 et s. Selon cet auteur, la Cour aurait interprété l'arrêt attaqué comme s'étant prononcé sur la validité – et non sur la caducité – du contrat, de sorte que sa décision se limiterait à cette question. S'il est vrai que la rédaction de l'arrêt témoigne sur ce point d'un certain flottement terminologique, qui n'est au demeurant pas nouveau (voy. l'arrêt du 21 janvier 2000, cité à la note précédente, qui décidait déjà que « l'existence de la cause doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et que sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte » sans évoquer expressément sa caducité) et se situe dans la ligne du grief formulé par le pourvoi, il n'en demeure pas moins que le *Rapport annuel 2008* de la Cour de cassation (p. 32) fait apparaître clairement qu'aux yeux de la Cour, l'arrêt attaqué avait constaté la caducité de la donation, et que c'est bien cette décision qui a entraîné la cassation.

(3359) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 78, pp. 93 et s.

(3360) Voy. Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 723, précité ; Cass., 24 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 428 (qui précise que « toutefois, pour contester la validité d'un contrat, une partie peut invoquer l'ignorance du caractère faux de la cause qui l'a déterminée à contracter, lorsque cette fausseté apparaît postérieurement à la formation du contrat »).

(3361) P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, pp. 676 et s., n° 16, p. 679. Comp. les conclusions de M. l'avocat général GENICOT avant Cass., 5 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 148. Celui-ci considère que l'annulation rétroactive de la délibération du collège des bourgmestre et échevins par l'autorité de tutelle entraîne la nullité du contrat conclu par la commune pour absence de consentement (point 2). En revanche, cette même annulation n'aurait pas pour effet d'affecter le contrat d'une cause illicite dès lors que cette annulation, « par définition postérieure au contrat, pourrait difficilement à lui seul justifier l'existence d'une cause illicite au moment du contrat (sauf à démontrer la présence à ce moment de mobiles déterminants en ce sens et sous réserve de l'admission de l'existence d'un consentement) » (point 4). Nous avouons ne pas apercevoir pour quel motif l'annulation par l'autorité de tutelle pourrait ainsi retentir rétroactivement sur le consentement, mais non sur la cause. Quoi qu'il en soit, la réserve faite quant à l'existence de « mobiles déterminants en ce sens » paraît indiquer que, dans l'esprit du ministère public, cette annulation rétroactive pourrait néanmoins être invoquée pour justifier *a posteriori* l'existence d'une erreur sur la cause.

On l'a contesté en faisant valoir qu'un tel raisonnement prêterait des conséquences excessives à l'effet rétroactif de l'annulation et que « [d]e retroactieve werking van de nietigheid moet beperkt worden tot de interne gevolgen van de overeenkomst die nietig verklaard wordt » (3362).

Nous ne pouvons souscrire à cette argumentation. Nous avons vu, en effet, que la nullité produit en règle son effet rétroactif même à l'égard des tiers et qu'elle concerne donc tant les effets internes que les effets externes de la convention (3363). Par ailleurs, bien que la jurisprudence de la Cour de cassation n'ait pas encore pu se prononcer sur ce cas précis, deux décisions récentes conduisent à conforter le raisonnement que nous défendons.

Ainsi, un arrêt du 6 février 2009 décide que « [l]'erreur peut [...] consister dans le fait que la convention a été conclue à la suite d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose résultant de ce qu'en raison de l'annulation d'une décision administrative, ces qualités n'existaient rétroactivement pas au moment de la conclusion de la convention de vente de la chose » (3364). Cet enseignement peut aisément être transposé aux groupes de contrats si l'on admet que l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif produit des effets comparables à l'annulation d'un contrat et si l'on transpose l'enseignement esquissé à propos de l'erreur sur la substance à l'hypothèse de l'erreur sur la cause.

Une affaire tranchée par l'arrêt du 14 mars 2008 offre une illustration plus proche encore de notre sujet (3365). Dans cette affaire, la totalité des actions d'une société de blanchisserie avait été cédée à deux acheteurs, qui s'étaient ensuite portés acquéreurs du terrain contigu à celui occupé par la société. Un prix favorable leur avait été accordé pour la reprise du terrain, compte tenu du prix déjà convenu pour la cession des actions. Ce dernier prix ne fut cependant pas entièrement acquitté, et les parties convinrent de considérer la cession des actions comme résolue. Toutefois, les acquéreurs refusèrent de considérer également comme anéantie la vente du terrain, probablement en raison du prix favorable qu'ils avaient obtenu. La Cour d'appel de Liège annula cependant cette seconde vente en relevant que le mobile déterminant qui avait incité les parties à conclure la vente du terrain était la convention de cession des actions de la

(3362) I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 22, p. 576.

(3363) *Voy. supra*, n°s 291 et s.

(3364) Cass., 6 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 99.

(3365) Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181.

société de blanchisserie (3366). La Cour de cassation rejette le pourvoi dirigé contre cette décision en apportant des précisions sur la notion de cause (3367). Certes, elle n'était pas spécifiquement saisie de la question de savoir si la dissolution d'un contrat pouvait engendrer une erreur sur la cause dans les contrats liés, et il est vrai qu'un tel raisonnement peut s'avérer problématique lorsque cette dissolution résulte, comme en l'espèce, non de l'annulation, mais de la résolution (amiable) du contrat (3368). Mais, pour le reste, la démarche suivie par le juge du fond ainsi que les précisions apportées par la Cour nous confortent dans l'idée que l'erreur sur la cause constitue un fondement efficace pour propager la nullité au sein des groupes de contrats.

On observera encore que l'erreur sur la cause devrait même pouvoir être invoquée pour anéantir un contrat conclu *avant* le contrat annulé, pour autant bien sûr qu'ils soient liés par la cause. Supposons par exemple, dans l'affaire qui vient d'être évoquée, que le contrat de vente du terrain ait été conclu en considération du contrat de cession d'actions appelé à être conclu ultérieurement. En cas d'annulation de ce dernier, ou simplement s'il n'est jamais conclu, il faudra à notre sens considérer que le contrat de vente du terrain reposait sur une fausse cause, à savoir la croyance erronée que les actions seraient (valablement) cédées à une date ultérieure (3369).

IV. L'erreur sur la cause apparaîtra sans doute plus difficile à invoquer lorsque le contrat lié est anéanti, non en raison d'une cause de nullité, mais de sa résolution pour inexécution. Nous verrons en effet que celle-ci produit des effets moins étendus que la nullité et, notamment, ne va pas jusqu'à remettre en cause la conclusion même de l'accord résolu, mais seulement son exécution (3370). Dans ces conditions, peut-on aller jusqu'à soutenir que la résolution d'un contrat suffit à priver rétroactivement de sa cause une autre opération ? (3371)

L'affirmative nous paraît défendable dans les cas où la cause de l'opération pourra être définie comme étant, non simplement la

(3366) Liège, 23 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1884, somm.

(3367) Ainsi, elle consacre, dans cette décision, la définition unitaire de la cause défendue par le professeur Van Ommeslaghe (voy. *supra*, n° 331) et précise que « [d]ès lors que le mobile qui a déterminé les parties à contracter leur était commun, chacune d'elles pouvait invoquer la nullité de la convention si elle y avait intérêt. »

(3368) Sur la résolution amiable, voy. *infra*, n° 358.

(3369) Sur ce que, pour établir l'existence de celle-ci, il est permis de se fonder sur des circonstances postérieures à la conclusion du contrat, voy. *supra*, note n° 3360.

(3370) Voy. *infra*, n°s 377 et s.

(3371) Répondant négativement à cette question, P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, o.c.*, n° 85, pp. 98 et s.

conclusion d'un autre contrat, mais bien son exécution correcte. En ce cas, la résolution de cet autre contrat ferait apparaître rétroactivement la fausseté de la cause de l'opération liée (3372). L'arrêt précité du 14 mars 2008 concernait d'ailleurs une hypothèse d'erreur sur la cause due à la résolution (amiable) d'une opération liée.

En toute hypothèse, si l'on répugne à s'engager dans cette voie, la dissolution de l'opération liée par la cause au contrat résolu peut encore être atteinte d'une autre manière qui ne s'expose pas aux mêmes difficultés. Elle pourra en effet se fonder sur une interprétation de l'opération visant à mettre en évidence l'existence d'une *condition résolutoire tacite* faisant dépendre la survie de celle-ci de la dissolution des contrats auxquels elle est liée par la cause (3373). Dès lors que la réalisation de cette condition ne doit pas – à la différence de l'existence d'une erreur sur la cause – s'apprécier nécessairement au jour de la conclusion de l'opération, les difficultés relatives à l'étendue de l'effet rétroactif de la résolution sont ainsi écartées.

V. Enfin, le fait d'exiger l'exécution d'un contrat alors que la cause de celui-ci a disparu, notamment en raison de l'annulation ou de la résolution du contrat en considération duquel il a été conclu, peut le cas échéant être constitutif d'*abus de droit* (3374).

333. Dimension temporelle. On le voit, il existe donc une pluralité de fondements – erreur sur la cause, condition résolutoire tacite ou abus de droit – susceptibles de s'opposer à la survie d'un contrat lorsqu'un autre contrat auquel il était lié par la cause est anéanti.

Les conséquences précises de cet « effet de contamination » dépendront essentiellement du fondement retenu. Ainsi, en cas d'erreur sur la cause, le contrat lié sera annulé avec effet rétroactif,

(3372) Voy. cependant les précisions apportées *supra*, n° 331, V, sur le point de savoir si le risque d'inexécution n'a cependant pas été pris en compte et accepté par les parties lors de la conclusion des opérations liées.

(3373) Voy. L. AYNÈS, *o.c.*, *D.*, 1998, pp. 32 et s., sous note n° 14 ; L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 10, p. 232 ; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *o.c.*, n° 121 ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 48, p. 591 ; pour une analyse approfondie de la question, voy. S. STLENS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 66, pp. 112 et s.

(3374) Voy. P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, *o.c.*, n° 88, p. 100 ; I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, nos 49 et s., pp. 591 et s.

avec toutes les conséquences ordinairement attachées à la nullité (3375). En cas de simple condition résolutoire, nous verrons que la dissolution du contrat, quoique également rétroactive, laisse subsister une part plus importante des effets passés (3376). Enfin, en cas d'abus de droit, sa sanction consiste en la réduction du droit à son usage normal (3377), ce qui laisse une grande marge de manoeuvre au juge du fond pour décider des conséquences concrètes.

En définitive, cette gamme de fondements variés offre un large choix à la partie qui se prévaut de la dissolution du contrat lié. Certes, la logique du système implique que l'erreur sur la cause l'emporte sur les autres fondements : l'abus d'un droit contractuel suppose en effet que ce droit soit valable, et la condition, n'étant qu'une modalité adventice, ne peut de même affecter qu'un droit valablement formé (3378). Toutefois, si le demandeur en dissolution ne souhaitait pas se prévaloir d'un fondement ayant des effets aussi radicaux que la nullité, il pourrait toujours décider de confirmer l'obligation ; mais, dès lors que le mobile déterminant serait commun aux parties, il ne pourrait alors empêcher l'autre partie, si elle le souhaite, d'invoquer elle-même l'erreur sur la cause (3379).

3. – *Observations complémentaires*

334. Rôle (limité) réservé à la théorie de l'apparence. Il a été suggéré que la théorie de l'apparence puisse constituer une exception générale à l'effet de contagion de la nullité au sein des groupes de contrats que nous avons examinés (3380). À cet égard, I. Samoy part de l'exemple de l'acte accompli par un mandataire. Elle estime qu'en cas d'annulation du mandat, celle-ci devrait normalement entraîner par répercussion l'annulation de l'acte accompli par le mandataire avec le tiers contractant. Toutefois, la théorie du mandat apparent pourrait aboutir à valider ce dernier acte. Cette solution pourrait selon elle être étendue à toutes les formes de groupes de contrats.

(3375) Voy. *supra*, n^{os} 236 et s.

(3376) Voy. *infra*, n^{os} 497 et s.

(3377) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 36, pp. 81 et s.

(3378) Voy. *supra*, n^o 163.

(3379) Voy. *supra*, note n^o 3367.

(3380) I. SAMOY, o.c., *T.P.R.*, 2008, n^{os} 51 et s., p. 593.

En réalité, l'acte accompli par un mandataire constitue un cas assez particulier. On peut en effet considérer qu'à côté des conditions de validité traditionnelles du contrat (consentement, objet, capacité, cause), l'existence d'un pouvoir de représentation constitue, de manière plus générale, une condition d'efficacité du contrat lorsqu'une partie prétend agir au nom et pour le compte d'autrui. À cet égard, en cas d'annulation du mandat, les pouvoirs du représentant s'éteignent rétroactivement. Encore cette disparition n'est-elle pas sanctionnée par la nullité de l'acte accompli par le mandataire : nous avons vu, en effet, que les effets principaux de celui-ci étaient simplement suspendus dans l'attente d'une éventuelle ratification (3381). C'est dans ce contexte que la Cour de cassation, s'inspirant de certaines solutions consacrées par le Code civil (articles 2005, 2008 et 2009), a admis que l'existence de pouvoirs apparents permet au tiers contractant de se prévaloir du jeu normal de la représentation (3382).

Ce raisonnement peut-il être généralisé de manière à garantir le maintien de l'ensemble des groupes de contrats dont un membre est annulé ? Nous ne le pensons pas. Sans revenir sur les difficultés suscitées par l'appréciation de la condition d'imputabilité de l'apparence, il nous semble en effet que la condition de subsidiarité suffit à régler la question (3383).

À cet égard, nous avons vu que, la plupart du temps, l'anéantissement en cascade des contrats liés découle d'une cause de nullité acquise par répercussion, à savoir une nullité pour défaut d'objet ou pour erreur sur la cause (3384). Le cocontractant du demandeur en nullité pourrait-il s'opposer à celle-ci en faisant valoir que, lors de sa conclusion, le contrat lié possédait une apparence d'objet ou de cause, de sorte que cette situation apparente devrait l'emporter sur la réalité juridique ? Ce serait oublier, à notre sens, que ce décalage entre apparence et réalité n'est pas propre à la question des groupes de contrat ; à la vérité, *n'importe quel contrat nul* présente, jusqu'à son annulation, une apparence de validité, qui justifie d'ailleurs qu'il doive en règle être exécuté jusqu'à ce que sa nullité soit constatée en justice (3385). Admettre que, sous prétexte de cette apparence, le contrat puisse être validé, cela reviendrait en définitive à exclure toute possibilité de jamais attaquer un contrat pour cause de nullité. Ce serait, en réalité, donner effet à la théorie subsidiaire de l'appa-

(3381) Voy. *supra*, n^{os} 120 et s., spéc. n^o 125.

(3382) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n^o 1177, pp. 1692 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n^o 172, pp. 171 et s.

(3383) Sur ces deux conditions, voy. *supra*, n^o 297, IV et V.

(3384) Voy. *supra*, n^{os} 328 et 332.

(3385) Voy. *supra*, n^{os} 227 et s.

rence à l'encontre des dispositions du Code civil qui, en organisant les différentes causes de nullité, a nécessairement exclu que la situation apparente puisse en ce cas l'emporter (3386). Il en va particulièrement ainsi en ce qui concerne l'erreur sur la cause, puisque, dans cette hypothèse, c'est précisément la discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée, donc entre la réalité et l'apparence, qui constitue la cause de nullité.

Si l'on envisage maintenant le cas où l'anéantissement en cascade des contrats liés par l'objet constitue la conséquence logique de leur impossibilité d'exécution (3387), on se souviendra que cette cause de dissolution des contrats a été consacrée par la Cour de cassation dans une affaire où un bailleur, ayant provoqué par sa propre faute – à savoir un défaut d'entretien – l'incendie des lieux loués, était néanmoins parvenu à faire reconnaître avec succès la caducité du bail (3388). Si l'on essaie de transposer cette idée à la matière des groupes de contrats, on peut imaginer le cas où un bailleur loue un immeuble à un locataire, qui le sous-loue ensuite à un tiers. Le bailleur principal soulève ensuite et obtient la nullité du bail principal, par exemple en raison d'un vice de consentement. Cette nullité ne rend pas en soi nulle la sous-location, compte tenu de la validité du bail de la chose d'autrui ; en revanche, elle rend la poursuite de l'exécution de cette sous-location impossible et devrait normalement entraîner sa résolution (à la demande du sous-locataire) ou sa caducité (à l'initiative du locataire principal). Peut-on imaginer, toutefois, que le sous-locataire s'oppose à cette caducité en se prévalant d'une situation apparente – à savoir l'existence d'un bail principal – imputable à son cocontractant ? Nous ne le pensons pas. Il serait en effet paradoxal de permettre au sous-locataire de contraindre son bailleur à exécuter en nature la convention en raison d'un fait non fautif qui lui est imputable, alors que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, *même une faute* imputable au bailleur n'empêche pas ce dernier de faire constater la caducité du contrat (3389). En réalité, la caducité pour

(3386) Comp. dans le même sens P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome 1^{er}, *Les obligations*, o.c., n° 148-2, p. 268.

(3387) Voy. *supra*, n° 328.

(3388) Voy. Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74 et s., note P.A. FORIERS.

(3389) Comp. la théorie du mandat apparent où l'apparence et la faute du pseudo-mandant ont normalement les mêmes effets et où la première n'a été développée qu'en raison des difficultés à prouver la seconde. Voy. à ce propos P.A. FORIERS, o.c., *J.T.*, 1989, pp. 542 et s., spéc. p. 543 : « On concevrait d'ailleurs difficilement que l'apparence non fautive puisse aboutir à octroyer plus de droits que les règles de la responsabilité civile ». Cette conclusion se justifie d'autant plus si l'on tente de réintégrer l'apparence dans le contexte général de la responsabilité civile en considérant que les effets de l'apparence s'expliquent par le fait qu'après avoir suscité une situation apparente, il serait contraire au principe de bonne foi

impossibilité d'exécution est une exigence de logique à laquelle même la théorie de l'apparence paraît devoir se plier. Comment, en effet, le locataire principal pourrait-il être contraint à exécuter en nature sur cette base la convention, alors que celle-ci est, par hypothèse, devenue impossible à exécuter ? (3390)

En conclusion, bien qu'on ne puisse absolument exclure que la théorie de l'apparence soit appelée à nuancer le mécanisme de l'anéantissement en cascade des contrats groupés, son application nous paraît devoir être accueillie avec la plus grande prudence.

VI. – Responsabilité précontractuelle

335. Principe. Il est très généralement admis qu'indépendamment des règles de la nullité, la partie à un contrat nul (c'est-à-dire annulé (3391)) ou simplement annulable, susceptible de reprocher à son cocontractant une faute dans la conclusion de ce contrat – appelée *culpa in contrahendo* –, peut engager la responsabilité dite précontractuelle de ce cocontractant en vue d'obtenir des dommages-intérêts ou toute autre forme de réparation complémentaire aux effets de la nullité et, en particulier, aux restitutions découlant de celle-ci (3392).

Une telle action en responsabilité présente surtout un intérêt lorsque les effets ordinaires de la nullité n'offrent pas au demandeur une réparation complète de son préjudice.

Nous avons vu, en effet, que l'effet rétroactif de la nullité comporte de nombreuses exceptions, dictées par le souci de prendre en considération d'autres intérêts légitimes que la seule restauration de la légalité (3393). C'est ainsi, par exemple, que les parties sont libé-

de décevoir les attentes légitimes ainsi créées (en ce sens, P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.D.C.*, n° 13, p. 488).

(3390) Sur l'invocation de la théorie de l'apparence dans les rapports avec le bailleur principal, voy. *supra*, n° 302, III.

(3391) Voy. *supra*, n° 227.

(3392) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 342, p. 529 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 369, p. 328. On notera qu'en **droit allemand**, la partie qui attaque un contrat annulable pour cause d'absence de volonté de s'engager (§ 118 du BGB), d'erreur (§ 119) ou de communication erronée de sa volonté (§ 120), est tenue, en règle, d'indemniser son cocontractant pour l'atteinte portée à la confiance légitime de celui-ci (§ 122), c'est-à-dire de réparer son intérêt négatif (voy. à ce propos *infra*, n° 344), et ce, alors même qu'elle n'aurait commis aucune faute (voy. not. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *o.c.*, § 49, n° 783 et s., pp. 308 et s.).

(3393) Voy. *supra*, n° 241, III.

rées par la perte par cas fortuit de la chose à restituer (3394) ou que, selon une conception largement partagée que nous avons critiquée, le créancier de la chose demeurerait tenu par les baux consentis dans l'intervalle par le débiteur (3395). Par ailleurs, la nullité n'efface pas certaines conséquences secondaires de l'acte (3396), tels que notamment les frais exposés en vue de la conclusion du contrat.

Dans ces différents cas, la responsabilité précontractuelle intervient comme un *mécanisme correcteur* des limitations apportées à l'effet rétroactif de la nullité ; elle garantit, en effet, à la victime d'une *culpa in contrahendo* de recevoir par le biais d'une action en responsabilité ce que le jeu normal de la nullité ne lui permettrait pas d'obtenir. On sait par ailleurs que la nullité entraîne malgré tout des conséquences perçues comme draconiennes ; aussi la responsabilité précontractuelle peut-elle également dans certains cas apparaître à l'inverse comme une *alternative moins radicale* à l'introduction d'une action en nullité.

Dans les lignes qui suivent, nous insisterons sur certaines particularités de l'action en responsabilité précontractuelle, en nous permettant de renvoyer aux ouvrages généraux pour les questions pour lesquelles cette action demeure soumise aux règles ordinaires de la responsabilité civile. Notre examen abordera successivement la nature de l'action en responsabilité précontractuelle (A) et ses trois conditions, à savoir, suivant en cela un plan d'un classicisme affligeant, la faute (B), le lien de causalité (C) et le dommage (D).

Un mot encore sur la délimitation de l'objet exact de notre étude. On distingue généralement dans le domaine de la responsabilité précontractuelle trois hypothèses (3397). Tout d'abord, l'annulation du contrat, qui retiendra l'essentiel de notre attention. Ensuite, l'hypothèse voisine où le contrat, quoiqu'atteint d'une cause de nullité, n'est pas annulé, le titulaire de l'action en nullité préférant se contenter d'exercer l'action en responsabilité. En s'inspirant d'une expression ayant cours dans la doctrine allemande, on peut dire que celle-ci tend alors à la correction d'un contrat non

(3394) Voy. *supra*, n° 267.

(3395) Voy. *supra*, n° 300.

(3396) Voy. *supra*, n° 290.

(3397) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 337, pp. 520 et s.

souhaité (*unerwünschter Vertrag*) (3398). Enfin, se présente le cas où les négociations contractuelles engagées n'aboutissent pas à la conclusion d'un accord et où l'une des parties se voit reprocher une rupture abusive des pourparlers contractuels. Dès lors que cette dernière hypothèse est étrangère à toute idée de nullité, nous la laisserons en dehors de notre examen.

A. – Nature de la responsabilité

336. Opinion majoritaire : responsabilité quasi délictuelle. En droit positif, il ne fait guère de doute pour la plupart des auteurs que la responsabilité encourue au cours des négociations préalables à la conclusion d'un contrat est de nature quasi délictuelle (3399). On réserve évidemment le cas où un avant-contrat a été conclu par les parties pour encadrer leurs négociations et où la nature de leur responsabilité ne peut dès lors être que contractuelle (3400).

À l'appui de la qualification quasi délictuelle, deux arguments sont généralement invoqués (3401). Le premier est d'ordre *chronologique* : la faute précontractuelle serait, par définition, antérieure à la conclusion du contrat, de sorte que l'invocation des règles de la responsabilité contractuelle serait prématurée. Le second est d'ordre *ontologique* et en appelle directement à l'effet rétroactif

(3398) Voy. V. EMMERICH, « § 311 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2007, n^o 96.

(3399) Voy. Antwerpen, 26 février 2007, *R.W.*, 2010-2011, pp. 574 et s., spéc. p. 578, note A. DE BOECK ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 426, p. 276 ; F. COHET-CORDEY, « Nullité et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, pp. 331 et s., avant note n^o 11 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, n^o 560, p. 471 ; J. HERBOTS, o.c., *R.C.J.B.*, 1983, n^o 16, p. 217 ; S. STJNS, o.c., *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 241 ; B. VAN DEN BERGH, « Dwaling versus (precontractuele) informatieplicht : the odd couple ? », note sous Antwerpen, 12 juin 2006, *R.W.*, 2008-2009, pp. 284 et s., n^o 3, p. 286 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n^o 356, p. 322 ; adde les nombreuses références citées par C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n^o 231, note n^o 4, p. 149. Voy. également les auteurs qui défendent la même solution pour le cas, étranger à notre objet d'étude (voy. *supra*, n^o 335), de la rupture intempestive des pourparlers contractuels : I. DURANT, « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 39 et s., n^o 4, p. 43.

(3400) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 336, p. 520 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n^o 357, p. 322.

(3401) Pour cette systématisation, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n^{os} 233 et s., pp. 150 et s.

de la nullité : le contrat nul étant, par essence, de nul effet, il ne pourrait plus servir de fondement à une action en responsabilité. Celle-ci ne pourrait donc, à défaut, que reposer que sur le régime général des articles 1382 et 1383 du Code civil.

C'est sans surprise que la Cour de cassation s'est ralliée à cette analyse en qualifiant expressément la responsabilité précontractuelle de quasi délictuelle.

Citons en ce sens l'arrêt du 10 décembre 1981 (3402). Dans cette affaire, une ASBL avait conclu un contrat de location d'une photocopieuse. Elle avait cependant omis de déposer la liste actualisée de ses membres et de publier la nomination de ses nouveaux administrateurs, de sorte que, conformément à l'ancien article 26 de la loi du 27 juin 1921, sa personnalité juridique était inopposable au prêteur. Celui-ci avait dès lors décidé d'agir contre le secrétaire-trésorier de l'ASBL, qui avait conclu le contrat au nom de celle-ci. L'action fut cependant rejetée par le juge du fond, de même que le pourvoi formé contre la décision de ce dernier. Après avoir rappelé que celui qui déclare contracter au nom d'une ASBL ne souscrit ce faisant aucun engagement personnel, la Cour concède, « il est vrai, que celui qui, par son comportement fautif lors de la conclusion d'une convention, a causé au cocontractant un dommage, a l'obligation de réparer celui-ci ; que l'action qui en résulte ne se fonde toutefois pas sur une relation contractuelle, mais sur la faute quasi délictuelle commise par l'intéressé à l'occasion de son intervention au contrat », et approuve dès lors le juge du fond d'avoir rejeté l'action de la demanderesse « en tant qu'elle est exercée contre le défendeur sur le fondement du contrat ».

On trouve une conséquence très concrète de cette qualification délictuelle dans un arrêt du 2 octobre 2009, qui décide que l'action en dommages-intérêts en réparation d'un dol incident est soumise au délai de prescription quinquennal prévu à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil (3403).

On notera qu'à côté de la qualification quasi délictuelle, certains auteurs préconisent de fonder l'action en responsabilité précontractuelle sur la *bonne foi*, dont les exigences découlent soit d'une extension de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil à la phase précontractuelle, soit d'un principe général du droit (3404). La nuance

(3402) Cass., 10 décembre 1981, *R.C.J.B.*, 1986, p. 5, note E. WYMEERSCH.

(3403) Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 547.

(3404) Voy. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 352, p. 854 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 336, p. 519.

nous paraît, avant tout, être d'ordre sémantique. En effet, le critère de la faute des articles 1382 et 1383 du Code civil est suffisamment large que pour pouvoir y inclure les comportements contraires à la bonne foi. Dans ces conditions, il importe au fond peu de savoir si le respect de la bonne foi est inclus dans le critère de la faute (3405) ou si, au contraire, la définition de la faute procède du principe de bonne foi (3406). Plus important nous paraît être le constat que les auteurs qui font appel à la bonne foi pour justifier la responsabilité précontractuelle continuent à voir en cette dernière une institution qui répond à tous égards au régime de la responsabilité civile, puisqu'elle suppose notamment la démonstration de l'existence d'un dommage causé par un manquement à la bonne foi et qu'elle tend à la réparation de ce dommage. En d'autres termes, il nous paraît que le principe de bonne foi peut tout au plus aider à caractériser la faute commise au stade précontractuel, mais que la sanction de cette faute trouve nécessairement son expression dans les règles de la responsabilité civile, ce qui laisse dès lors entière la question de la nature de cette dernière (contractuelle ou quasi délictuelle). Des observations similaires pourraient être formulées à propos des théories consistant à faire reposer la responsabilité précontractuelle sur les principes de l'abus de droit (3407) ou de la confiance légitime (3408).

Pour apprécier le bien-fondé de l'opinion majoritaire concernant la nature de la responsabilité précontractuelle, une double approche peut être suivie (3409). Dans une démarche *conceptuelle*, il s'agira de vérifier si la qualification quasi délictuelle est la seule théoriquement possible. Dans une démarche *fonctionnelle*, on s'interrogera ensuite sur les conséquences pratiques qui pourraient plaider en faveur de l'une ou de l'autre qualification.

(3405) Voy. en ce sens I. DURANT, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 25, p. 61.

(3406) En ce sens, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 353, pp. 806 et s.

(3407) Pour une discussion critique de cette opinion, voy. I. DURANT, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n°s 10 et s., pp. 46 et s.

(3408) Voy. S. STJNS et I. SAMOY, *o.c.*, *Les sources d'obligations extracontractuelles*, n° 69, p. 87 (qui font de la confiance légitime le critère de la faute mais se basent encore sur les articles 1382 et 1383 du Code civil).

(3409) Voy. dans le même sens P. RÉMY-CORLAY, note sous C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, pp. 673 et s., n° 5, p. 675, à propos de la qualification de la responsabilité précontractuelle dans le domaine des conflits de juridictions. Sur la différence entre démarches conceptuelle et fonctionnelle, voy. également *supra*, n° 5.

337. **Appréciation critique – Approche conceptuelle.**

I. L'expression « *culpa in contrahendo* » a été forgée par von Ihering dans un article paru au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle (3410). Tout en lui rendant hommage, la doctrine contemporaine belge et française tend généralement à balayer les écrits de celui-ci de la main, en lui reprochant le caractère artificiel d'une théorie qui fonderait la responsabilité précontractuelle sur l'existence d'un avant-contrat tacite conclu par les parties entrées en négociation (3411). Pareil reproche ne nous paraît cependant pas rendre justice à la pensée de von Ihering.

En réalité, l'idée de fonder la responsabilité précontractuelle sur un (quasi-)avant-contrat n'est pas due à von Ihering, mais au développement ultérieur de la jurisprudence allemande. Ainsi, dans la célèbre affaire dite du *tapis en linoléum*, le Reichsgericht a considéré que, lorsque le client d'un magasin demande qu'on lui présente un tapis et qu'un employé du magasin accepte cette demande, « es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teiles zu beobachten », de sorte que le propriétaire du magasin pouvait être condamné à réparer le dommage corporel causé par la chute du client sur un autre tapis déroulé à cette occasion (3412). Encore observera-t-on immédiatement que le Reichsgericht ne prétendait pas fonder la responsabilité précontractuelle sur un véritable avant-contrat, mais plutôt sur un rapport de droit analogue. Cette tendance n'a fait que se renforcer dans la jurisprudence ultérieure, qui a fini par admettre l'existence d'une

(3410) Voy. R. VON IHERING, « *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfektion gelangten Verträgen », *Jahrb. Dogm.*, 1861, pp. 1 et s., spéc. p. 52, où il concède que « der Ausdruck *culpa in contrahendo* im ganzen *corpus juris* nicht vorkomme ».

(3411) Voy., par exemple, M. BOLLEN, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, n° 11, pp. 140 et s. ; comp., plus nuancée, C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 10, p. 15, qui admet que la notion d'avant-contrat tacite de garantie n'apparaît pas en tant que telle dans le texte de von Ihering, mais estime néanmoins qu'elle peut en être déduite.

(3412) RG, 7 décembre 1911, *RGZ*, vol. 78, p. 239. Traduction libre : il est né entre les parties un rapport de droit préparatoire à la vente, qui présente un caractère analogue à un contrat et a produit des engagements contractuels dans la mesure où est née tant pour le vendeur que pour l'acheteur potentiel l'obligation, lors de la présentation et de l'examen de la marchandise, de faire preuve du soin nécessaire pour la santé et la propriété de l'autre partie.

responsabilité d'origine légale au cours des négociations précontractuelles (3413). Cette évolution est depuis 2002 consacrée par le § 311, alinéa 2, du BGB.

Le raisonnement de von Ihering est différent (3414). Sa réflexion prend pour point de départ certains textes de droit romain qui, dans l'hypothèse d'une vente nulle, parce que portant sur une chose sacrée ou sur une succession inexistante, prévoyaient néanmoins une obligation pour le vendeur d'indemniser l'acheteur. Quel pouvait être le fondement d'une telle obligation ? (3415) Certes pas la responsabilité extracontractuelle, car, à la différence des droits belge et français, le droit romain ne connaissait pas de clause générale de responsabilité analogue aux articles 1382 et 1383 du Code civil, mais seulement différentes actions particulières similaires aux *torts* du droit anglais (3416). Or, l'*actio doli* ne pouvait en l'occurrence justifier la solution, car elle supposait toujours une faute intentionnelle, alors que les textes examinés ne requerraient pas une telle condition. Quant à l'action fondée sur la *lex Aquilia*, qui se satisfaisait certes d'une simple *culpa*, elle ne trouvait néanmoins à s'appliquer qu'en présence d'un dommage causé à une chose corporelle, mais non au dommage purement économique (3417). On notera que ces deux actions trouvent encore aujourd'hui leur prolongement, avec des limitations similaires, respectivement dans les §§ 826 et 823 du BGB. Contraint d'écarter la qualification (quasi) délictuelle, von Ihering aboutit ainsi à la conclusion que l'obligation d'indemnisation incombant au vendeur ne peut être que de nature contractuelle. Mais comment admettre une telle responsabilité alors que le contrat est par hypothèse nul ? À cette importante objection, von Ihering répond par une distinction entre les effets principaux et les effets secondaires du contrat : « Allein wenn auch die Hauptwirkung des Vertrages ausgeschlossen ist, so sind es darum nicht die Nebenwirkungen, er [der Vertrag] kann Folgen hervorgebracht haben, die sich in angemessener Weise nur auf dem obligatorischen Wege beseitigen lassen, und das neuere Recht verstattet daher aus gutem Grunde hier die Contractsklage » (3418).

(3413) Voy. V. EMMERICH, « § 311 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, o.c., n° 57.

(3414) Voy. R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, pp. 8 et s.

(3415) Voy. R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, pp. 23 et s.

(3416) Voy. à ce propos K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 605.

(3417) Pour des nuances apportées à ce principe, cons. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, o.c., p. 689.

(3418) R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 30 (traduction libre : ce n'est pas parce que l'effet principal du contrat est exclu qu'il en va de même de ses effets secondaires, il [le contrat] peut avoir produit des conséquences qui ne se laissent supprimer de manière

L'annulation du contrat laisse donc subsister l'action en responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* commise par le vendeur. En quoi consiste cette faute ? À avoir conclu le contrat sans remplir les exigences de validité du contrat qui dépendaient de sa personne et d'avoir ainsi donné à son cocontractant la fausse apparence d'un contrat (3419). Le propos peut être généralisé à tout type de convention (3420).

Certes, on a reproché à von Ihering de solliciter la volonté des parties en leur supposant l'intention non exprimée de conclure un pacte de garantie quant à la validité du contrat. Après s'être référé à une telle volonté tacite (3421), il ajoute toutefois immédiatement qu'elle gît déjà dans le fait même de contracter, de la même manière, par exemple, que le vendeur s'engage tacitement à garantir son acheteur contre l'éviction (3422). On sent bien, à cet égard, que plutôt qu'une interprétation divinatoire et quelque peu forcée de la volonté des parties, von Ihering ne fait rien d'autre que donner à leur accord les suites normales que commandent la bonne foi et l'équité (comp. article 1135 du Code civil). Tout au plus hésitera-t-on à le suivre lorsqu'il finit par faire de ce pacte de garantie le fondement d'une responsabilité objective et automatique, encourue même dans l'ignorance de la cause de nullité (3423). Le droit positif belge a adopté, sur ce point, une position plus nuancée (3424).

Enfin, c'est également à tort que l'on a supposé chez von Ihering la volonté d'imposer aux parties une responsabilité précontractuelle sur la base d'un avant-contrat tacite qui existerait indépendamment de l'issue des négociations. Pour lui, en effet, si la *diligentia in contrahendo* commence avec l'offre, c'est à la condition qu'elle soit acceptée ; en l'absence d'accord des parties, le destinataire de l'offre ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même s'il a pris le risque d'agir sur la base de celle-ci alors qu'elle pouvait encore être révoquée (3425). La solution peut paraître sévère, mais on ne peut en tout cas lui reprocher de prêter artificiellement aux parties la volonté de conclure un avant-contrat dès qu'elles entrent en négociation.

appropriée que par la voie d'obligations, et c'est donc à juste titre que le nouveau droit accorde ici l'action contractuelle). Voy. dans le même sens W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 30, p. 548.

(3419) R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, pp. 34 et s., spéc. p. 41.

(3420) Voy. R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 42.

(3421) R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 42.

(3422) R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 43.

(3423) Voy. R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 35.

(3424) Voy. *infra*, n° 340.

(3425) R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 43.

II. Toute l'actualité de la pensée de von Ihering réside dans la concordance entre ses intuitions et les acquis de la théorie moderne des nullités. Nous avons vu, en effet, que l'effet rétroactif de la nullité ne se déploie pas dans une logique binaire du « tout ou rien » ; au contraire, dans le respect du principe de proportionnalité, seuls les effets du contrat qu'il apparaît nécessaire de supprimer en vue de rétablir la légalité se trouvent effacés (3426). Ces principes nous ont conduit à admettre une distinction entre les effets principaux et secondaires du contrat en des termes très proches de ceux préconisés par von Ihering (3427).

A. Cette distinction permet de répondre à l'*argument ontologique* invoqué à l'appui de la qualification délictuelle de la responsabilité précontractuelle (3428). Certes, en raison du caractère général des articles 1382 et 1383 du Code civil, faire reposer la *culpa in contrahendo* sur le mécanisme de la responsabilité contractuelle n'apparaît plus aujourd'hui indispensable ; cette voie est-elle pour autant impossible ? En réalité, si l'annulation du contrat devrait normalement exclure la responsabilité contractuelle des parties, rien n'empêcherait dans l'absolu de considérer que cet effacement de la norme contractuelle ne vaut que pour autant qu'il soit rendu nécessaire par la restauration de la légalité et que, précisément, le contrat est appelé à subsister dans la mesure où il constitue le fondement d'une action en réparation tendant à replacer autant que possible la victime de la nullité dans son état antérieur (3429). Il n'y aurait pas là d'entorse plus importante à l'effet rétroactif de la nullité que celle consistant à admettre que le lien synallagmatique unissant les prestations contractuelles puisse se perpétuer

(3426) Voy. *supra*, n° 241, III.

(3427) Voy. *supra*, n° 290. Ceci n'est évidemment pas surprenant, puisque Japiot, le père de la théorie moderne des nullités, s'est fort inspiré du droit allemand (voy. *supra*, n° 44, II).

(3428) Voy. *supra*, n° 336.

(3429) *Contra* : C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 251, p. 158. Tout en adhérant aux prémisses de la théorie moderne, au renouvellement de laquelle elle a d'ailleurs beaucoup contribué, cet auteur considère que « c'est la pousser trop loin que d'en déduire qu'elle fonde la nature contractuelle de cette responsabilité ; dans la mesure où son but est de fournir à la partie créancière un équivalent de l'exécution du contrat, la responsabilité contractuelle constitue, comme l'exécution elle-même, un effet direct du contrat voulu par les parties. En la concluant, les parties escomptent bien en recevoir l'exécution, spontanée ou forcée ou, à défaut, la compensation indemnitaire. En tant qu'effet direct du contrat, le droit à l'exécution ou à son équivalent fourni par la responsabilité disparaît du fait de l'annulation. Sa disparition entraîne celle de la nature contractuelle de la responsabilité dont la survivance s'avèrerait inexplicable et infondée ».

au stade des restitutions (3430). Du reste, l'argument ontologique ne trouve guère à s'appliquer dans l'hypothèse du maintien d'un contrat non souhaité, c'est-à-dire lorsque le titulaire de l'action en nullité renonce à l'exercer pour lui préférer la seule action en responsabilité précontractuelle (3431).

B. Quant à l'*argument chronologique* (3432), il peut être réfuté au prix d'une légère redéfinition de la faute. Celle-ci ne consiste plus, dans la perspective d'une responsabilité contractuelle, dans le fait d'avoir erronément informé le cocontractant avant la conclusion du contrat, mais plutôt, comme dans le pacte de garantie proposé par von Ihering, dans le fait de *conclure* le contrat sans avoir au préalable correctement informé son cocontractant. On voit que tout n'est, au fond, qu'une question de présentation.

III. L'analyse conceptuelle qui vient d'être menée n'a pas pour but de démontrer que la *culpa in contrahendo* devrait *nécessairement* être de nature contractuelle, mais seulement qu'une telle qualification est juridiquement possible. Pour le reste, le choix entre la qualification contractuelle ou quasi délictuelle ne peut se faire qu'au terme d'une appréciation dans laquelle les arguments déduits de la nature de l'institution ne nous paraissent pas pouvoir jouer un rôle déterminant. C'est donc à l'analyse fonctionnelle qu'incombera cette tâche (3433).

À ceux qu'une telle conclusion rebuterait, on fera observer que d'autres systèmes juridiques ont, pareillement, laissé le souci d'atteindre un résultat déterminé orienter le choix de la qualification. Ainsi, le rattachement de la *culpa in contrahendo* à la matière contractuelle s'explique sans doute, en **droit allemand**, par le souci d'éviter l'application du § 831 du BGB, qui fait obstacle à l'instauration d'une responsabilité objective, tandis qu'en **droit anglais**, la qualification délictuelle s'impose compte tenu de l'impossibilité d'admettre l'existence d'un contrat sans *consideration* (3434).

338. Appréciation critique – Approche fonctionnelle.
On sait qu'en droit positif, les différences entre le régime de la

(3430) Voy. *supra*, n° 243

(3431) Sur cette hypothèse, voy. *infra*, n° 347.

(3432) Voy. *supra*, n° 336.

(3433) Dans le même sens, voy. déjà *supra*, n^{os} 5 et s.

(3434) Pour ces observations comparatives, R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., p. 13.

responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité (quasi) délictuelle ont presque entièrement disparu (3435). En particulier, l'étendue du dommage réparable ne varie guère en pratique, nonobstant les termes de l'article 1150 du Code civil, dès lors que la prévisibilité du dommage contractuel requise par cette disposition ne concerne que le principe du dommage et non son étendue (3436).

En réalité, les principales différences qui demeurent entre les deux ordres de responsabilité concernent, d'une part, la prescription extinctive et, d'autre part, leur traitement en droit international privé.

Sous l'angle de la *prescription*, la différence est assez sensible, puisque l'action en responsabilité extracontractuelle se prescrit en principe par 5 ans, tandis que l'action en responsabilité contractuelle se prescrit quant à elle par 10 ans (article 2262*bis*, § 1^{er}, du Code civil), soit en principe le même délai que l'action en nullité. Or, en pratique, on constate que la *culpa in contrahendo* est très fréquemment invoquée en même temps qu'est introduite une action en nullité soit à titre subsidiaire (pour le cas où le demandeur ne parviendrait pas à prouver un dol principal ou une erreur substantielle), soit à titre complémentaire (en vue d'être entièrement remplacé dans la situation antérieure). Dès lors, il paraît souhaitable de rapprocher autant que possible le délai de prescription des deux actions, afin d'éviter que la première soit prescrite alors que l'autre pourrait encore être introduite (3437). Pareil souci d'harmonisation plaide nettement en faveur d'une qualification contractuelle de l'action en responsabilité précontractuelle (3438).

Ce même souci d'harmonisation est du reste perceptible dans le traitement réservé par le législateur européen à la question de la *loi applicable* à la responsabilité précontractuelle. Tout en rangeant la *culpa in contrahendo* dans la catégorie des obligations non

(3435) Pour un aperçu synthétique, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 812, pp. 1159 et s.

(3436) Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 385.

(3437) Comp. Cass., 2 octobre 2009, cité *supra*, n° 336.

(3438) Il est vrai que les deux délais de prescription ne coïncideront pas entièrement, dès lors que le délai de prescription de l'action en nullité relative ne commence dans certains cas à courir que lorsque le débiteur cesse d'être sous l'empire du vice (voy. art. 1304 du Code civil). L'écart sera néanmoins moins important, en règle, que si l'action se prescrit par 5 ans à dater de l'apparition du dommage.

contractuelles, l'article 12 du règlement Rome II(3439) prévoit en effet, en règle, la soumission de la responsabilité précontractuelle à la même loi que le contrat auquel elle se rapporte. Cette solution évite ainsi les difficultés de qualification et fait notamment en sorte que les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat – soumises à la *lex contractus* – et les dommages-intérêts complémentaires postulés par le demandeur en nullité soient régis par la même loi(3440).

Cette harmonie ne se présente pas nécessairement au stade des *conflits de juridictions*, pour lesquels la Cour de justice a considéré que la responsabilité précontractuelle se rattachait en règle à la matière délictuelle(3441). Toutefois, outre que cet enseignement est antérieur à l'adoption du règlement Rome II, il est permis de se demander si cette décision, qui concernait en réalité une question de rupture des négociations, doit être étendue à l'hypothèse où un contrat a effectivement été conclu, au risque de soumettre le contentieux de l'annulation et celui de la responsabilité précontractuelle à deux juges différents(3442).

Quoi qu'il en soit, on sait que la qualification retenue en droit interne n'est pas déterminante de la qualification, par nature autonome, utilisée en droit international privé européen.

Pour le reste, la qualification contractuelle ou extracontractuelle de la responsabilité peut également avoir une incidence sur la *possibilité pour un tiers de se prévaloir de la culpa in contrahendo*. En effet, dès lors que le droit belge ne connaît pas le principe de la relativité aquilienne(3443), la faute quasi délictuelle commise envers le cocontractant peut également être invoquée par un tiers si elle lui cause un préjudice. En revanche, si cette faute doit être qualifiée de contractuelle, elle ne pourra être invoquée par le tiers préjudicié que si elle constitue, en outre, un manquement au devoir général de prudence(3444). Cela étant, la différence entre ces deux hypothèses ne doit pas être exagérée, dès lors que la *culpa in contrahendo* pourra souvent se déduire de la violation d'une obligation légale

(3439) Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

(3440) Voy. à ce propos R. JAFFERALI, « Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie) », *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.339, point 36, p. 6.

(3441) Voy. C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.*, 2002, I, p. 7357.

(3442) Voy. sur cette question R. JAFFERALI, « Le règlement Bruxelles I dans la jurisprudence des cours suprêmes (2010-2012). Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas et Royaume-Uni », *R.D.C.*, 2013, pp. 357 et s., n° 13, p. 364.

(3443) Voy. Cass., 4 novembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 654.

(3444) Voy. Cass., 25 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 568.

déterminée (3445), et constituera ainsi en tout cas une faute aquilienne dont les tiers pourront se prévaloir.

339. Conclusion. Dès lors que le principal intérêt pratique de la nature de la responsabilité précontractuelle paraît se résumer à la détermination du délai de prescription et que, par ailleurs, l'analyse conceptuelle a démontré que les deux branches de l'alternative étaient juridiquement possibles, il nous paraît raisonnable d'opter pour la *qualification contractuelle*, dès lors qu'elle est la mieux à même de garantir un traitement uniforme des actions tendant à replacer les parties dans la situation antérieure à la conclusion du contrat atteint d'une cause de nullité.

On reprochera sans doute à cette solution d'introduire une division au sein du régime de la responsabilité précontractuelle, qui serait désormais à base quasi délictuelle dans l'hypothèse d'une rupture intempestive des pourparlers et à base contractuelle dans les autres cas, que le contrat soit ou non effectivement annulé (3446). L'objection ne nous paraît cependant pas dirimante dès lors que, précisément, la conclusion ou, au contraire, l'absence d'un contrat nous paraît constituer un critère à la fois objectif et pertinent justifiant la différence de traitement.

B. – Faute

340. Principes. Selon que l'on opte pour le fondement quasi délictuel ou contractuel de la responsabilité précontractuelle, le moment où la *culpa in contrahendo* est commise variera (3447). Dans le premier cas, la faute est antérieure au contrat, étant commise pendant les négociations ; dans le second, elle coïncide avec la conclusion du contrat, puisqu'elle consiste à conclure celui-ci dans des circonstances jugées fautives.

Dans les deux cas, le *critère* de la faute s'avère cependant identique (3448) : il s'agit toujours de vérifier si le défendeur à l'action

(3445) Voy. *infra*, n° 342.

(3446) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 253, p. 159.

(3447) Voy. *supra*, n° 337.

(3448) On sait en effet que la distinction traditionnelle entre la responsabilité contractuelle, qui suppose en principe une *culpa levis in abstracto*, et la responsabilité aquilienne, qui serait engagée par la simple *culpa levissima in abstracto*, s'est tout à fait estompée en pratique ; voy. à ce propos F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*,

en responsabilité s'est ou non comporté comme tout homme ou toute femme raisonnablement diligent(e) et prudent(e), placé(e) dans les mêmes circonstances. Il importe peu, à cet égard, que la faute ait été commise par le demandeur ou le défendeur à l'action en nullité (3449).

En pratique, la *culpa in contrahendo* reprochée au défendeur lorsque le contrat a bien été conclu consistera le plus souvent en un manquement à un devoir d'information ou de conseil quant à la validité ou à la portée des engagements souscrits (3450). Plus classiquement, elle pourra également consister en une manœuvre dolosive, principale ou incidente, ou en un fait de violence visant à emporter le consentement du cocontractant (3451).

Deux précisions nous paraissent devoir encore être apportées quant à la notion de faute.

341. Nature de la faute. La première concerne la nature de la faute.

On sait, à cet égard, qu'en vertu du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, « un comportement de fraude, et de faute intentionnelle, exclut que l'auteur de la fraude puisse se prévaloir de certaines règles de droit positif normalement applicables, dont il pourrait tirer un bénéfice » (3452). C'est sur cette base, notamment, que la Cour de cassation a décidé que l'annulation d'un contrat conclu par dol ne pouvait être entravée par l'erreur, même inexcusable, de la victime (3453) ou que l'auteur d'une faute intentionnelle ne pouvait invoquer la faute par imprudence de la victime pour prétendre à un partage de responsabilité (3454).

o.c., n° 728, p. 711 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 812, p. 1159 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 539, p. 474.

(3449) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 370, p. 329.

(3450) Pour des applications tirées de la jurisprudence des juges du fond, cons. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile*, vol. 1, *o.c.*, n° 560, pp. 472 et s.

(3451) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 434, p. 279.

(3452) Sur ce principe général du droit, cons. la thèse de J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *o.c.*, spéc. n° 341.1, p. 778, dont le passage cité est extrait.

(3453) Voy. Cass., 23 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1980, p. 32, avec les conclusions de M. le procureur général E. KRINGS et la note de J. MATTHYS.

(3454) Voy. Cass., 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 465 ; Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 584, avec les conclusions de M. le juge SPREUTELS, alors avocat général. On notera

Appliquant ces principes au domaine de la *culpa in contrahendo*, la Cour de cassation en a déduit que « [l]orsque le dol donne lieu à l'annulation de la convention, l'auteur du dol ne peut invoquer l'imprudence ou la négligence même grave et inexcusable du cocontractant et reste tenu d'indemniser totalement le dommage, même si la victime du dol a commis semblable faute » (3455). En revanche, en cas de concours de *culpa in contrahendo* non intentionnelles, il y a lieu de procéder, conformément au droit commun, à un partage de responsabilités (3456).

342. Unicité de l'illicéité et de la faute. La seconde précision est relative à la théorie dite de l'unité de l'illicéité et de la faute (3457).

En substance, selon cette théorie, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une erreur de conduite appréciée selon le critère d'une personne raisonnablement diligente et prudente, la

que la doctrine demeure partagée sur le rôle de ce principe général du droit pour justifier ces solutions. Voy. et comp. X. DIEUX, « Développements de la maxime *Fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 125 et s. ; F. GLANSORFF, « Encore à propos de la causalité : Le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime », note sous Cass., 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 272 et s. ; J. KIRKPATRICK, « Les limites du champ d'application du principe "*fraus omnia corrumpit*" », note sous Cass., 3 mars 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 25 et s. ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Brugge, die Keure, 2013 ; J.-F. ROMAIN, « La fraude et le dol en vertu du principe *fraus omnia corrumpit* », *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 319 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations, o.c.*, nos 307 et s., pp. 479 et s.

(3455) Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 196, point 4 ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 437, p. 282. – On notera que ces différentes applications du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, si elles peuvent certes être qualifiées de peine privée, n'en sont pas pour autant critiquables dès lors qu'elles paraissent satisfaire aux exigences de prévisibilité (comp. avec la règle *in pari causa* dont l'application facultative est laissée à l'appréciation souveraine du juge, *supra*, n° 283).

(3456) Comp. dans le même sens, dans la résolution pour inexécution, *infra*, n° 411 ; *contra* : C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 71, p. 59, aux motifs que « l'identique gravité de leurs fautes, qui laisse supposer un préjudice de même mesure, les rend mutuellement débiteurs d'une indemnité de même montant ; les deux indemnisés se compensent et aucun d'eux ne percevra de dommages-intérêts ». Il nous paraît toutefois erroné de présumer ainsi que le préjudice subi par chaque cocontractant sera nécessairement identique, alors qu'ils ont pu par exemple exposer des frais différents pour la conclusion du contrat annulé.

(3457) Cette théorie a suscité une abondante littérature, qui a tenté d'y apporter diverses nuances ou remises en cause. Cons. not. à ce propos B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 28 et s.

transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur. Cette transgression doit avoir été commise librement et consciemment, c'est-à-dire que l'auteur de la transgression ne peut se prévaloir d'une cause exonératoire de responsabilité, telle l'erreur invincible ou la force majeure. En d'autres termes, toute illégalité fait présumer dans le chef de son auteur la commission d'une faute, sauf pour celui-ci à établir l'existence d'une cause de justification (3458).

Ces principes, élaborés principalement dans les rapports avec les pouvoirs publics et plus précisément avec l'Administration (3459), trouvent également à s'appliquer dans les rapports entre les particuliers (3460).

De cette jurisprudence, il découle que la preuve d'une *culpa in contrahendo* pourra être déduite de la seule méconnaissance des

(3458) Ce principe doit cependant être combiné avec la jurisprudence décidant que, lorsqu'une faute civile est déduite de la violation d'une norme pénalement sanctionnée, les principes relatifs à la charge de la preuve en matière pénale sont d'application, de sorte qu'il suffit à l'auteur de la violation d'invoquer avec quelque vraisemblance l'existence d'une cause de justification pour que la charge de la preuve de l'*inexistence* de celle-ci pèse sur la partie adverse, en l'occurrence la victime du dommage : voy. à ce propos Cass., 30 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 445 ; Cass., 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 1 ; Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 705, avec les conclusions de M. le procureur général J. DU JARDIN ; Cass., 12 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 458 ; Cass., 22 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 564 ; Cass., 30 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 775 ; Cass., 4 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1338.

(3459) Voy. Cass., 23 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 544 ; Cass., 19 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 200 ; Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 96 ; Cass., 21 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 661, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général T. WERQUIN ; Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 507, avec les conclusions contraires de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général ; Cass., 14 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 33 et note (1) signée A.H. ; Cass., 4 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, n° 154 ; Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056, avec les conclusions de M. le procureur général VELU, alors avocat général. – Les mêmes critères sont appliqués, moyennant certains aménagements, pour apprécier la responsabilité encourue en raison d'actes relevant directement de l'exercice de la fonction juridictionnelle (voy. Cass., 25 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 219 ; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 411, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 349 ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 347 ; Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, n° 343). En revanche, il n'existe apparemment pas d'identité entre l'illégalité (ou l'inconstitutionnalité) et la faute du législateur, dont la responsabilité requiert toujours une appréciation *in concreto* (voy. Cass., 10 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 508, *A.C.*, 2010, n° 508, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THLS ; Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 445, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ).

(3460) Voy. ainsi Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 320 ; Cass., 6 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 377 ; C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, point B.27.3 ; Cass., 26 septembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 482 ; Cass., 21 juin 2002, *Pas.*, 2002, n° 375 ; Cass., 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 412, avec les conclusions de M. le premier avocat général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général.

règles sanctionnées par la nullité du contrat (3461), pour autant que celles-ci aient imposé au défendeur en responsabilité une obligation de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée et qu'il ne parvienne pas à établir l'existence d'une cause de justification dans son chef. À cet égard, une attention primordiale doit être accordée à la question de savoir si le défendeur à l'action en responsabilité précontractuelle était bien le destinataire de la norme violée, en ce sens qu'elle prescrivait bien une obligation dont il était personnellement tenu (3462).

343. Suite – Illustrations. I. Ainsi, par exemple, la conclusion d'un contrat sous l'empire d'une *erreur substantielle* constitue techniquement la transgression des articles 1108 à 1110 du Code civil, qui prescrivent pour la conclusion d'un contrat l'existence d'un consentement libre et exempt de vice de consentement. Ces dispositions n'imposent cependant aucune obligation d'agir de manière déterminée au cocontractant de l'*errans* ; aussi ne pourrait-on déduire de la seule existence d'une erreur substantielle entraînant la nullité du contrat que ce cocontractant serait en faute. En revanche, sa responsabilité pourra être engagée si l'*errans* parvient à démontrer un manquement à un devoir d'information imposé par la loi ou, plus généralement, un manquement au devoir général de prudence ayant provoqué ou facilité l'erreur commise (3463).

II. À l'inverse, les articles 1111 à 1116 ne se contentent pas d'édicter une cause de nullité, ils interdisent également implicitement à quiconque de se rendre l'auteur d'une *violence* ou d'un *dol* ; pareil comportement constitue donc *ipso facto* une *culpa in contrahendo* (3464), sauf l'hypothèse – toute théorique – où son auteur parviendrait à démontrer l'existence d'une cause de justification dans son chef. Tout est donc question d'interprétation de la norme.

III. Plus subtile est sans doute l'hypothèse de l'*objet illicite*. Se prévalant d'un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 1976, une partie de la doctrine considère que « [l]a seule circonstance qu'une convention est annulée parce que son objet se trouve hors du commerce (convention de bail portant sur un bien compris dans

(3461) *Contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 434, p. 281, pour qui il faudrait toujours apprécier *in concreto* si la partie à qui une *culpa in contrahendo* est reprochée connaissait ou devait connaître la cause de nullité.

(3462) Sur la notion (polysémique) de destinataire de la norme, cons. B. DUBUISSON, o.c., *R.C.J.B.*, 2001, n° 16, pp. 39 et s.

(3463) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 343, p. 530.

(3464) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 343, pp. 529 et s.

le domaine public et non régulièrement réintroduit dans le domaine privé de l'État) ne suffit pas à caractériser la *culpa* dans le chef de la Société des chemins de fer qui avait conclu le bail allégué ; il aurait fallu démontrer que celle-ci avait induit son cocontractant en erreur au sujet des droits pouvant résulter de cette convention » (3465).

Nous ne partageons pas cette analyse. Dans sa décision, la Cour de cassation avait décidé dans un premier temps que, quoique qualifiée de bail par certaines de ses clauses, la convention ne répondait pas à cette qualification en raison d'une stipulation inconciliable avec celle-ci (en l'occurrence, une clause permettant de mettre fin à tout moment au contrat pour des raisons de service, moyennant un préavis de trois mois sans dédommagement pour le « preneur »). Tout en relevant que la convention ne constituait pas réellement un bail, la Cour de cassation décide que « le jugement n'a pu déduire de la simple constatation que la [Société des chemins de fer] a, dans ces circonstances, conclu un bail [qu'elle] aurait commis une *culpa in contrahendo* en induisant son cocontractant en erreur au sujet de ses droits résultant de la convention » (3466).

Il résulte à notre sens de ces considérations qu'en réalité, *la convention n'était pas nulle* ; dotée d'un objet illicite sous la qualification de bail, la Cour de cassation a néanmoins assuré la validité de la convention en procédant à sa requalification – en l'occurrence, bien qu'elle ne le dise pas expressément, en convention d'occupation précaire du domaine public –, ce qui constitue, comme nous l'avons vu, une technique d'effet équivalant à la théorie de la conversion des actes nuls (3467). Or, dès lors que la convention n'est pas un bail, la Société des chemins de fer ne pouvait, par hypothèse, avoir méconnu les règles légales applicables en matière de bail. C'est dès lors à juste titre que la Cour de cassation a considéré que la responsabilité de celle-ci ne pouvait être engagée que si elle avait induit son cocontractant en erreur sur ses droits résultants de la convention – c'est-à-dire sur les droits reconnus à l'occupant précaire –, donc en cas de manquement au devoir général de prudence.

En revanche, si l'objet du contrat – dans sa qualification exacte – est vraiment illicite, rien ne justifie à notre sens de s'écarter de la théorie de l'unité de l'illégalité et de la faute. Si, par exemple, les parties concluent un contrat de distribution portant sur un bien hors commerce, tel un médicament n'ayant pas reçu les autorisations de mise sur le marché requises, elles méconnaissent à notre sens toutes

(3465) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 344, p. 532.

(3466) Cass., 1^{er} octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 133.

(3467) Voy. *supra*, n° 322.

deux les normes qui s'imposent à elles et commettent ainsi chacune une *culpa in contrahendo*, sauf à démontrer dans leur chef une ignorance invincible (3468). Il y aura donc lieu, en règle, à un partage de responsabilité.

IV. Enfin, dans l'hypothèse d'une *nullité relative*, l'obligation légale, dont la violation est constitutive de faute, est généralement imposée uniquement au cocontractant de la personne dans l'intérêt de laquelle cette obligation est édictée (3469). Ainsi, par exemple, dès lors que l'article 5 de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial offre à la partie qui obtient le droit (le franchisé) la possibilité d'invoquer la nullité du contrat lorsque le projet d'accord et le « document particulier » ne lui ont pas été remis un moins avant la conclusion de l'accord, c'est la partie qui octroie le droit (le franchiseur) dont la *culpa in contrahendo* sera en ce cas présumée.

C. – Lien de causalité

344. Complément de l'action en nullité : la réparation de l'intérêt négatif. Comme on l'a indiqué, il se peut tout d'abord que la nullité du contrat soit prononcée, mais que cette annulation ne suffise pas, en raison de la portée limitée de l'effet rétroactif, à replacer entièrement les parties dans la situation antérieure au contrat (3470). En ce cas, l'action en responsabilité précontractuelle permettra à la victime d'une éventuelle *culpa in contrahendo* d'obtenir, en complément des restitutions consécutives à l'annulation, la réparation du dommage causé par cette faute (3471).

(3468) En ce sens, on relèvera que l'article 16, §1^{er}, 2°, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, réprime tant l'achat que la vente de médicaments non conformes aux dispositions légales.

(3469) Comp. cependant B. DUBUISSON, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, n° 10, p. 35, pour qui l'unité de l'illégalité et de la faute ne vaudrait pas lorsque la norme violée ne vise qu'à protéger les intérêts d'une partie contractante ou une catégorie socioprofessionnelle déterminée, plutôt que la généralité des citoyens. Nous ne sommes pas convaincus par le bien-fondé d'une telle distinction, dès lors qu'en protégeant une catégorie déterminée de la population considérée comme faible, le législateur agit également, fût-ce indirectement, dans l'intérêt général (voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 312, p. 283). On en veut pour preuve que de telles dispositions, bien que donnant lieu à une nullité relative, sont souvent pénalement sanctionnées, comme c'est fréquemment le cas en droit du travail.

(3470) Voy. *supra*, n° 335.

(3471) Cette possibilité d'introduire une action en responsabilité en complément de l'action en nullité est consacrée, implicitement, par l'article 1599 du Code civil (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *o.c.*, n° 625, p. 360).

À cet égard, on connaît l'attachement de notre Cour de cassation à la théorie de l'équivalence des conditions, aux termes de laquelle « [u]ne faute entraîne la responsabilité de son auteur lorsque, sans elle, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé » (3472). Ce critère conduit à rechercher ce qui se serait produit en l'absence de la *culpa in contrahendo*. Cette reconstruction hypothétique ne pourra en principe pas aboutir à la conclusion qu'en l'absence de la faute, le contrat aurait été valable ; au contraire, il faudra normalement constater que sans la faute, le contrat n'aurait pas été conclu du tout, ou du moins, pas aux mêmes conditions (3473). Par conséquent, on considère généralement qu'en vertu de la responsabilité précontractuelle, la victime de la *culpa in contrahendo* pourra obtenir une réparation équivalant, non à l'avantage qu'elle aurait pu retirer du contrat s'il avait été valablement conclu et exécuté (*intérêt positif*), mais uniquement aux pertes subies et occasions manquées du fait de la conclusion d'un contrat nul (*intérêt négatif*) (3474). La distinction entre ces deux types d'intérêts se retrouve déjà chez von Ihering qui définit le premier comme l'intérêt à l'exécution du contrat et le second comme l'intérêt à sa non-conclusion (3475).

Quelques exemples permettront d'illustrer le propos.

(3472) Cass., 13 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 25 ; Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 397, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué P. DE KOSTER ; Cass., 23 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 272. Quoique exprimé en des termes différents inspirés de l'article 1151 du Code civil, le même critère est d'application en matière contractuelle (voy. les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES avant Cass. (plén.), 5 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 257, points 20 et s.).

(3473) Sur cette dernière hypothèse, voy. *infra*, n° 347.

(3474) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 431, p. 278 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 229, p. 177 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., nos 135 et s., pp. 98 et s. ; P. WÉRY, o.c., *R.C.J.B.*, 2003, n° 22, p. 111 (en cas de cause illicite) ; *adde*, avec des nuances, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 345, pp. 533 et s. ; **en droit néerlandais**, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 641 ; dans le **DCFR**, art. II. – 7:214, alinéa 2 et II. – 7:304, alinéa 2 ; dans les **Principes d'Unidroit 2010**, l'article 3.2.16. Au contraire, les articles 29.1 et 55 de la proposition de **DCEV** ne prennent pas clairement position sur l'étendue du dommage réparable en cas de *culpa in contrahendo* (pour une critique, voy. G. HOWELLS et J. WATSON, « Article 29 », *Common European Sales Law (CESL)*, o.c., n° 12, p. 178, et T. PFEIFFER, « Article 55 », *Common European Sales Law (CESL)*, o.c., n° 20, p. 297).

(3475) R. VON IHERING, o.c., *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 16. Pour plus de détails sur la distinction entre intérêt négatif et intérêt positif, ainsi que leur mode d'évaluation, voy. *infra*, nos 381 et s.

Supposons qu'un particulier acquière chez un antiquaire un tableau attribué à tel peintre célèbre. À l'insu des deux parties, le tableau n'a toutefois été réalisé que par un élève du maître, ce que l'acheteur découvre quelques années plus tard. Supposons encore qu'il obtienne l'annulation de la vente pour erreur sur la substance de la chose et parvienne également à démontrer l'existence d'une *culpa in contrahendo* dans le chef du vendeur, celui-ci ayant dû, en sa qualité de professionnel, s'apercevoir de la méprise. L'acheteur pourra en ce cas, après les restitutions réciproques de la chose et du prix, obtenir des dommages-intérêt complémentaires destinés à compenser les coûts exposés du fait de la vente (tels que les frais de transport, frais d'expertise, perte de temps, etc.), voire même la perte d'une chance d'avoir pu acquérir un autre tableau qui aurait dans l'intervalle augmenté de valeur. En revanche, il ne pourra pas réclamer au vendeur la différence entre le prix qu'il a payé et la valeur qu'aurait aujourd'hui un tableau authentique de la main du maître. En effet, s'il avait été dûment informé, le tableau n'aurait toujours pas été de la main du maître ; l'acheteur aurait dès lors renoncé à son achat puisque, par hypothèse, pour avoir pu entraîner la nullité du contrat, l'erreur devait être déterminante de son consentement (3476).

La distinction entre intérêt positif et intérêt négatif apparaît encore plus clairement dans l'hypothèse d'une vente ayant un objet illicite. Envisageons ainsi la vente d'un bien du domaine public non désaffecté par l'autorité (3477). En ce cas, l'acheteur ne peut normalement reprocher à l'autorité publique la nullité de la vente, puisque cette nullité trouve sa cause dans la loi ; il peut, en revanche, lui reprocher d'avoir conclu cette vente alors qu'elle aurait dû avoir connaissance de sa nullité (3478).

En règle, l'intérêt négatif dont la victime de la *culpa in contrahendo* est habilitée à réclamer réparation demeurera inférieur à

(3476) Voy. dans le même sens Antwerpen, 12 juin 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 279, note B. VAN DEN BERGH. L'objet de la vente était sans doute moins esthétique (un camion dont l'acheteur pensait à tort qu'il s'agissait d'une camionnette), mais le raisonnement de la cour est pour le surplus identique. Retenant une erreur substantielle de l'acheteur ainsi qu'un manquement du vendeur à son devoir d'information, elle constate que l'acheteur n'aurait pas acheté le véhicule s'il avait su qu'un permis C était requis pour le conduire et, se référant à la théorie de l'équivalence des conditions, lui accorde une indemnité couvrant le temps consacré à l'achat ainsi que le coût du financement.

(3477) Par facilité, on supposera que seule l'Administration est en faute, l'acheteur pouvant se prévaloir d'une cause exonératoire de responsabilité. À défaut, rien n'empêcherait toutefois à notre sens de retenir un partage de responsabilité, puisqu'en acquérant un bien hors commerce, l'acheteur se met également en contravention avec la loi (voy. *supra*, n° 343, III).

(3478) Voy. R. VON IHERING, *o.c.*, *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 17.

l'intérêt positif dont elle aurait bénéficié en cas de validité du contrat (3479). Il ne doit toutefois pas nécessairement en aller ainsi.

Supposons par exemple que A vende à B une chose d'une valeur de 100 pour le même prix. Peu de temps après, C offre à A d'acquérir la chose pour 110, offre qu'A décline en raison de la vente conclue avec B. Si, par la suite, cette vente vient à être annulée et que B s'est rendu coupable d'une *culpa in contrahendo*, alors, l'intérêt positif du contrat s'élevait à 0 (puisque A ne réalisait aucun bénéfice en vendant la chose à B) tandis que l'intérêt négatif dont il peut demander réparation s'élève à 10 (puisque B l'a, par sa faute, fait conclure un contrat nul et ainsi empêché de conclure une vente plus lucrative avec C), ou du moins à la perte d'une chance de gagner 10 (3480).

345. Théorie de l'alternative légitime. La limitation de la réparation en cas de *culpa in contrahendo* à l'intérêt négatif est généralement bien ancrée en doctrine et en jurisprudence. Il est toutefois permis de se demander si cette conception ne devrait pas être partiellement revue à la lumière de la théorie de l'alternative légitime (3481).

La théorie de l'alternative légitime constitue un développement relativement récent dans la jurisprudence de la Cour de cassation où elle est envisagée comme un assouplissement ou, du moins, comme une précision apportée à rigueur à la théorie de l'équivalence des conditions (3482). On peut voir une reconnaissance de cette théorie

(3479) Voy. en ce sens C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n° 172, p. 117.

(3480) Voy. BGH, 18 janvier 2011, VI ZR 325/09, point 11 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 18^e éd., München, Beck, 2008, n° 711, p. 349.

(3481) Comp. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 642, pour qui la réparation de l'intérêt positif en cas de *culpa in contrahendo* ne pourrait se justifier qu'en prenant ses distances avec le test de la *condicio sine qua non*.

(3482) Sur la théorie de l'alternative légitime, cons. J. DE CODT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 35 et s., n°s 20 et s., pp. 54 et s. ; B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, pp. 746 et s., n°s 7 et s., pp. 748 et s. ; I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *Droit de la responsabilité*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 7 et s., n° 8, pp. 19 et s. ; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *Droits des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Liège, Anthemis, 2007, pp. 37 et s., n°s 26 et s., pp. 54 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 1095, pp. 1562 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit »,

dans un arrêt rendu en audience plénière le 25 mars 1997 (3483), qui énonce :

« Attendu qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté qu'à l'endroit où la voiture d'Alonso-Gonzalez était stationnée l'arrêt était autorisé ; qu'ils ont considéré que le dommage, tel qu'il s'est réalisé, se serait produit de la même manière si la présence du véhicule d'Alonso-Gonzalez avait été conforme au règlement ; *qu'ainsi, sans modifier les circonstances de l'accident, les juges d'appel ont décidé que la présence de véhicule qui, en elle-même, n'était pas fautive, était sans lien causal nécessaire avec l'accident et ses conséquences dommageables* ; que, par ces considérations, les juges d'appel ont légalement justifié leur décision ».

Dans cette affaire, M. Alonso-Gonzalez avait certes commis une faute, puisque son véhicule se trouvait en stationnement irrégulier. Toutefois, à l'endroit où se trouvait le véhicule, l'arrêt était néanmoins autorisé pendant le temps requis pour l'embarquement ou le débarquement de personnes ou de choses (3484). C'est ce qui permet à la Cour de considérer que la présence du véhicule à cet endroit n'était pas « en elle-même » fautive et, ainsi, de considérer qu'elle était sans lien causal avec le dommage (3485).

On voit donc que la théorie de l'alternative légitime ne modifie pas radicalement le fonctionnement de la théorie de l'équivalence des conditions. Toutefois, alors que celle-ci commandait classiquement d'apprécier le lien de causalité en faisant abstraction du comportement fautif pour rechercher si, sans celui-ci, le dommage se serait produit de la même manière, la théorie de l'alternative légitime nuance

Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, F. mob., Mechelen, Kluwer, 2007, n^{os} 39 et s., pp. 31 et s.

(3483) Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n^o 161, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER qui relèvent les premiers signes de reconnaissance de la théorie dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Nous soulignons.

(3484) Sur la différence entre arrêt et stationnement, cons. les articles 2.22 et 2.23 de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière et de l'usage de la voie publique.

(3485) Pour d'autres applications, voy. Cass., 7 mars 2013, *Pas.*, 2013, n^o 153 ; Cass., 26 novembre 2008, n^o P.08.1009.F, inédit (« si le juge qui apprécie le lien causal entre la faute et le dommage ne peut modifier les conditions dans lesquelles celui-ci est survenu, c'est sous la réserve de l'omission de la faute elle-même. Il lui est donc loisible de remplacer le caractère fautif de la prise en charge d'un passager sur la moto par son exécution correcte et d'en déduire que cette faute est ou n'est pas causale selon qu'en son absence, le dommage ne se serait pas ou se serait produit. Les juges d'appel pouvaient, dès lors, sans modifier les circonstances concrètes de l'accident, se demander si celui-ci se serait également produit tel qu'il s'est réalisé, dans l'hypothèse où la présence de la passagère sur la moto du demandeur eût été réglementaire ») ; Cass., 28 mai 2008, *Pas.*, 2008, n^o 324 ; Cass., 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n^o 646, point 4 ; Cass., 10 juin 2003, *Pas.*, 2003, n^o 341.

ce raisonnement dans la mesure où le comportement fautif n'est pas supprimé dans la reconstruction fictive des événements, mais plutôt remplacé par un comportement identique, mais non fautif (ce que la Cour de cassation désigne dans sa jurisprudence par l'idée d'« exécution correcte »). Dans cette mesure, on a pu écrire que « la théorie de l'alternative légitime détermine, avec une précision chirurgicale, l'acte fautif et procède ensuite classiquement à son élimination ou à sa substitution par un acte licite » (3486). Cela étant, on peut également, en prenant un peu de recul, voir dans la théorie de l'alternative légitime un correctif d'équité d'autant plus nécessaire qu'en adhérant strictement à la théorie de l'équivalence des conditions, le droit belge fait figure d'exception (3487).

Quoi qu'il en soit de ses rapports avec la théorie classique de l'équivalence des conditions, on s'aperçoit en tout cas rapidement qu'admise sans réserve, la théorie de l'alternative légitime aboutirait à des conséquences absurdes. Prenons par exemple l'hypothèse caricaturale où un homme en abat un autre de sang-froid. Dira-t-on que, puisque la mort serait survenue de manière identique dans la situation fictive où le coup de feu aurait été tiré légalement, et que tel aurait pu être le cas si le tueur s'était trouvé en situation de légitime défense, le coup de feu ne serait pas « en lui-même » fautif et qu'il est dès lors sans lien causal avec le décès de la victime ? La négative est certaine. C'est sans doute la raison pour laquelle, tant dans son arrêt du 25 mars 1997 que dans ses arrêts ultérieurs, la Cour a pris le soin de préciser que la théorie de l'alternative légitime ne pouvait trouver application qu'à la condition de ne pas modifier les circonstances concrètes de la cause (3488). C'est ainsi, à notre sens, qu'on ne pourrait décharger le tueur de sa responsabilité en supposant une situation de légitime défense étrangère aux circonstances concrètes de la cause.

346. Suite – Réparation de l'intérêt positif ? Mise en oeuvre sur le terrain de la *culpa in contrahendo*, la théorie de l'alternative légitime n'aboutira pas systématiquement à des conséquences différentes de celles qui auraient résulté de l'application pure et simple de la théorie de l'équivalence des conditions.

(3486) J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, n° 122, p. 56.

(3487) Voy. à ce propos A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et London, Martinus Nijhoff Publishers, 1969.

(3488) Voy. en particulier Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 741 ; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 58 ; *adde* Cass., 13 juin 2013, *Pas.*, 2013, n° 367.

Le résultat sera ainsi identique lorsque la *culpa in contrahendo* consistait en un défaut d'information, puisque, dans ce cas, les deux théories conduisent à rechercher ce qui se serait passé si une information correcte avait été fournie. Par ailleurs, il ne nous paraît pas possible de faire application de la théorie de l'alternative légitime en présence d'un comportement qui est par nature fautif ou illégal. Ainsi, par exemple, lorsqu'un contrat a été conclu en raison d'un dol principal, il ne nous paraît pas possible de remplacer les manoeuvres frauduleuses par leur « exécution correcte » ; la seule manière de reconstituer la situation qui se serait produite en l'absence de faute est de considérer que les manoeuvres n'auraient pas été accomplies du tout, et non qu'elles l'auraient été sans fraude. De même, un contrat ayant pour objet la vente de stupéfiants est en soi illicite, de sorte que l'« exécution correcte » du comportement consiste à ne pas conclure le contrat du tout.

En revanche, la théorie de l'alternative légitime pourrait bien aboutir à un résultat différent lorsque la faute consiste à avoir conclu un contrat nul, mais qui, par nature, ne devait pas nécessairement l'être. Le remplacement de la faute par son exécution correcte ne doit-il pas, dès lors, conduire à considérer qu'en l'absence de la faute, le contrat aurait été valablement conclu, en sorte que la victime de la *culpa in contrahendo* serait exceptionnellement habilitée à obtenir une réparation égale à l'intérêt positif ? (3489)

Reprenons ainsi l'hypothèse de la *vente d'un bien du domaine public non désaffecté*. La faute reprochée à l'Administration consiste en ce cas à avoir vendu un bien hors commerce. Ne peut-on, cependant, faire valoir que la vente d'un tel bien n'était pas en soi fautive, dès lors qu'il aurait pu au préalable être désaffecté ? (3490) En appréciant la question du lien de causalité, remplacer le comportement fautif par son exécution correcte ne revient-il dès lors pas à rechercher ce qui se serait passé si l'Administration avait dûment désaffecté le bien avant de le vendre ? (3491) Si l'on suit ce raisonnement, alors l'on

(3489) On relèvera à cet égard que les textes de droit romain sur la base desquels von Ihering a fondé la théorie de la *culpa in contrahendo* (*supra*, n° 337, I) sont aujourd'hui plutôt interprétés comme ayant accordé à l'acheteur la réparation de l'intérêt positif (voy. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., p. 244).

(3490) Comp. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 345, pp. 533 et s. On suppose évidemment que, dans les circonstances concrètes de la cause, une telle désaffectation eût été possible.

(3491) Comp. Cass., 7 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 153 (la faute commise par une commune consistant à ne pas avoir adressé à un échevin de convocation au conseil communal lors duquel une motion de méfiance a été adoptée à son encontre est sans lien causal avec son

devra admettre que la faute de l'Administration n'a pas tant causé à la victime les inconvénients découlant de la conclusion d'un contrat nul (intérêt négatif) que, plus radicalement, provoqué la nullité du contrat, en sorte que la victime devrait pouvoir réclamer le bénéfice (net) du contrat comme s'il avait été valablement conclu (intérêt positif). Une telle réparation de l'intérêt positif ne pourrait à notre sens intervenir que par équivalent dès lors que l'Administration, qui jouit d'une compétence discrétionnaire pour décider de procéder ou non à une désaffectation, ne pourrait y être contrainte par le pouvoir judiciaire (3492). Une certaine prudence est toutefois de mise dès lors qu'on ne peut totalement exclure que la Cour de cassation considère qu'en envisageant le cas où l'Administration aurait désaffecté le bien, le juge comparerait la situation concrète dont il est saisi avec une situation purement hypothétique (3493).

Le raisonnement peut être étendu à l'hypothèse d'un contrat atteint d'un *mobile illicite unilatéral*. L'hypothèse classique est celle du preneur ayant l'intention, à l'insu du bailleur, d'affecter les lieux loués à une destination illicite (proxénétisme, crime organisé...) ou, tel qu'illustré par la jurisprudence de la Cour de cassation, le cas où une vente est conclue par une partie, à l'insu de l'autre, dans la perspective de réaliser une fraude fiscale (carrousel TVA). On sait à cet égard que le

dommage dès lors que, si l'échevin avait été régulièrement convoqué à la séance du conseil communal, la décision de ce dernier fût demeurée identique).

(3492) En effet, si le juge peut prévenir ou réparer les dommages causés par les fautes de l'Administration commises dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il ne peut toutefois aller jusqu'à se substituer à celle-ci ni la priver de sa liberté politique (voy. Cass., 24 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 546, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL ; Cass., 3 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 4 ; Cass., 1^{er} octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 444, point 6 ; Cass., 24 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 599, point 11 ; Cass., 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 518 ; Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, n° 124, avec les conclusions de M. l'avocat général DUBRULLE).

(3493) Comp. Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 741, *J.L.M.B.*, 2010, p. 2006, obs. C. PARMENTIER, « La théorie de l'alternative légitime », où la Cour reproche à l'arrêt attaqué d'exclure le lien de causalité entre la faute consistant à avoir délivré un permis illicite et le dommage en comparant cette situation à la situation hypothétique dans laquelle l'Administration aurait délivré des permis d'urbanisme conformes à la loi. Bien que cette explication ne ressorte pas clairement à la lecture de l'arrêt, M. le président de section Parmentier, qui présidait la chambre qui a rendu l'arrêt, minimise toutefois la portée de celui-ci en estimant que la cassation était encoure parce que, « au lieu de se placer dans les circonstances qui existaient en 1998, au moment où les travaux avaient été entamés sur la base des permis illégaux, les juges d'appel ont justifié l'absence de lien causal en s'appuyant sur des faits postérieurs, à savoir la délivrance ultérieure de permis d'urbanisme conformes à la loi ». Ainsi, l'impossibilité de faire application de la théorie de l'alternative légitime n'aurait pas trouvé sa cause dans le caractère discrétionnaire de la compétence reconnue à l'Administration dans la délivrance d'un permis d'urbanisme, mais uniquement dans une erreur commise par le juge du fond dans la détermination du moment auquel il convient de se placer pour remplacer le comportement fautif par son exécution correcte.

mobile illicite animant une seule des parties à l'insu de l'autre suffit à entraîner la nullité du contrat (3494). La doctrine s'est cependant émue du sort du cocontractant innocent. Elle a dès lors suggéré de la mettre à l'abri de la nullité du contrat en considérant que la partie animée d'un mobile illicite devrait être condamnée à réparer en nature cette *culpa in contrahendo* en étant privée du droit d'agir en nullité (3495).

Deux objections ont été avancées à l'encontre de ce raisonnement (3496). La première consiste à considérer que le maintien du contrat excéderait la réparation du dommage causé par la faute. L'objection ne nous paraît toutefois pertinente que dans le paradigme de la théorie de l'équivalence des conditions. En effet, si l'on se place sur le terrain de la théorie de l'alternative légitime, il nous semble que le contrat qui ne doit sa nullité qu'au mobile illicite animant l'une des parties n'est pas, en soi, nul. Remplacer le comportement fautif par son exécution correcte revient dès lors à constater qu'en l'absence du mobile illicite, le contrat aurait été valablement conclu, de sorte que la *culpa in contrahendo* a bien eu pour conséquence de priver la partie innocente du bénéfice d'un contrat valable (intérêt positif).

La deuxième objection est plus sérieuse. Elle consiste à souligner qu'une telle action en responsabilité ne pourrait pas empêcher le juge de déclarer *ex officio* la nullité du contrat, conformément aux articles 6, 1131 et 1133 du Code civil. La solution est incontestable (3497), mais elle ne nous paraît pas pour autant prévenir l'introduction d'une action en responsabilité. En effet, tout en visant à accorder à la partie innocente le bénéfice de l'intérêt positif, la réparation pourrait prendre la forme de dommages-intérêts qui ne se confondent pas en tant que tels avec l'exécution du contrat (3498). Ainsi, par exemple, si les lieux loués avaient une valeur locative de 100 et que le loyer demandé par le bailleur innocent s'élevait à 110, celui-ci devrait pouvoir se voir reconnaître le droit de demander les 10 de bénéfice qu'il

(3494) Voy. *supra*, n° 280, II.

(3495) Voy. P.A. FORIERS, « L'objet et la cause... », *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, p. 155 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, n° 268, p. 512 ; A. WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1165 et s., spéc. p. 1173

(3496) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique, o.c.*, n° 269, p. 213 et n° 374, p. 309 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, nos 206 et s., pp. 132 et s. ; M. VON KUEGELGEN, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 20, p. 590 ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2003, n° 20, pp. 108 et s.

(3497) Voy. *supra*, n° 249.

(3498) Comp., à propos de la résolution, *infra*, nos 388 et s.

escomptait pendant toute la durée du bail, ce qui n'implique pas pour autant qu'un contrat nul ait reçu exécution.

Le raisonnement que nous proposons suscite toutefois à son tour une nouvelle question : ce faisant, le cocontractant innocent ne tente-t-il pas à tout le moins indirectement de maintenir une situation contraire à l'ordre public ? Pareille question déborde cependant du cadre de la causalité et doit être examinée sous l'angle de la définition du dommage réparable (3499).

347. Alternative à l'action en nullité : la correction du contrat non souhaité. La distinction entre intérêt positif et intérêt négatif se brouille dans l'hypothèse du maintien du contrat non souhaité (3500). Il s'agit du cas où, sans agir en nullité, la victime d'une faute exerce plutôt une action en responsabilité destinée à corriger les conditions auxquelles le contrat a été conclu (3501). En ce cas, la théorie de l'équivalence des conditions conduit à rechercher à quelles conditions le contrat aurait été conclu si la faute précontractuelle n'avait pas été commise. La réparation accordée – en nature ou par équivalent – aura dès lors pour objet de compenser les conditions contractuelles défavorables dans la mesure où elles trouvent leur cause dans la faute. Outre l'hypothèse classique du dol incident (3502), on rencontre notamment cette situation en cas de lésion qualifiée (3503) ou de manquement non intentionnel à un devoir d'information ou de conseil. Encore faut-il bien sûr, pour qu'elle obtienne réparation, que la victime de la *culpa in contrahendo* démontre qu'elle aurait contracté à des conditions différentes en l'absence de celle-ci (3504).

Dans l'hypothèse du dol incident et des situations apparentées, la faute commise n'était pas déterminante du consentement de la victime, de sorte que l'action en nullité ne lui est normalement pas ouverte et que son action en responsabilité vise uniquement à

(3499) Voy. *infra*, n^{os} 348 et s.

(3500) Sur ce cas de figure, voy. *supra*, n^o 335.

(3501) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 346, p. 534, et, pour des applications en jurisprudence, n^o 347, pp. 534 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^o 372, p. 359.

(3502) Voy., par exemple, Brussel, 14 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 365, note B. VAN DEN BERGH.

(3503) Cons. à ce propos les références citées *supra*, note n^o 3152.

(3504) Voy., par exemple, Liège, 7 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1469 (il n'est pas démontré que, si les vendeurs avaient correctement informé les acheteurs, ceux-ci auraient acheté à un prix inférieur).

corriger les conditions contractuelles. Mais, lorsque, sans la *culpa in contrahendo*, le contrat n'aurait pas été conclu du tout, peut-on imaginer d'aller plus loin, en ce sens que l'action en responsabilité permettrait à la victime de corriger l'existence du contrat sans même devoir agir en nullité ? La doctrine tend à répondre positivement à cette question (3505), tout en gardant bien sûr à l'esprit que, lorsque le contrat est atteint d'une cause de nullité absolue, la victime qui se contente d'agir en responsabilité ne pourra bien évidemment empêcher le juge d'élever d'office la cause de nullité (3506).

Cette solution trouve un certain appui dans un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2009. Dans cette affaire, une vente avait été annulée comme portant sur la chose d'autrui. Le notaire instrumentant avait par ailleurs été condamné par le juge du fond, *in solidum* avec le vendeur, à la restitution du prix. Le notaire s'était alors pourvu en cassation en reprochant à l'arrêt attaqué d'avoir violé la notion de dommage réparable en y incluant l'obligation de restitution du prix, alors que celle-ci constitue la conséquence directe de l'effet rétroactif de l'annulation. La Cour de cassation rejette cependant le pourvoi en décidant que « [l]e prix de vente, qui fait l'objet de l'obligation de restitution, peut faire partie du dommage subi par l'acheteur, tant que la restitution n'a pas eu lieu » en sorte que « l'arrêt ne méconnaît pas la notion de "dommage" et n'accorde pas une indemnité pour un dommage inexistant » (3507).

(3505) En ce sens, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n^{os} 187 et s., pp. 124 et s. ; S. STIJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 242 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n^o 371, p. 359 ; dans l'hypothèse d'un dol principal, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n^o 166.2, p. 306. **En droit allemand**, la réponse à la question est également positive : voy. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n^o 450, p. 480. – Comp. cependant J. BÆCK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 439, p. 283, qui paraît considérer que l'introduction d'une action en responsabilité visant à la réparation de l'intérêt négatif suppose que le contrat ait été préalablement annulé. Comp. également le **DCFR**, art. II. – 7:214, alinéa 2, qui prévoit que, lorsque le contrat n'a pas été annulé, le dommage réparable ne peut excéder la perte causée par le vice de consentement, c'est-à-dire en réalité l'intérêt positif.

(3506) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n^o 613, p. 353 ; sur ce pouvoir du juge, voy. *supra*, n^o 249.

(3507) Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n^o 525, points 5 et 7. **En France**, la restitution du prix ne peut constituer un dommage que le tiers fautif est tenu de réparer qu'en cas d'insolvabilité de la partie tenue à restitution : voy. Cass. fr., 25 mars 2010, *Bull.*, 2010, I, n^o 73 (action en diminution du prix) ; Cass. fr., 25 mars 2009, *Bull.*, 2009, I, n^o 70 (action en pétition d'hérédité) ; Cass. fr., 3 décembre 2008, *Bull.*, 2008, III, n^o 197 (action en résolution) ; Cass. fr., 11 mai 2005, *Bull.*, 2005, III, n^o 100 (action en résolution) ; Cass. fr., 9 novembre 2004, *Bull.*, 2004, I, n^o 259 (action en nullité) ; Cass. fr., 18 juin 2002, *Bull.*, 2002, I, n^o 168 (action

Certes, le notaire n'est pas à proprement parler une partie à l'acte dont il assure l'authenticité (3508), de sorte qu'on ne se trouve pas tout à fait dans l'hypothèse classique de la *culpa in contrahendo*. On peut néanmoins déduire de cette décision que l'action en responsabilité introduite par la victime d'une faute peut, en règle, tendre à un résultat identique à celui de l'action en restitution. En d'autres termes, il paraît résulter de l'arrêt du 24 septembre 2009 que ni la nullité du contrat ni les restitutions qui y trouvent leur fondement ne constituent une cause juridique propre qui interromprait le lien de causalité entre la *culpa in contrahendo* et les prestations faites en exécution du contrat nul (3509). Dans cette mesure, l'action en responsabilité précontractuelle apparaît bien comme une alternative possible à l'action en nullité.

Deux observations doivent toutefois nuancer ce propos.

Premièrement, cette inclusion des restitutions dans le dommage réparable ne vaut que « tant que la restitution n'a pas eu lieu » ensuite de la nullité du contrat. La prudence commande dès lors, lorsque l'action en responsabilité précontractuelle est utilisée comme alternative à une action en nullité encore ouverte, que la réparation ne soit accordée qu'à titre provisionnel, afin de pouvoir encore tenir compte d'une éventuelle restitution obtenue après le jugement statuant sur l'action en responsabilité (3510). La réparation pourra en revanche être accordée de manière définitive s'il apparaît raisonnablement certain que le débiteur de la restitution n'effectuera pas celle-ci, par exemple parce qu'il est insolvable ou fugitif et latitant (3511).

Deuxièmement, on ne perdra pas de vue que, lorsque l'action en responsabilité est utilisée comme alternative à l'action en nullité, il faut tenir compte, pour déterminer l'étendue du dommage réparable,

en nullité) ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 423, p. 180 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 515, p. 575.

(3508) Néanmoins, la responsabilité du notaire d'une partie qui établit, à sa demande, un acte sous seing privé, signé par la suite en son étude, est de nature contractuelle à l'égard de cette partie (Cass., 23 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 576 ; comp. Cass. fr., 23 janvier 2008, *Bull.*, 2008, I, n° 27).

(3509) Il est vrai que l'arrêt du 24 septembre 2009 ne s'est pas prononcé en tant que tel sur la question du lien de causalité, mais sur celle du dommage réparable. Les deux questions sont toutefois étroitement liées, comme l'illustre le fait que l'obligation propre de réparation incombant à un tiers, autrefois examinée sous l'angle de la rupture du lien de causalité, l'est aujourd'hui sous celui du dommage réparable (voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 1104, p. 1575).

(3510) Comp. avec la question classique de la prise en considération, dans la fixation du montant de la réparation, des événements postérieurs au moment où le juge statue (voy. à ce propos *infra*, n° 407).

(3511) Voy., dans le même sens, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 440, p. 284.

des sommes que la victime de la *culpa in contrahendo* serait elle-même tenue de restituer en cas d'annulation du contrat (3512). Supposons, par exemple, que A vende à B pour 100 une chose d'une valeur de 90 appartenant à C. Supposons encore que A, tout en ayant connaissance de la propriété de C sur la chose, n'en ait pas averti B. Ce dernier pourrait certes agir en nullité de la vente, celle-ci ayant porté sur la chose d'autrui. En ce cas, il obtiendrait la restitution du prix qui s'élève à 100, mais, au cas où il aurait obtenu la possession de la chose, il devrait la restituer ou, du moins, restituer 90 par équivalent. En d'autres termes, l'avantage économique que l'acheteur retire de la nullité du contrat ne s'élève pas à 100, mais bien à $100 - 90 = 10$. Par conséquent, si l'acheteur préfère introduire une action en responsabilité précontractuelle plutôt que réclamer la restitution du prix sur la base de la nullité du contrat, ce qui paraît possible compte tenu de l'arrêt du 24 septembre 2009, alors son dommage se limitera également à 10, puisque, bien que le contrat lui ait causé une perte de 100, il lui a néanmoins procuré un gain de 90 (3513). Il n'en irait autrement que si ce gain s'avérait illusoire, parce que l'acheteur aurait déjà restitué la chose à C (qui aurait agi en revendication) ou à B (comme c'était apparemment le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 24 septembre 2009).

En définitive, si l'action en responsabilité précontractuelle constitue pour la victime de la *culpa in contrahendo* une alternative à l'action en nullité, elle ne conduira normalement pas pour elle à un résultat différent. Néanmoins, tout comme dans le cas où l'action en responsabilité est utilisée à titre de complément de l'action en nullité (3514), elle pourra parfois s'avérer plus favorable que cette dernière, en raison des limitations apportées à l'effet rétroactif. Ainsi, par exemple, l'action en responsabilité permettra à la victime d'obtenir de l'auteur de la *culpa* le remboursement des frais de l'acte de nul, alors que, n'ayant pas été payés à celui-ci, ils ne doivent normalement pas être restitués par lui sur le fondement de l'action en nullité (3515).

(3512) Comp. avec la *Differenztheorie*, *infra*, n° 394.

(3513) Nous raisonnons ici, par facilité, sur la base de l'intérêt négatif. Si c'est l'intérêt positif qui devait être réparé (voy. *supra*, n° 346), alors l'acheteur n'aurait droit à aucune indemnité, puisque le contrat était pour lui déficitaire, tendant à l'achat pour un prix de 100 d'une chose qui ne valait objectivement que 90.

(3514) Voy. *supra*, n° 344.

(3515) Voy. *supra*, n° 253.

D. – **Domage**

348. Notion de dommage réparable. La définition du dommage réparable ne suscite pas de difficulté particulière lorsque la réparation est limitée à l'intérêt négatif (3516) ou à la correction d'un contrat non souhaité (3517). Il en va toutefois autrement si l'on admet que, par le jeu de la théorie de l'alternative légitime, la victime puisse obtenir la réparation de l'intérêt positif, c'est-à-dire une réparation égale à l'avantage économique (net) dont elle aurait bénéficié si le contrat avait été valablement conclu (3518). Accorder pareille réparation ne revient-il pas indirectement, en effet, à maintenir dans l'ordre juridique un contrat par hypothèse nul et qui devrait à ce titre se voir refuser tout effet ? En d'autres termes, un tel dommage est-il vraiment réparable ?

Pour répondre à cette question, il faut remonter à la définition du dommage en droit commun de la responsabilité et, plus spécialement, aux règles de la responsabilité aquilienne. En effet, même si nous sommes d'avis que la responsabilité précontractuelle peut trouver son fondement dans le contrat annulé (3519), les développements consacrés à la responsabilité contractuelle nous sont ici de peu d'aide dès lors que le dommage y est généralement envisagé uniquement comme une suite de l'inexécution du contrat, laquelle fait en l'occurrence défaut. Par conséquent, les principes enseignés quant à la définition du dommage réparable en matière aquilienne nous paraissent pouvoir être transposés sans difficulté, spécialement en ce qui concerne la condition de légitimité de l'intérêt lésé (3520).

À cet égard, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1939, on considère que le dommage réparable n'implique pas nécessairement la lésion d'un droit, mais peut consister en la lésion d'un simple intérêt. La Cour précisa à cet égard que « les articles 1382 et suivants du Code obligent l'auteur d'un fait illicite à réparer tout dommage certain, autre que la privation d'un avantage

(3516) Voy. *supra*, n° 344.

(3517) Voy. *supra*, n° 347.

(3518) Voy. à ce propos *supra*, n° 345.

(3519) Voy. *supra*, n°s 337 et s.

(3520) En ce sens, voy. les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES avant Cass. (plén.), 5 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 257, point 17, p. 1026.

illégitime, qui a été causé par ce fait » (3521). Variant la formule, la Cour décide également que « la lésion d'un intérêt ne peut donner ouverture à une action en réparation qu'à la condition qu'il s'agisse d'un intérêt légitime » (3522). Cette jurisprudence relative au dommage réparable peut être rapprochée de celle relative à la nécessité de justifier d'un intérêt légitime pour pouvoir agir en justice (3523).

(3521) Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 ; voy. déjà Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298, et la note (2) signée L.C. exposant l'opinion contraire de M. le procureur général CORNIL, alors avocat général, lequel arrêt, après avoir estimé que la victime d'un délit ou d'un quasi-délit « a droit à la réparation de tout le dommage que lui cause la violation de ses droits », décide toutefois que « la loi n'a pu sanctionner la privation de bénéfices qu'elles considère comme illégitimes ».

(3522) Cass., 6 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 351 ; Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 387 ; Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 364. Sur cette question, voy. I. CLAEYS, « Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming? », *R.D.C.*, 1999, pp. 840 et s., n°s 10 et s., pp. 844 et s. ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, dos. 10, *Le dommage*, Bruxelles, Kluwer, 2000, n° 26, p. 17 ; R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit civil*, tome V, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 1962, n°s 2919 et s., pp. 287 et s. ; D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 21 et s. ; B. DE TEMMERMAN, « Recente cassatierechtspraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003) », *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.763, points 1 et s. ; L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, pp. 179 et s., n°s 22 et s., pp. 197 et s. ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen et Apeldoorn, Kluwer et Brussel, Ced.Samson, 1984, n°s 98 et s., pp. 68 et s. ; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte et Brugge, die Keure, 2010, pp. 53 et s., n°s 30 et s., pp. 76 et s. ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 10, pp. 22 et s. ; J. KIRKPATRICK, « Lorsqu'un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc ? », note sous Cass., 14 mai 2003, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 149 et s. ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 2^e éd. par L. DE WILDE, A. CLAEYS et I. MALLEMS, Gent, Story-Scientia, 1984, n°s 34 et s., pp. 39 et s. ; A. VAN OEVELEN, G. JOUQUÉ, C. PERSYN et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad : schade en schadeloosstelling (1993-2006) », *T.P.R.*, 2007, pp. 933 et s., n° 4, pp. 955 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1065, pp. 1502 et s. ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009, n°s 1015 et s., pp. 635 et s.

(3523) Voy. not. Cass., 4 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 530, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT et la note ; Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 120, *R.D.C.*, 2007, p. 253, note H. DE WULF, « Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditur » ; Cass., 7 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 482, *T.R.O.S.*, 2004, p. 273, note D. LINDEMANS, « Het rechtmatigheidsvereiste voor het belang bij een rechtsvordering of een rechtsmiddel: een paralegale wijze van rechtshandhaving » ; Cass., 5 juin 2001, *Pas.*, 2001, n° 333, spéc. la note (1), p. 1047, exposant les conclusions partiellement contraires de M. l'avocat général DUINSLAEGER ; Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 188, *A.C.*, 1998, I, n° 188, avec les conclusions de M. le procureur général DE SWAEF, alors avocat général, *R.G.D.C.*, 1999, p. 251, note D. SIMOENS, « Een illegaal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen » ; voy. également M. CASTERMAN, *Gerechtelijk Privaatrecht. Algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke*

Nous avons tenté ailleurs de montrer que, sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation était parcourue par un double mouvement allant dans le sens d'une interprétation, tantôt extensive, tantôt restrictive de la condition de légitimité de l'intérêt (3524). Plutôt que de reprendre intégralement ces développements, nous nous permettrons de nous limiter ici, *brevitatis causa*, à la conclusion à laquelle nous étions abouti.

À cet égard, si l'on veut donner du dommage réparable une définition à la fois conforme au respect des droits fondamentaux et cohérente avec le reste de l'ordre juridique, il convient à notre sens d'apprécier la légitimité de l'intérêt à agir uniquement sur la base de l'objet (par opposition à la cause) de la demande, à savoir l'avantage concrètement réclamé par le demandeur (3525). Il s'agira donc de vérifier si l'objet de la demande tend exclusivement au maintien d'une situation illicite. Dans l'affirmative, le demandeur ne pourra se prévaloir d'un intérêt légitime à agir. Dans la négative, la demande sera recevable.

C'est ainsi que la réparation *en nature* de la privation d'un avantage illicite tendra au maintien d'une situation illicite et sera dès lors irrecevable sans même qu'il faille examiner le fondement de la demande. En revanche, une demande tendant à la réparation *par équivalent* d'un tel dommage ne sera jamais, en soi, illégitime, car on ne peut considérer que l'objet de la demande – à savoir l'octroi d'une somme

rechtspleging, Gent, Academia Press, 2004, n° 42 ; I. CLAYES, *o.c.*, *R.D.C.*, 1999, n° 10 et s., pp. 844 et s. ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 7, p. 16 ; I. DURANT, *o.c.*, *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, n° 26 et s., pp. 74 et s. ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, n° 27, p. 39 ; F. HAENTJENS, « (Geen) vergoeding voor de aannemer voor werken uitgevoerd zonder of in strijd met een stedenbouwkundige vergunning ? », note sous Gent, 29 mai 2009, *R.W.*, 2011-2012, pp. 744 et s. ; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 131 et s., pp. 204 et s. ; P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 18 Ger. W. », *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2002, n° 2 et s., pp. 3 et s. ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *Jur. Falc.*, 1987-1988, pp. 19 et s., spéc. pp. 28 et s. *Contra* : S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », *R.D.J.P.*, 2000, pp. 155 et s., n° 10 et s., pp. 159 et s. ; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2002, n° 62 et s., pp. 99 et s.

(3524) Voy. R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation. Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, pp. 253 et s.

(3525) *Ibid.*, n° 44, p. 264. Comp. avec la solution retenue par Cass., 16 juin 2014, n° C.12.0402.F, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT.

d'argent – vise en soi le maintien d'une situation illicite, compte tenu notamment du principe de libre disposition de l'indemnité. Aller au-delà et s'interroger sur l'origine de l'avantage dont le demandeur sollicite l'octroi, c'est en réalité s'aventurer sur le terrain de la cause de la demande et de son fondement, c'est-à-dire sur celui de l'existence d'un droit subjectif, ce qui est incompatible avec la notion d'intérêt à agir.

349. Application à la *culpa in contrahendo*. Ces principes ne suscitent guère de difficulté lorsque la victime d'une *culpa in contrahendo* tente, par le biais d'une action en responsabilité pré-contractuelle, d'obtenir la réparation de l'intérêt négatif, c'est-à-dire l'indemnisation des frais causés par la nullité du contrat (3526). En effet, l'action tend, en ce cas, en complément des restitutions découlant de la nullité du contrat, à replacer autant que possible la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat nul n'avait pas été conclu. Elle vise, en d'autres termes, non à maintenir une situation illicite, mais au contraire, à effacer toutes les conséquences de celle-ci.

Plus complexes sont les hypothèses où, par application de la théorie de l'alternative légitime, la victime poursuit la réparation de l'intérêt positif afin que lui soit accordé, par le détour de l'action en responsabilité, le bénéfice (net) qu'elle comptait retirer du contrat frappé de nullité (3527). En ce cas, il nous paraît clair que la victime ne pourrait demander l'octroi de ces avantages en nature, car il s'agirait alors véritablement de maintenir une situation illicite. En revanche, bien que la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point soit divisée, de forts arguments militent en faveur de l'admission de l'action en réparation par équivalent du dommage consistant en la privation d'un avantage, fût-il d'origine illicite. Pareille analyse nous conduit à reconnaître la possibilité d'indemniser par équivalent l'intérêt positif de la victime, lorsque ce dommage se trouve en lien causal avec la faute.

Ainsi, pour reprendre les exemples déjà évoqués, il nous paraît que, lorsque le bail trouve sa cause de nullité dans la destination illicite que le preneur entendait donner aux lieux loués à l'insu du bailleur, ce dernier devrait pouvoir réclamer des dommages-intérêts égaux au bénéfice net qu'il pouvait espérer retirer de la location. De même, et

(3526) Sur la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif, voy. *supra*, n° 344.

(3527) Sur ces cas particuliers, voy. *supra*, n° 345.

sous réserve d'un éventuel partage de responsabilité, l'acquéreur d'un bien du domaine public que les pouvoirs publics auraient pu mais ont négligé de désaffecter préalablement devrait pouvoir obtenir des dommages-intérêts réparant par équivalent toutes les suites nécessaires de l'inexécution du contrat, sous déduction bien sûr des charges que l'acquéreur aurait eu à supporter si le contrat avait été valable, et pour autant que ce dommage présente un degré de certitude suffisant pour être indemnisé (3528).

(3528) Sur l'évaluation concrète de l'intérêt positif, voy. *infra*, n^{os} 398 et s.

CHAPITRE II

RÉSOLUTION POUR INEXÉCUTION

§ 1. – *Généralités*

350. Notion. La résolution pour inexécution peut se définir comme la sanction, en principe judiciaire et facultative, offerte, dans un contrat synallagmatique, au créancier victime d'un manquement grave de son débiteur en vue de lui permettre de dissoudre, en principe rétroactivement, le contrat (3529). Elle trouve son fondement légal dans l'article 1184 du Code civil.

À cet égard, le terme « créancier » peut paraître ambigu, puisque, dans un contrat synallagmatique, chaque partie est par hypothèse à la fois créancière et débitrice de l'autre. Dans le contexte de la résolution-sanction, les termes « créanciers » et « débiteurs » se rapportent toutefois en règle à l'obligation inexécutée. Ils ne préjugent néanmoins pas de la question de savoir qui, une fois la résolution prononcée, aura la qualité de créancier ou de débiteur de la chose à restituer (3530). Ainsi, par exemple, en cas de résolution d'une vente, le vendeur sera toujours le créancier de la chose, peu importe que le contrat ait été résolu en raison d'une inexécution imputable au vendeur ou à l'acheteur. En d'autres termes, le « créancier » (sous-entendu, de l'obligation inexécutée) ne se confond pas nécessairement avec le « créancier de la chose » (sous-entendu, à restituer en cas de résolution du contrat).

Sous le bénéfice de cet éclaircissement terminologique, la définition énoncée appelle encore certaines précisions.

(3529) Voy. dans le même sens S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 6, p. 35 (cet ouvrage, qui constitue la publication de la thèse de doctorat de cet auteur, sera cité de préférence aux autres travaux de celui-ci) ; cons. également H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 874, pp. 833 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 582, pp. 877 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n^{os} 660 et s., pp. 624 et s.

(3530) Voy. à ce propos *infra*, n^{os} 415 et s.

351. Objet de la résolution : le contrat. Tout d'abord, la résolution est un mode de dissolution du contrat ; comme la nullité (3531), elle ne frappe les obligations nées de celui-ci que par répercussion (3532). Cette solution, qui résulte du texte même de l'article 1184, est confirmée tant par les conditions que par les effets de la résolution. D'une part, en effet, celle-ci suppose un *contrat synallagmatique*, et se distingue donc des causes d'extinction visées à l'article 1234 du Code civil qui atteignent les obligations indépendamment de leur source. D'autre part, elle ne se borne pas à éteindre les obligations du créancier, mais entraîne également la libération du débiteur, en sorte que c'est tout le *rapport synallagmatique* qui est ainsi concerné. Or, du rapport d'obligations au lien contractuel, il n'y a qu'un pas qui – à tout le moins dans la tradition franco-belge – paraît aisé à franchir.

Cette identité a été contestée par C. Rigalle-Dumetz qui, dans sa thèse de doctorat, a défendu l'idée que la résolution ne porterait que sur le rapport d'obligations, à l'exclusion du lien contractuel proprement dit qui demeurerait en vigueur (3533). Cette opinion permet, il est vrai, de justifier certaines solutions du droit positif, telles que la nature contractuelle des dommages-intérêts octroyés au créancier (3534) ou la survie de certaines clauses à la résolution (3535). Enfermée dans une logique conceptuelle rigide (3536), elle nous paraît cependant entraîner des conséquences difficilement compatibles avec

(3531) Voy. *supra*, n° 226, I.

(3532) Voy. C. CAUFFMANN, « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 155 et s., n° 6, p. 158 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 7e éd., Paris, Sirey, 2011, n° 246, p. 233 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 22, p. 169 (qui soulignent néanmoins que la résolution du contrat trouve son origine dans l'inexécution d'une obligation) ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 13, p. 43. *Contra* : C. RIGALLE-DUMETZ, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 11, p. 132 et n° 27, p. 147 ; B. VAN DEN BERGH, « De (terugwerkende kracht van de) rechtsgevolgen na gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie: confectie of maatwerk ? », note sous Cass., 8 février 2010, *R.W.*, 2011-2012, pp. 648 et s., n° 1, p. 648.

(3533) Voy. C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, nos 288 et s., pp. 172 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 11, p. 132 et n° 27, p. 147 ; voy., dans un sens similaire, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 222. Cette analyse s'inspire directement de la théorie allemande du rapport de liquidation (voy. à ce propos *infra*, n° 364).

(3534) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, nos 345 et s., pp. 206 et s. ; voy. *infra*, n° 380.

(3535) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, nos 354 et s., pp. 214 et s. ; voy. *infra*, n° 489.

(3536) Par opposition à une approche fonctionnelle : voy. *supra*, n° 5.

l'état du droit positif. Ainsi, dans le système défendu, la résolution ne remettrait pas en cause le transfert de propriété, parce que celui-ci ne constituerait pas l'exécution d'une obligation, mais plutôt un effet du contrat ; elle se bornerait à donner naissance à une nouvelle obligation de transférer la propriété (3537). Néanmoins, dans le système du Code civil, outre que le transfert de propriété constitue bien l'exécution d'une obligation – certes particulière (3538) –, il est indéniable que la résolution anéantit, rétroactivement, les transferts de propriété opérés en exécution (des obligations) du contrat (3539). De manière plus générale, même en admettant que le contrat puisse produire certains effets sans devoir passer par le détour de l'obligation (on pense ainsi à l'effet extinctif d'une remise de dette ou à l'effet déclaratif d'une transaction), ceux-ci n'en sont pas moins, ainsi que nous le verrons, en principe anéantis par la résolution (3540). Dès lors, la résolution est bien dirigée contre le contrat dans son ensemble, sauf à donner à la notion d'obligation une portée tellement large qu'elle finisse par englober la totalité des effets contractuels (3541).

Tout au plus concéderait-on que, dès lors que l'effet rétroactif de la résolution ne va pas – à la différence de la nullité – jusqu'à remettre en cause l'existence même de l'accord de volontés (3542), la résolution ne concerne en réalité que les *effets*, ou au moins certains effets du contrat, plutôt que sa conclusion proprement dite. Néanmoins, puisque le mot « contrat » évoque simultanément cette double réalité (accord conclu et conséquences de cet accord), rien n'empêche à notre sens, par synecdoque (figure rhétorique consistant à désigner la partie par le tout) et conformément à un usage langagier bien ancré, de continuer à parler de « résolution du contrat » (3543).

On notera enfin que la résolution peut changer de nom en fonction de la nature du contrat concerné. Ainsi, on s'accorde à considérer que la « révocation » pour inexécution des conditions prévues à l'article

(3537) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n^{os} 623 et s., pp. 382 et s.

(3538) Art. 1138 du Code civil ; sur l'obligation de donner, cons. P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986, pp. 47 et s., n^{os} 8 et s., pp. 52 et s.

(3539) Voy. *infra*, n^o 464.

(3540) Voy. *infra*, n^o 462.

(3541) Sur ce point ainsi que pour d'autres critiques, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^o 56 et s., pp. 43 et s., spéc. n^o 60, pp. 46 et s.

(3542) Pour plus de détails, voy. *infra*, n^o 377.

(3543) Dans le même sens, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n^o 679 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^o 64, p. 50 ; comp. avec la notion de « contrat conditionnel », *supra*, n^o 166.

954 du Code civil n'est, en principe, rien d'autre qu'une résolution, et est dès lors soumise au même régime (3544).

352. Nature de sanction. Le caractère de sanction de l'institution examinée est fondamental. On en trouve l'expression dans le fait que la résolution suppose une inexécution du contrat, donc une faute imputable au débiteur, et, par ailleurs, qu'elle peut être demandée « avec dommages et intérêts » (article 1184, alinéa 2) (3545).

Ces éléments permettent de distinguer la résolution pour inexécution de la résolution consécutive à la réalisation d'une condition résolutoire (3546), de la dissolution du contrat par l'effet de la théorie des risques (3547) et de la résiliation unilatérale ou bilatérale (3548), chacune de ces institutions étant étrangère à toute idée de faute du débiteur. La résolution pour inexécution n'est donc que l'un des différents modes possibles de dissolution du contrat. Afin d'éviter d'alourdir le texte, le terme « résolution » sera le plus souvent utilisé sans autre précision dans la suite de ce chapitre, étant entendu qu'il s'agira à chaque fois de la résolution-sanction.

(3544) Voy. E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Donations », *Rép. not.*, tome III, L. VII, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 223, p. 250 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 101, p. 164.

(3545) Voy. R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, pp. 159 et s., n° 2, p. 161 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 6, p. 35. Pour plus de détails sur le caractère de sanction de la résolution, voy. *infra*, n° 374. Sur la consistance des dommages-intérêts, voy. *infra*, n°s 381 et s.

(3546) Voy. à ce propos *infra*, n°s 493 et s.

(3547) Voy. Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270 et la note (5) signée R.H.

(3548) Le terme « résiliation » doit donc être évité pour décrire l'anéantissement du contrat fondé sur son inexécution, et ce, même dans les cas où la dissolution intervient, par exception, sans effet rétroactif (comp. not. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1103, p. 2235). Voy. à cet égard les précisions de H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 876, p. 836 ; M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 228 et s., n° 3, p. 229 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n°s 393 et s., pp. 235 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Het definitief en onherroepelijk karakter van de regelmatig gegeven opzegging van een overeenkomst », note sous Cass., 3 décembre 2007, *R.W.*, 2010-2011, pp. 1432 et s., n° 2, p. 1432 ; comp. la position quelque peu désabusée de T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 27, p. 20. Sur les difficultés terminologiques supplémentaires se présentant en néerlandais, cons. S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 13, p. 44.

Cette conception de la résolution n'est pas la seule possible. Ainsi, **en droit allemand**, depuis la réforme du droit des obligations de 2002, le droit de *Rücktritt* est ouvert au créancier par le § 323 du BGB quelle que soit la cause d'inexécution du contrat par le débiteur ; tout au plus l'existence d'un manquement imputable au débiteur peut-elle affecter les conséquences de l'exercice de ce droit (3549). Il en va de même **en droit néerlandais** (3550), dans la **CVIM** (3551), dans le **DCFR** (3552), dans la proposition de **DCEV** (3553) et dans les **Principes d'Unidroit 2010** (3554).

Même en **droit français**, il faut observer que, dans la célèbre affaire du phylloxéra, la Cour de cassation a fondé la théorie des risques sur l'application de l'article 1184 du Code civil, solution dont elle ne s'est pas départie depuis lors (3555). La majorité de la doctrine lui reproche cependant de confondre deux institutions fondamentalement distinctes (3556).

Afin de permettre une comparaison pertinente avec le droit belge, nous n'examinerons dans la suite de ce chapitre les effets de

(3549) Sur les causes de cette réforme, voy. C. HATTENHAUER, « §§ 323-325. Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, vol. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1813 et s., n^{os} 80 et s., pp. 1878 et s.

(3550) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n^o 681 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 422, p. 559.

(3551) Voy. l'article 79.5 de la CVIM ; Y. ATAMER, « Article 79 », *UN Convention of Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (éd. S. KRÖLL, L. MISTELIS et P. PERALES VISCASILLAS), Munich, C.H. Beck, Hart et Nomos, 2011, pp. 1054 et s., n^o 40, pp. 1069 et s.

(3552) Voy. art. III. – 3:101, alinéa 2, *jo.* art. III. – 3:501 et s. ; P. WÉRY, « L'inexécution des obligations contractuelles et les "moyens" dans le projet de cadre commun de référence », *J.T.*, 2011, pp. 333 et s., n^o 6, p. 335.

(3553) Voy. les articles 87.1 *jo.* 106.1, c), 106.4, 131.1, c) et 131.2 ; R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « Un droit de vente européen pour une meilleure protection du consommateur ? Les moyens d'actions du consommateur en cas d'inexécution du contrat », *Rev. eur. dr. cons.*, 2013, pp. 3 et s., n^o 20, p. 19.

(3554) Voy. les articles 7.1.1 *jo.* 7.3.1 et le commentaire, p. 304.

(3555) Voy. Cass. fr., 14 avril 1891, *D.*, 1891, I, p. 329, note M. Planiol et *in* H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n^o 179, ainsi que les références citées au point 3, pp. 264 et s. ; *adde* depuis lors Cass. fr., 6 mai 2009, n^o 08-13.824.

(3556) Voy. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n^o 249, p. 236 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 898, p. 476 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 668, p. 658 ; voy. cependant *contra* : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, o.c., n^o 179, point 3, p. 264 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^{os} 129 et s., pp. 94 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n^o 647, pp. 687 et s.

la résolution en droits allemand, français et néerlandais que dans la mesure où elle se fonde sur une inexécution imputable au débiteur (3557).

353. Caractère judiciaire de la sanction. La résolution est une sanction en principe judiciaire, c'est-à-dire qu'elle doit normalement être prononcée par le juge. Ce principe comporte cependant d'importants aménagements sur lesquels nous aurons à revenir, puisque la date à laquelle la résolution intervient est importante pour déterminer l'étendue de la période intermédiaire et, ainsi, de l'effet rétroactif (3558). On soulignera toutefois dès à présent que le pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la résolution dont bénéficie le juge lorsqu'il est saisi d'une demande en ce sens exclut que sa décision puisse être qualifiée de purement déclarative (3559).

354. Caractère facultatif de la sanction. La résolution est par ailleurs une sanction en principe facultative offerte au créancier (3560). En effet, aux termes de l'article 1184, celui-ci a en principe le choix, soit de demander l'exécution forcée (pour autant qu'elle soit encore possible), soit de poursuivre la résolution du contrat. Pour quels motifs opterait-il pour cette seconde possibilité ?

La résolution octroie en réalité au créancier une *protection supplémentaire* par rapport au droit commun de l'exécution forcée (3561). En effet, celle-ci pourrait se révéler insuffisante pour le créancier, soit que la prestation du débiteur ne puisse plus être accomplie de manière satisfaisante (par exemple, parce que celui-ci est devenu insolvable, ou parce que le créancier a perdu toute confiance dans son débiteur), soit que le créancier ne souhaite

(3557) Sur cette approche fonctionnelle, voy. *supra*, n° 43.

(3558) Voy. *infra*, n°s 356 et s.

(3559) Voy. *infra*, n° 429.

(3560) Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 420.

(3561) H. STOLL, « Rücktritt und Schadensersatz », *AcP*, 1929, pp. 141 et s., spéc. p. 166 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 586, p. 888. Pour plus de détails sur l'intérêt stratégique de la résolution pour le créancier, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n°s 334bis et s., pp. 244 et s.

plus exécuter ses propres obligations, notamment parce qu'il préfère désormais traiter avec un nouveau partenaire (3562).

La résolution remplit ainsi une double fonction : *libération* du créancier de ses engagements non encore exécutés, et *liquidation* d'un passé contractuel défectueux par le biais des restitutions (3563).

À ce titre, la résolution constitue le complément naturel de l'exception d'inexécution, qui n'apporte qu'une solution provisoire au problème, du moins en théorie (3564). En effet, le créancier victime de l'inexécution peut certes suspendre ses propres obligations tant que son débiteur n'exécute pas correctement les siennes, mais, au cas où cette situation viendrait à se prolonger, le créancier ne peut à la fois refuser de s'exécuter et réclamer à son débiteur des dommages-intérêts représentant l'exécution par équivalent de l'obligation de celui-ci (3565). Pour clarifier la situation (et récupérer l'acompte éventuellement déjà payé), le créancier préférera donc demander la résolution du contrat. Dans cette mesure, la résolution constitue une *mesure d'assainissement* de la situation contractuelle (3566). Par ailleurs, tout comme l'exception d'inexécution (3567), la résolution joue également un *rôle de sûreté*, puisqu'elle traduit le principe que nul ne doit exécuter un contrat si l'autre partie ne l'exécute pas elle-même (3568).

Ce rôle de la résolution permet également de se faire une idée plus précise de la nature de cette sanction. On a en effet soutenu qu'elle

(3562) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 246, pp. 233 et s. ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, n° 911, p. 375 ; H. STOLL, o.c., *AcP*, 1929, pp. 166 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n° 660, p. 625.

(3563) C. HATTENHAUER, « §§ 323-325. Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, vol. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1813 et s., n° 3, p. 1816 ; dans le même sens, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 110, p. 124.

(3564) En pratique, l'exception d'inexécution peut en effet dans certains cas devenir un moyen de défense permanent : voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 576, p. 871 ; comp. depuis lors l'article 76 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(3565) Voy. Cass., 15 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 323.

(3566) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 210, p. 152.

(3567) Voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 571, p. 857. De manière générale, sur ce que la connexité inhérente au rapport synallagmatique constitue une source de garantie, cons. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, o.c., pp. 717 et s.

(3568) Voy. R. CASSIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 2, p. 160 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n°s 211 et s., pp. 152 et s. ; voy. également les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT avant Cass., 20 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 476.

constituerait une véritable *peine privée* dont le caractère répressif résulterait de l'appréciation du caractère fautif ou blâmable du comportement du débiteur (3569), de l'octroi de dommages-intérêts ainsi que de son effet libératoire et rétroactif (3570). Cette opinion nous paraît toutefois reposer sur une conception trop extensive de la sanction répressive. Tout d'abord, le fait que la résolution suppose une faute du débiteur découle simplement de la nature de sanction de l'institution, mais ne renseigne en rien sur la nature de celle-ci (3571). Par ailleurs, nous verrons que le principal objectif de la résolution et des dommages-intérêts octroyés en complément de celle-ci est d'effacer les conséquences du manquement commis par le débiteur. Ainsi, le créancier est certes libéré de ses obligations, mais le même effet extinctif bénéficie également au débiteur. La résolution poursuit donc bien une visée principalement *réparatrice* caractérisée par le souci de rétablir une situation d'équilibre entre les parties même si, à l'instar de toute sanction, elle n'est pas exempte de toute coloration punitive ou dissuasive (3572). Quant aux dommages-intérêts, ils visent également à restaurer un équilibre rompu, puisqu'ils ne sont dus que dans la mesure du dommage subi par le créancier dans son patrimoine. En réalité, pour que la résolution fût véritablement répressive, il eût fallu qu'elle libérât le créancier sans que le débiteur ne fût pour autant dispensé d'exécuter ses propres obligations, consacrant ainsi un déséquilibre entre les parties (3573). Au demeurant, attribuer à la résolution une finalité répressive entraînerait nécessairement l'application d'une série de garanties pour le moins inadaptées au régime de cette institution (3574). Pour ne donner qu'un exemple, il paraît douteux, en effet, que le large pouvoir d'appréciation reconnu au juge pour décider

(3569) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 221, p. 158.

(3570) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 94, p. 147 ; voy. également H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 835, p. 875 ; B. VAN DEN BERGH, o.c., *R.W.*, 2011-2012, n° 2, p. 648 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n° 660, p. 624. La même équation entre sanction et peine privée se retrouve implicitement chez L. CORNELIS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 14, pp. 234 et s., qui conteste à l'inverse à la résolution son caractère de sanction au motif qu'elle a pour conséquence de libérer le débiteur de ses obligations.

(3571) Ainsi, par exemple, la responsabilité civile est également à base de faute, mais ne tend, en règle, qu'à la réparation du dommage subi sans pouvoir excéder celui-ci.

(3572) Comp., à propos de la nullité, *supra*, n° 240, II. Par ailleurs, il se peut également que, dans les circonstances concrètes de la cause, le rétablissement de l'équilibre opéré par la résolution du contrat ait, en pratique, pour effet de priver le débiteur d'une affaire qui lui était économiquement favorable (voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 223, p. 260) ; ces circonstances contingentes nous paraissent toutefois insuffisantes pour reconnaître à la résolution une véritable nature répressive, spécialement au regard des critères maniés par la Cour européenne des droits de l'homme (voy. *supra*, n° 283).

(3573) Comp. l'effet de la règle *in pari causa*, *supra*, n° 281.

(3574) Comp. *supra*, nos 283 et s.

de l'opportunité de la résolution soit compatible avec le principe de légalité des délits et des peines applicable en matière pénale.

On précisera en outre que, quoique la résolution dépende en principe de la volonté du créancier, l'option qui lui est reconnue n'est pas sans limite. En effet, lorsque l'exécution en nature de l'obligation est devenue impossible, l'article 1184 prévoit que celle-ci ne peut plus être demandée. Par ailleurs, même lorsque l'exécution forcée demeure possible, elle peut être refusée lorsqu'elle est constitutive d'abus de droit ; se pose alors la question de savoir si la résolution peut être *imposée* au créancier (3575).

355. Conditions – Résolution d'un contrat déjà dissous.

Outre l'intervention du juge et le choix du créancier, déjà évoqués, les principales conditions de la résolution sont l'existence d'un contrat synallagmatique et d'un manquement grave imputable au débiteur. Quoique ces deux dernières conditions appellent bien des nuances, nous les laisserons de côté dès lors qu'elles ne concernent pas véritablement l'objet de notre étude.

Il est en revanche une condition de la résolution qui nous intéresse directement. Il s'agit de la question de savoir si un contrat déjà dissous peut encore être résolu.

On soulignera tout d'abord que la question touche à notre sens au *fond du droit* plutôt qu'à la recevabilité de l'action en résolution. On sait, en effet, que la personne qui se prétend titulaire d'un droit subjectif jouit en principe de la qualité et de l'intérêt requis pour faire valoir ce droit en justice ; l'existence de celui-ci relève, non de la recevabilité, mais du fondement de l'action (3576).

Pour le reste, on a défendu l'idée que l'action en résolution ne peut être accueillie que si le contrat existe encore valablement au moment où le juge est saisi d'une telle action (3577). Cette conception restrictive nous paraît cependant faire fi de l'effet rétroactif

(3575) Voy. *infra*, n° 420.

(3576) Voy. Cass., 23 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 130 ; Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 103 ; Cass., 16 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 558 ; Cass., 28 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 441 ; Cass., 26 février 2004, *Pas.*, 2004, n° 106.

(3577) Voy. semble-t-il en ce sens S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 112, p. 179 (la position de cet auteur est toutefois ambiguë, puisqu'elle considère, immédiatement après, qu'il suffit que le contrat existe encore au moment où est commis le manquement sur lequel la demande en résolution est fondée ; or, ce moment ne coïncide pas nécessairement avec celui de la saisine du juge).

de la résolution. En effet, nous verrons que les effets de la résolution peuvent remonter, en règle, jusqu'à la date de conclusion du contrat (3578). Il importe peu, par conséquent, que le contrat ait déjà pris fin dans l'intervalle pour un autre motif (3579), pour autant du moins que la résolution, si elle est prononcée, puisse remonter jusqu'à une date antérieure à celle à laquelle cette autre cause de rupture est intervenue. Celle-ci se verrait en effet privée d'effet, à défaut d'objet, par suite de la disparition rétroactive du contrat résolu (3580). On observera d'ailleurs que cette solution n'a jamais été contestée en matière de nullités, où l'on admet qu'un contrat déjà dissous puisse néanmoins être encore annulé (3581).

La jurisprudence de la Cour de cassation offre plusieurs illustrations de ce raisonnement.

On peut d'abord citer l'hypothèse où un bail a pris fin par congé. Après avoir rappelé que la résolution d'un contrat à prestations successives n'était pas nécessairement dépourvue de tout effet rétroactif (3582), la Cour a considéré que « la fin du contrat survenue avant que le juge saisi de la demande de résolution se soit prononcé n'a pas pour effet de priver d'objet cette demande » (3583). Le même raisonnement est suivi dans le cas où le contrat a pris fin par l'échéance du terme (3584) ou, dans l'hypothèse d'une rente, par la mort du créancier (3585). Il pourrait encore être appliqué lorsque le contrat s'est éteint par force majeure ou même par résolution (3586) : en effet, la résolution du contrat à la demande d'une des parties ne prive pas d'objet la demande en résolution formée par l'autre partie, dès lors

(3578) Voy. *infra*, n° 377.

(3579) Tel qu'un *mutuus dissensus* : voy. en ce sens L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, n° 623, p. 805 ; J. DEWEZ, « La résiliation du contrat par accord mutuel des parties », note sous Cass., 27 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 226 et s., n° 23, p. 233.

(3580) Sur l'effet de la résolution sur les actes juridiques liés par l'objet, voy. *supra*, nos 328 et s.

(3581) Voy. *supra*, n° 289.

(3582) Voy. à ce propos *infra*, nos 428 et s.

(3583) Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général.

(3584) Cass. fr., 19 septembre 2006, n° 03-19.132 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 179.

(3585) Voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 105 et s., n° 219, pp. 386 et s.

(3586) Conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, p. 681.

que notre droit admet la résolution aux torts réciproques des deux parties (3587).

Cette analyse conduit à remettre en question l'opinion, assez largement partagée, selon laquelle le maître de l'ouvrage qui a résilié unilatéralement le contrat d'entreprise ne pourrait échapper au paiement de l'indemnité prévue à l'article 1794 du Code civil en sollicitant ensuite la résolution du contrat aux torts de l'entrepreneur (3588). En effet, dès lors que les renonciations sont de stricte interprétation (3589), cette résiliation ne devrait pas emporter en soi, sauf circonstances particulières, renonciation à l'action en résolution. Pour autant que celle-ci soit susceptible de produire des effets remontant avant la notification de la résiliation, il nous semble dès lors que le maître de l'ouvrage devrait encore être en mesure d'agir en résolution (3590). Tout au plus le retard mis par le maître de l'ouvrage à formuler ses griefs pourrait-il conduire le juge à n'admettre qu'avec réserve l'existence d'un manquement grave de l'entrepreneur (3591).

Ces principes se trouvent également quelque peu malmenés dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France.

Ainsi, un arrêt du 24 novembre 1999 avait à trancher la question du concours entre une clause résolutoire expresse et une action en résolution. La cour d'appel avait estimé que, à la suite de l'exercice d'une telle clause par le vendeur le 26 avril 1991, l'action en résolution introduite par l'acheteur le 22 juillet 1991 était devenue sans objet, le contrat ayant déjà été rompu. L'arrêt fut cassé aux motifs « [Q] u'en statuant ainsi alors que la résolution de la vente pour défaut de conformité tendait à l'anéantissement du contrat au jour de sa conclusion et que la clause résolutoire disparaissait avec lui, la cour d'appel

(3587) Comp., avant l'introduction du divorce pour désunion irrémédiable, la jurisprudence décidant que la prononciation du divorce aux torts de l'un des époux n'exclut pas que les torts puissent encore être partagés entre les parties sur la demande reconventionnelle de cet époux (Cass., 22 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 747, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué P. DE KOSTER). Sur les conséquences d'une résolution prononcée aux torts réciproques des parties, voy. *infra*, n°s 410 et s.

(3588) Voy. en ce sens Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, note M. DUPONT, *o.c.*, et les nombreuses références citées par celle-ci au n° 10, p. 232.

(3589) Voy. les références citées *supra*, note n° 758.

(3590) Dans cette mesure, il ne nous paraît pas tout à fait exact de parler, comme certains auteurs, d'un « cumul » de la résiliation et de la résolution, celle-ci produisant ses effets pour le passé et celle-là pour l'avenir (en ce sens, M. DUPONT, *o.c.*, n° 14, pp. 234 et s.). En effet, il ne peut s'agir d'un cumul à proprement parler puisque la résolution produit ses effets non seulement pour le passé, mais également pour l'avenir (voy. *infra*, n° 462) et qu'elle supplante donc entièrement la résiliation intervenue précédemment.

(3591) M. DUPONT, *o.c.*, n° 14, p. 234.

a violé » l'article 1184 du Code civil (3592). Un tel raisonnement ne nous paraît guère convaincant. En effet, il semble reposer sur l'idée critiquable que la résolution entraînerait l'anéantissement rétroactif de la totalité du contrat, en ce compris ses clauses divisibles, telle la clause résolutoire expresse (3593). Mieux eût valu considérer que le contrat avait pris fin en vertu de la clause résolutoire expresse, mais que cette circonstance n'empêchait pas d'introduire ultérieurement une action en résolution, les deux modes de résolution – l'un judiciaire, l'autre extrajudiciaire – pouvant alors entrer en concours et, le cas échéant, entraîner la résolution du contrat aux torts réciproques des deux parties.

Un arrêt du 19 mai 2010 avait quant à lui à se prononcer dans l'hypothèse où un preneur, se plaignant d'infiltration dans les lieux loués, avait écrit au bailleur qu'il était contraint de « résilier » le bail avant de solliciter, dans un second temps, la résolution du bail. Cette demande fut cependant rejetée par la cour d'appel au motif que le bail avait déjà pris fin. Il est permis d'hésiter sur l'interprétation du courrier adressé par le preneur au bailleur, dans lequel on pourrait lire aussi bien un congé qu'une résolution unilatérale du contrat. La Cour de cassation considère toutefois que les juges d'appel ont pu y voir, sans dénaturer, un simple congé, dont ils ont au surplus constaté qu'il avait été accepté par le bailleur. Dès lors, « la cour d'appel, qui a constaté que la convention des parties avait pris fin avant que ne soit formée la demande reconventionnelle tendant à sa résolution, en a exactement déduit que devait être rejetée la demande en résolution d'un bail expiré en vertu d'un congé accepté » (3594). Cette solution, elle-même difficile à interpréter, apparaît critiquable, quelle que soit la lecture qu'on lui donne (3595). En effet, comme nous l'avons vu, le caractère rétroactif de la résolution lui donne en règle préséance sur les autres modes de dissolution du contrat, tel le congé. Le fait que celui-ci ait été « accepté » par le débiteur fautif y change-t-il quelque chose ? Nous ne le pensons pas. Il paraît difficile, en effet, d'interpréter le congé adressé par le preneur comme une offre de conclure un accord avec le bailleur. Dût-il en aller ainsi que l'accord

(3592) Cass. fr., 24 novembre 1999, *Bull.*, 1999, III, n° 228, *D.*, 2000, p. 291, note C. CARON, p. 599, note F. VINCKEL, *A.J.D.I.*, 2001, p. 62, note F. COHET-CORDEY. Certains de ces auteurs tentent de justifier la solution de l'arrêt en considérant, compte tenu des manquements du vendeur à son obligation de délivrance, que celui-ci ne pouvait se prévaloir de la clause résolutoire expresse en raison de l'exception d'inexécution. Rien, toutefois, dans les motifs de l'arrêt ne vient accréditer cette interprétation.

(3593) Comp. *infra*, n°s 489 et s.

(3594) Cass. fr., 19 mai 2010, *Bull.*, 2010, III, n° 98, *A.J.D.I.*, 2010, p. 883, note Y. ROUQUET, *Rev. contrats*, 2010, p. 1215, note T. GÉNICON, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 554, note B. FAGES.

(3595) Voy. la note précitée de T. GÉNICON dont nous empruntons largement l'analyse.

intervenue devrait en toute logique s'analyser comme une résolution amiable, dotée des mêmes effets que la résolution judiciaire (3596) ; la demande ultérieure en résolution aurait dès lors certes été dépourvue d'objet, mais le preneur aurait dû néanmoins pouvoir se prévaloir des effets de la résolution amiable déjà intervenue. Enfin, dût-on même préférer à la qualification de résolution amiable celle de *mutuus dissensus* (3597) – ce qui paraît douteux eu égard au contexte conflictuel entre les parties –, encore le principe selon lequel les renonciations sont de stricte interprétation eût-il dû conduire à la conclusion qu'un tel accord n'emportait pas renonciation au droit du preneur d'agir en résolution.

On notera cependant que, comme nous le verrons en détail au fil de ce chapitre, l'effet rétroactif n'est pas absolu. Par conséquent, si le contrat a déjà pris fin et que la résolution ne serait pas susceptible de remonter à une date antérieure aux effets de l'autre mode de rupture, alors la demande en résolution devrait logiquement être déclarée sans objet (3598). Cette conclusion doit cependant être nuancée.

D'une part, la Cour de cassation considère qu'en cas de concours entre les effets de la résolution et d'un autre mode de rupture à la même date, la résolution doit être préférée (3599). Cet enseignement conforte d'ailleurs la conclusion à laquelle nous étions précédemment parvenu, à savoir que la caducité d'un contrat par disparition de son objet provoquée par la faute du débiteur n'empêche pas le créancier d'agir encore en résolution (3600).

D'autre part, même si la demande de résolution est privée d'objet, cette conséquence ne s'étend pas pour autant automatiquement à la demande de dommages-intérêts complémentaires formée avec l'action en résolution, dès lors que la fin du contrat n'efface pas

(3596) Voy. *infra*, n° 358.

(3597) Sur l'effet rétroactif propre au *mutuus dissensus*, voy. *infra*, n° 565.

(3598) Conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, p. 618.

(3599) Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 326, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT (il s'agissait, en l'occurrence, d'un bail ayant pris fin par congé à la même date que celle à laquelle les effets de la résolution devaient remonter). Dans ses conclusions, le ministère public considère que « [l]'effet rétroactif que recèle en règle la résolution judiciaire du contrat synallagmatique à prestations successives pour non-paiement de loyers, lui confère une nature propre qui, par l'examen préalable de l'ampleur ou des limites de cet effet à l'aune des possibilités matérielles de restitutions, lui donne, à mon sens, prévalence sur cette autre cause de rupture, en l'espèce concomitante, que constitue l'occupation personnelle du propriétaire qui ne peut donc priver la première d'objet ».

(3600) Voy. *supra*, n° 328, II.

nécessairement les fautes commises par le débiteur (3601) ; la fin du contrat devra cependant être prise en considération pour apprécier l'étendue du dommage réparable (3602).

§ 2. – *Période intermédiaire*

356. Principe – Caractère judiciaire de la résolution pour inexécution. À la différence de la nullité, où le principe n'est exprimé que pour certaines causes de nullité et a dû être généralisé par la doctrine et la jurisprudence (3603), l'article 1184, alinéa 3, du Code civil prévoit expressément que « [l]a résolution doit être demandée en justice ».

Pourtant, ce principe inscrit dans les textes fait l'objet d'aménagements encore plus profonds que le caractère judiciaire de la nullité, peut-être parce que la résolution est une sanction plus fréquemment invoquée et que les exigences de la pratique ont dès lors su marquer son régime de leur empreinte.

Avant d'examiner ces tempéraments apportés au principe, on dira quelques mots des raisons pour lesquelles la question présente une importance.

357. Intérêt théorique et pratique. Le caractère judiciaire de la sanction, avec pour conséquence que le contrat ne peut en principe être considéré comme résolu tant que cette résolution n'a pas été prononcée par le juge, présente une importance bien plus grande que dans le domaine de la nullité.

Nous avons vu, en effet, que le débiteur engagé dans les liens d'un contrat nul qui refuse d'exécuter celui-ci sans attendre le prononcé de sa nullité en justice ne s'expose guère, en pratique, à des conséquences dommageables, puisque l'annulation du contrat (à condition bien sûr qu'elle soit prononcée) fera disparaître rétroactivement la norme contractuelle et effacera, ainsi, le manquement

(3601) Conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, p. 618.

(3602) Comp. avec le cas de la défaillance de la condition suspensive, *infra*, n° 530.

(3603) Voy. ainsi l'article 1117 du Code civil et l'évolution de la théorie des nullités rappelée *supra*, n°s 87 et s.

consistant dans le refus – jusque là théoriquement injustifié – d'exécuter celui-ci (3604).

Il en va tout autrement dans le domaine de la résolution, et ce, pour plusieurs motifs.

Tout d'abord, jusqu'au moment du jugement, le débiteur peut en principe encore s'exécuter, ce qui pourra conduire le juge à considérer que le simple retard dans l'exécution n'est pas suffisamment grave pour justifier le prononcé de la résolution (3605).

Ensuite, la faute du créancier qui refuserait d'exécuter ses propres obligations en se fondant sur l'inexécution commise par son débiteur sans attendre le prononcé de la résolution ne sera pas nécessairement effacée rétroactivement par celle-ci. En effet, en cas de fautes concurrentes de chacune des parties, le juge dispose du pouvoir de prononcer la résolution aux *torts réciproques* de celles-ci, plutôt qu'aux torts du seul débiteur auteur de l'inexécution initiale. En ce cas, chacune des parties sera tenue de réparer, dans une certaine mesure, le dommage subi par l'autre (3606). Certes, le créancier pourrait tenter de justifier la faute qu'il a commise en se prévalant de l'exception d'inexécution ; mais encore faut-il que les conditions de celle-ci soient remplies (3607).

En outre, nous verrons que l'effet rétroactif de la résolution est nettement moins étendu que celui de la nullité, spécialement en ce qui concerne les contrats à prestations successives (3608). Or, toutes les fois où la résolution ne remontera pas jusqu'à la conclusion du contrat, elle ne pourra effacer les manquements commis avant la date de ses effets par le créancier, lequel a dans cette mesure intérêt à ce que la résolution intervienne le plus tôt possible.

Du reste, comme en matière de nullité, le caractère judiciaire de la résolution implique que l'ensemble des règles applicables au

(3604) Voy. *supra*, n° 228.

(3605) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 395-1, p. 280 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 878, p. 461.

(3606) Voy. *infra*, n°s 410 et s.

(3607) Notamment, que l'obligation qu'il s'est refusé à exécuter et celle initialement inexécutée par le débiteur aient dû être exécutées trait pour trait, et que l'invocation de cette exception soit conforme aux exigences de la bonne foi (voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 574 et s., p. 860 et s.).

(3608) Voy. *infra*, n°s 428 et s., et comp. *supra*, n°s 260 et s.

contrat devront en principe être respectées tout au long de la procédure en résolution (3609).

Enfin, d'un point de vue plus théorique, la détermination du jour où le contrat est résolu présente un intérêt pour la délimitation de la période intermédiaire et, par voie de conséquence, de l'ampleur de l'effet rétroactif (3610).

358. Premier tempérament – Résolution amiable. L'article 1184 du Code civil étant supplétif, on admet sans peine que les parties procèdent, de commun accord, à la résolution de la vente sans intervention du juge (3611). La question qui se pose alors est de savoir si une telle résolution amiable doit se voir reconnaître les mêmes effets qu'une résolution judiciaire ou si, au contraire, un tel accord doit plutôt être qualifié de résiliation amiable ou *mutuus dissensus* (3612).

Nous avons déjà rencontré une difficulté analogue à propos de la nullité amiable (3613). Ici également, il nous semble que, par souci d'efficacité et afin d'éviter l'accroissement de l'arriéré judiciaire, rien ne justifie d'imposer aux parties de recourir à la justice lorsqu'elles reconnaissent toutes deux que la convention doit être dissoute en raison des manquements commis par l'une d'elles (3614). Un tel accord doit donc, en règle, se voir reconnaître les mêmes effets qu'une résolution judiciaire, sous réserve cependant qu'il ne soit pas conclu en fraude des droits des tiers (3615).

(3609) Ainsi, par exemple, la procédure de conciliation préalable en matière de bail à ferme : voy. Cass., 23 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 463, commenté *supra*, n° 228. On pense également aux clauses du contrat à caractère procédural, telles que les clauses d'élection de for ou de droit, d'arbitrage ou de conciliation (voy. également *infra*, n° 489).

(3610) Voy. *supra*, n° 60.

(3611) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 887, p. 846 ; implicitement, l'article 209, 2° *bis* (tel qu'applicable en Région flamande) et 3° *ter* (tel qu'applicable en Région wallonne) du Code des droits d'enregistrement.

(3612) En ce sens, J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 39, p. 351 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 883, p. 465 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n° 11, p. 590. Dans un ordre d'idées similaires, certains auteurs considèrent que la résolution amiable ne pourrait porter atteinte aux droits acquis des tiers : voy. V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 26, p. 95. Sur le *mutuus dissensus*, voy. *infra*, n° 565.

(3613) Voy. *supra*, n° 230.

(3614) Voy. dans le même sens F. T'KINT, « La résolution conventionnelle du contrat de vente en période suspecte au regard de l'article 445, alinéa 3, de la loi sur les faillites », note sous Cass., 14 janvier 1982, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 184 et s., n° 8, p. 190.

(3615) Voy. en ce sens C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 322, p. 132 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 392, p. 277 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 488,

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 1982 en fournit l'illustration. Saisie par le pourvoi d'un cas de « résolution amiable », elle décide en effet que « si, en règle, la résolution d'une vente, intervenue pendant la période suspecte antérieure à la déclaration de faillite, entraîne l'extinction des obligations réciproques des parties, et qu'elle ne constitue pas en conséquence l'un des actes réputés nuls et sans effet relativement à la masse par l'article 445 de la loi sur les faillites [devenu l'article 17 de la loi du 8 août 1997, qui vise en particulier le paiement autrement qu'en espèces ou effets de commerce d'une dette échue], le juge peut néanmoins rechercher quelle était la volonté réelle des parties lors de cette résolution et examiner si, en raison des circonstances propres à la cause, cette résolution ne constituait pas, en réalité, au moment où elle a eu lieu, l'un des actes visés par ledit article 445 » (3616). Il est frappant à cet égard de constater que, sous réserve de l'intention réelle des parties, la Cour paraît assimiler entièrement les effets d'une résolution amiable à ceux d'une résolution judiciaire, puisqu'elle se réfère aux effets de la « résolution d'une vente » sans distinguer selon la forme, amiable ou judiciaire, de celle-ci.

On relèvera également que, bien que la question de l'effet rétroactif de la résolution n'ait pas été spécifiquement posée à la Cour de cassation dans son arrêt déjà examiné du 14 mars 2008, celui-ci concernait pareillement une hypothèse de résolution amiable (3617).

359. Deuxième tempérament – Clause résolutoire expresse. I. On admet depuis longtemps que l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, n'est pas impératif et que, sauf exception (3618),

p. 675 ; J. DEWEZ, « La résiliation du contrat par accord mutuel des parties », note sous Cass., 27 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 226 et s., n° 4, p. 227 ; F. T'KINT, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 184 et s., spéc. n° 34, p. 204. À cet égard, certains auteurs considèrent que la fraude doit être présumée lorsque la résolution amiable intervient en période suspecte (V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 8, p. 84), ce qui nous paraît excessif, la bonne foi devant au contraire toujours être présumée en l'absence d'une volonté contraire du législateur (arg. art. 2268 du Code civil ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 334, pp. 769 et s.).

(3616) Cass., 14 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 594, *R.C.J.B.*, 1985, p. 181, note F. T'KINT. Comme l'explique cet auteur (n° 2, p. 185), l'hésitation provenait du fait que la remise de la chose au vendeur ensuite de la résolution amiable constitue, économiquement, un paiement de l'acheteur, même si, juridiquement, il s'agit seulement de l'exécution de l'obligation de restitution.

(3617) Voy. *supra*, n° 332, III.

(3618) Voy. not. l'article 1762*bis* du Code civil. À cet égard, la Cour constitutionnelle a considéré que, dans le domaine du logement social, il serait disproportionné au regard des exigences de l'article 23 de la Constitution d'autoriser le recours à la clause résolutoire expresse, aboutissant à « priver les locataires sociaux de la garantie que représente à cet

les parties peuvent convenir que chacune d'elles aura le droit de résoudre le contrat en cas de manquement de l'autre sans devoir s'adresser au juge (3619). On parle, en ce cas, de clause résolutoire expresse (3620).

II. Même lorsque ces clauses stipulent que le contrat sera résolu « de plein droit » en cas de manquement du débiteur, la résolution n'interviendra toutefois que si le créancier en décide ainsi. En effet, la clause résolutoire expresse laisse intact le droit d'option ouvert au créancier par l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, de sorte que celui-ci demeure libre de préférer à la résolution l'exécution forcée du contrat (3621). À défaut, la clause aboutirait en effet à permettre au débiteur de se libérer unilatéralement du contrat en refusant de l'exécuter, ce qui n'est pas admissible (3622).

La résolution en vertu d'une clause résolutoire expresse suppose donc toujours la *notification au débiteur* de la volonté du créancier de résoudre le contrat, précédée en principe d'une mise en demeure, et c'est cette notification qui mettra fin au

égard l'intervention du juge avant qu'il puisse être mis fin au contrat de bail » (C.C., 10 juillet 2008, n° 111/2008, point B.25.2).

(3619) Sur ce principe, la variété des clauses résolutoires expresses ainsi que les conditions de leur exercice, voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n°s 892 et s., pp. 849 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., pp. 449 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n°s 595 et s., pp. 910 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n° 751 et s., pp. 727 et s.

(3620) Telle est la dénomination utilisée à l'article 1762*bis* du Code civil. Cette terminologie doit être préférée à celle de « condition résolutoire expresse » (par opposition à la « condition résolutoire tacite » de l'article 1184) dès lors que la résolution-sanction ne présente, d'un point de vue technique, guère de lien avec la condition-modalité. Quant à l'expression « pacte commissaire exprès » (par opposition à nouveau au « pacte commissaire tacite » de l'article 1184), elle doit être évitée, dans la mesure où elle repose sur une conception historique erronée des origines de la résolution-sanction en droit positif. Sur tout ceci, voy. *infra*, n°s 368 et s.

(3621) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAUAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 259, pp. 248 et s. ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 123, p. 90 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 887, p. 469 ; R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 461, pp. 278 et s. ; V. SAGAERT et M. SOMERS, o.c., *T. Not.*, 2008, n° 2, p. 79 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 10, p. 40 ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 291, p. 246. *Contra* : L. CORNELIS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n° 32, p. 245.

(3622) Pour cette observation à propos de la *lex commissoria*, R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., p. 738. On sait toutefois qu'en droit positif, l'inexécution commise par le débiteur peut néanmoins provoquer la caducité du contrat lorsqu'elle rend celui-ci impossible à exécuter (voy. *supra*, n° 328, I).

contrat (3623). Comme toute manifestation unilatérale de volonté réceptice (3624), elle présente un caractère irrévocable une fois qu'elle est parvenue à son destinataire (3625).

III. La clause résolutoire expresse ne peut, il est vrai, empêcher les parties de s'adresser au juge, mais celui-ci ne sera normalement saisi que dans deux cas.

A. Première hypothèse : les *conditions d'application* de la clause résolutoire expresse sont contestées (3626). En ce cas, le juge se bornera à « constater » la résolution du contrat à la date de la notification de celle-ci, mais ne prononcera pas lui-même la résolution (3627).

Le fait que le contrat soit résolu dès la notification de l'intention du créancier d'y mettre fin présente un intérêt lorsqu'une action en résolution ne pourrait plus être introduite ultérieurement, par exemple en raison d'un concours sur le patrimoine du débiteur (3628). Ainsi, par exemple, l'ancien article 546 du Code de commerce ne pouvait trouver à s'appliquer lorsque la clause résolutoire expresse avait été exercée avant l'ouverture de la faillite (3629). De même, si la clause résolutoire a été exercée avant la naissance du concours sur le patrimoine de l'acheteur, le vendeur est redevenu rétroactivement propriétaire de la

(3623) Voy. Cass., 24 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 358 ; J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 36, p. 349 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 98, p. 198 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 123, p. 90 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 325, p. 452 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 596, p. 914 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 755, p. 732.

(3624) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 6, p. 13 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 725, p. 1054.

(3625) P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 33, p. 692.

(3626) Outre les conditions de fond (l'existence des manquements invoqués par le créancier et, le cas échéant, le fait qu'ils entrent dans l'énumération reprise dans la clause résolutoire) et de forme (nécessité de principe d'une mise en demeure préalable, notification claire de la volonté du créancier de résoudre le contrat, indication des manquements reprochés au débiteur), on signalera l'importance croissante du contrôle exercé par le juge au titre de la théorie de l'abus de droit (voy. Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 89 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, n° 182, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général J.-M. GENICOT).

(3627) Voy. la note R.H. sous Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, pp. 1051 et s., p. 1052 ; J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 38, p. 351 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 899, p. 854 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 601, p. 638 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 369, pp. 502 et s.

(3628) Pour plus de détails, voy. *infra*, n°s 470 et s.

(3629) Cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 139.

chose et peut revendiquer celle-ci au préjudice d'un créancier l'ayant saisie après la notification de la résolution (3630).

À l'inverse, au cas où les conditions d'exercice de la clause résolutoire n'étaient pas réunies, le juge devra alors constater que l'intention de résoudre le contrat notifiée par le créancier était inefficace et que le contrat n'a donc pas pris fin (3631). Il pourra toutefois, dans la foulée, prononcer la résolution – judiciaire, cette fois – à la demande de l'une ou de l'autre partie (3632).

Certains auteurs ne partagent pas cette analyse et considèrent au contraire qu'en cas d'exercice irrégulier de la clause résolutoire expresse, le juge n'aurait pas le pouvoir de ressusciter le contrat mais devrait se contenter d'octroyer au débiteur des dommages-intérêts (3633). Nous ne partageons pas cette opinion. En effet, à notre sens, l'acte unilatéral par lequel le créancier entendait mettre fin au contrat n'a pas pu produire d'effets à défaut de remplir les conditions d'application de la clause résolutoire ; il ne s'agit donc pas véritablement de ressusciter un contrat irrégulièrement résolu, mais simplement de constater – rétrospectivement, comme le fait toujours le juge – que ce contrat n'a jamais pris fin, de la même manière par exemple qu'il lui est permis de constater qu'une option d'achat n'a pas été régulièrement exercée et que le bien n'a ainsi jamais quitté le patrimoine du promettant. Tout au plus le créancier notifiant pourra-t-il tenter de faire valoir que sa décision était entachée d'une erreur sur la cause (à savoir, la croyance erronée que les conditions d'exercice de la clause résolutoire étaient réunies) et demander alors au juge de requalifier cet acte nul en une décision de résiliation du contrat, pour autant qu'une telle résiliation ait été légalement possible (3634).

(3630) Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1051.

(3631) Voy. Cass., 11 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 295 (« Lorsque les conditions auxquelles un pacte résolutoire exprès ne sont pas remplies, la résolution du contrat n'opère pas de sorte que, en règle, celui-ci continue à sortir ses effets, avec les sûretés qui garantissent son exécution ») ; P.-H. Delvaux, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 35, p. 693 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 371, pp. 504 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 597, p. 917. Ainsi que l'observe la Cour constitutionnelle, ce contrôle *a posteriori* exercé par le juge ne suffira cependant pas toujours à accorder satisfaction en nature au demandeur, par exemple dans le cas d'un bail lorsque les lieux ont dans l'intervalle été reloués à un tiers (C.C., 10 juillet 2008, n° 111/2008, point B.25.3).

(3632) P.-H. Delvaux, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 35, p. 693 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 372, p. 505 ; pour une application, voy. Cass. fr., 1^{er} juin 2010, n° 09-15.229.

(3633) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 603, pp. 642 et s.

(3634) Sur cette possibilité de requalification des actes nuls, voy. *supra*, n° 322.

B. Seconde hypothèse : la résolution même du contrat n'est pas contestée, mais ce sont ses *effets* dont l'étendue est discutée ou qui suscitent des difficultés d'exécution.

On relèvera, à cet égard, que la résolution produit des effets identiques, qu'elle résulte de l'exercice d'une clause résolutoire ou qu'elle soit prononcée par le juge (3635). La résolution extrajudiciaire, dotée en règle d'un effet rétroactif, peut donc imposer aux parties de procéder à des restitutions (3636). Si, toutefois, l'une des parties n'exécute pas spontanément ses obligations, l'autre partie n'aura d'autre choix que de s'adresser au juge pour obtenir un titre exécutoire, ne pouvant exercer la moindre contrainte matérielle sur son cocontractant conformément à l'interdiction de se faire justice à soi-même (3637).

360. Troisième tempérament – Résolution unilatérale.

En dépit des termes de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la doctrine et la jurisprudence des juges du fond ont tenté, depuis longtemps, de s'affranchir du caractère judiciaire de la résolution, probablement en raison des exigences de la pratique qui ne pouvait se satisfaire que le créancier demeure engagé dans les liens du contrat tout au long de la procédure. Il est vrai que, sur ce point, le droit belge a fait figure d'exception (3638). Outre les rares

(3635) Voy. *infra*, n° 363.

(3636) Voy. *infra*, n°s 415 et s.

(3637) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 38, p. 351 ; sur la portée de l'interdiction de se faire justice à soi-même, voy. *supra*, n° 234, III, A.

(3638) Comme le relève not. P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 300 et s., n°s 11 et s., pp. 315 et s. Voy. ainsi, **en Allemagne**, le § 349 du BGB ; **aux Pays-Bas**, l'article 6:267, alinéa 1^{er}, du NBW (l'alinéa 2 permettant également au créancier de solliciter une résolution judiciaire) ; **en France**, la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Tocqueville*, Cass. fr., 13 octobre 1998, *Bull.*, 1998, I, n° 300, *D.*, 1999, p. 115, note P. DELEBECQUE, p. 197, note C. JAMIN, *Defrénois*, 1999, p. 374, note D. MAZEAUD, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *o.c.*, n° 180, p. 266, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 394, note J. MESTRE (« attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ») ; depuis lors, Cass. fr., 20 juin 2012, n° 11-20.589 ; Cass. fr., 7 avril 2010, n° 06-15.590 ; Cass. fr., 10 février 2009, n° 08-12.415 ; Cass. fr., 28 février 2008, n° 07-11.824 ; Cass. fr., 30 janvier 2007, n° 05-13.703 ; Cass. fr., 13 décembre 2005, n° 04-13.374 ; Cass. fr., 28 octobre 2003, *Bull.*, 2003, I, n° 211, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 89, note J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. fr., 20 février 2001, *Bull.*, 2001, I, n° 40, *D.*, 2001, p. 1568, note C. JAMIN, p. 3239, note D. MAZEAUD, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 363, note J. MESTRE et B. FAGES ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. I. Lacte juridique, o.c.*, n° 261, pp. 249 et s. ; D. MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport français », *Rev. contrats*, 2010, pp. 1076 et s. ; comp. cependant

cas prévus par la loi (3639), on accepte dès lors largement qu'à certaines conditions, le créancier puisse, même en l'absence de toute clause résolutoire expresse insérée dans le contrat, résoudre celui-ci sans devoir s'adresser préalablement au juge (3640).

Une telle résolution unilatérale, à la supposer admise, est soumise à un régime très similaire à celui de la résolution fondée sur une clause résolutoire expresse. Ici également, lorsque le sort du contrat est ultérieurement soumis au juge, celui-ci ne prononce pas la résolution ; on considère plutôt qu'il la « ratifie », c'est-à-dire en réalité qu'il constate qu'elle est précédemment intervenue (3641). À l'inverse, lorsque la résolution unilatérale est intervenue à tort, le juge constatera que l'auteur de celle-ci a manqué à ses obligations (3642). Il décidera dès lors que le contrat n'a pas été précédemment résolu et se poursuit encore, sans préjudice d'une résolution cette fois judiciaire prononcée à la demande de l'une ou l'autre partie (3643). Par ailleurs, même lorsque le principe de

la lecture de ces arrêts par T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 549 et s., pp. 389 et s. ; voy. également l'article 1158, alinéa 3, du **Projet Catala** ; l'article 108 du **Projet Terré** ; l'article 141 du **Projet de la Chancellerie** ; dans la **CVIM**, les articles 49 et 64 ; dans le **DCFR**, l'article III. – 3:507, alinéa 1^{er} ; dans la proposition de **DCEV**, les articles 118 et 138 ; dans les **Principes d'Unidroit 2010**, l'article 7.3.2, alinéa 1^{er}.

(3639) On pense en particulier, dans le domaine des ventes mobilières, à l'article 1657 du Code civil (voy. à ce propos S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 400, pp. 531 et s.). Voy. également, en matière de contrats à distance, l'article 48, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

(3640) En substance, ceci suppose : 1° l'exigence d'un manquement grave qui justifierait le prononcé de la résolution judiciaire ; 2° une mise en demeure préalable du débiteur, sauf lorsque celle-ci s'avère inutile ; 3° la notification au débiteur de l'intention du créancier de résoudre le contrat pour les motifs énoncés ; et 4° des circonstances exceptionnelles justifiant le caractère extrajudiciaire de la résolution (urgence, caractère définitif de l'inexécution, disparition de tout lien de confiance entre les parties, etc.). Pour plus de détails, cons. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 29, pp. 174 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 457 et s., pp. 599 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 590, pp. 897 et s. ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 20, pp. 330 et s. En outre, la résolution unilatérale ne sera pas admise dans les cas où une clause résolutoire expresse aurait été interdite (P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 10, p. 315).

(3641) Voy. Hoge Raad, 8 juillet 2011, LJN BQ1684, point 3.3.2 (où il est précisé que la décision du juge est de nature déclaratoire), avec les conclusions de M. l'avocat général M.H. WISSINK ; S. STIJNS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, n° 37, p. 268 ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 21, p. 323 ; comp. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 590, p. 899.

(3642) Voy. Hoge Raad, 8 juillet 2011, LJN BQ1684, point 3.3.2.

(3643) Voy. en ce sens Cass. fr., 18 novembre 2008, n° 07-20.304, *Rev. dr. contrats*, 2009, p. 484, note D. MAZEAUD ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 688 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 891, p. 473 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle*

la résolution unilatérale n'est pas contesté, l'intervention du juge pourra demeurer nécessaire lorsqu'une condamnation doit encore être prononcée à charge du débiteur, par exemple au paiement de dommages-intérêts ou à la restitution des prestations déjà effectuées (3644).

Dans sa thèse de doctorat, le professeur Stijns s'est attachée à donner un fondement légal à la résolution unilatérale qui constituait jusqu'alors une solution essentiellement pragmatique (3645). En substance, sa démonstration consiste à identifier deux objectifs distincts pour lesquels l'intervention du juge est requise en matière de résolution : d'une part, afin d'exercer un contrôle sur l'opportunité de la sanction ; d'autre part, afin d'accorder au débiteur « un délai selon les circonstances », selon les termes de l'article 1184, alinéa 3 *in fine*, en vue d'octroyer au débiteur une ultime chance de s'exécuter. Si cette seconde prérogative du juge ne peut, par hypothèse, être utilement exercée qu'*avant* la résolution, il n'en va pas de même de la première : en effet, rien n'empêche conceptuellement le juge de vérifier *a posteriori* – c'est-à-dire après que le contrat a été résolu – si cette résolution est intervenue ou non à bon escient, comme il le fait depuis longtemps en présence d'une clause résolutoire expresse (3646). L'auteur propose ainsi une réinterprétation du texte légal qui pourrait donc désormais se lire ainsi : « La résolution doit être demandée en justice *parce que, et dans la seule mesure où, il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ». Lorsque, au contraire, l'octroi d'un tel délai ne se conçoit plus (parce que notamment il y a urgence, ou parce que le débiteur a fait savoir au créancier qu'il ne s'exécuterait pas, ou

du contrat, o.c., n° 568, p. 347 ; S. STIJNS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, n° 37, p. 268 ; P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 21, pp. 332 et s. ; art. 1158-1 du **Projet Catala** ; art. 110, alinéa 3, du **Projet Terré**. Voy. également, **en droit néerlandais**, Hoge Raad, 8 juillet 2011, LJN BQ1684, point 3.3.3, qui précise que, même si la résolution unilatérale n'était pas justifiée, le contrat pourrait néanmoins avoir pris fin, soit en raison d'un accord tacite des parties, soit parce que le fait de se prévaloir du maintien du contrat se heurterait à l'interdiction de l'abus de droit contenue à l'article 6:248, alinéa 2, du NBW (pour une application, voy. Hoge Raad, 15 janvier 1993, *N.J.*, 1993, n° 193). Comp. la position plus prudente des auteurs qui considèrent qu'il pourrait être difficile de revenir sur le « fait accompli » : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Cass., 13 octobre 1998, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *o.c.*, n° 180, point 13, pp. 276 et s.

(3644) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 688.

(3645) Voy. S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n°s 387 et s., pp. 520 et s. Pour un exposé plus synthétique, voy. également S. STIJNS, « De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 258 et s. ; S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n°s 1 et s., pp. 327 et s.

(3646) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 395, p. 528.

encore parce que toute confiance a disparu entre les parties), alors, rien n'imposerait plus l'intervention préalable du juge (3647).

D'autres auteurs soulignent que le caractère judiciaire de la résolution entretient également des liens avec l'interdiction de se faire justice à soi-même (3648). Mais nous avons vu que ce principe faisait essentiellement obstacle à la contrainte matérielle exercée par une personne privée sur une autre ; elle n'empêche pas, en revanche, que la situation juridique d'une personne soit modifiée, dans les cas permis par la loi, sans saisine préalable du juge (3649). Ainsi, l'interdiction de la justice privée ne peut empêcher le créancier de résoudre unilatéralement le contrat lorsque l'octroi d'un délai de grâce par le juge serait devenu dépourvu d'objet.

361. Suite – Jurisprudence de la Cour de cassation. La question se pose toutefois de savoir si le mécanisme de la résolution unilatérale, tel qu'on vient de le décrire et quoique largement admis par la doctrine et la jurisprudence des juges du fond, trouve bien grâce aux yeux de la Cour de cassation. Un arrêt du 2 mai 2002 décide à cet égard :

« Attendu qu'en vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause de manquement doit être demandée en justice ;

Que, dans l'intérêt de la sécurité juridique et par souci d'équité, cette règle tend à ce qu'à défaut de clause résolutoire expresse, la résolution soit soumise au contrôle du juge ;

Attendu que cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à

(3647) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 397, p. 529 ; voy. également A. VAN OEVELEN, « De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, pp. 503 et s., n° 4, p. 505. – Comp. la critique (modérée) de P. WÉRY, o.c., *R.C.J.B.*, 2004, n° 27, p. 340, et les fondements alternatifs proposées par celui-ci aux nos 25 et s., pp. 337 et s. (obligation du créancier de limiter son dommage, pouvoir dérogatoire de l'urgence et état de nécessité). Pour une critique plus radicale, cons. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., nos 531 et s., p. 376, qui s'attache principalement à discuter les prémisses historiques de la thèse. Il nous semble cependant que celle-ci ne devrait pas être appréciée essentiellement sur la base de ce critère, mais plutôt d'après son aptitude à proposer une interprétation cohérente et opportune du droit positif (voy. dans le même sens *supra*, n° 25).

(3648) Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, o.c., n° 1106, p. 2238 ; P. WÉRY, o.c., *R.C.J.B.*, 2004, n° 5, p. 307.

(3649) Voy. *supra*, n° 234, III, A.

son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu et désire le rétablissement de la situation originaire ;

Que l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire ; que, lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les deux parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider qu'eu égard au manquement de son adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu » (3650).

Ces attendus ont été repris en des termes presque identiques par un arrêt du 16 février 2009 qui ajoute que la partie qui a considéré unilatéralement le contrat comme terminé « commet une faute lorsque le manquement du cocontractant n'est pas de nature à justifier la résolution judiciaire ou lorsqu'il ne l'a pas mis en demeure de remédier à son manquement alors que la mise en demeure pouvait encore avoir un effet utile » (3651).

Ces décisions ont suscité la perplexité des commentateurs (3652).

Pour la majorité des auteurs, la Cour aurait entendu consacrer, certes en des termes malheureux, un droit du créancier à résoudre unilatéralement le contrat, à des conditions qui ne sont cependant pas toutes précisées par la Cour (3653). Ils s'appuient principalement sur la reconnaissance par la Cour d'un pouvoir de « décision unilatérale » (*eenzijdige beslissing*) du créancier. En effet, un acte juridique se définit comme une manifestation de volonté en vue de produire des effets juridiques (3654) ; si le créancier possède le pouvoir d'accomplir un tel acte (unilatéral), il faut donc que cet acte puisse se voir reconnaître quelque effet de droit, à savoir en

(3650) Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 266, *R.C.J.B.*, 2004, p. 293, note P. WÉRY, *o.c.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 501, note A. VAN OEVELEN, *o.c.* ; voy., en des termes très similaires, Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 264.

(3651) Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, *Pas.*, 2009, n° 126, point 13. Voy. à ce propos M. DUPONT, « La résolution unilatérale : (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation », *J.T.*, 2010, pp. 341 et s. ; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 2011-2012, nos 8 et s., pp. 58 et s.

(3652) Voy. également B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 314, pp. 259 et s.

(3653) Voy. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 29, p. 174 ; M. DUPONT, *o.c.*, *J.T.*, 2010, pp. 341 et s., spéc. pp. 345 et s. ; S. STIENS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, nos 15 et s., pp. 263 et s. ; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 2002-2003, n° 7, p. 506 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 591, pp. 903 et s. ; *adde*, de manière plus prudente, P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 18, pp. 329 et s.

(3654) Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 17, p. 32.

l'espèce la résolution du contrat. Ces auteurs soulignent également que, par ses deux arrêts du 2 mai 2002, la Cour a rejeté le pourvoi formé contre deux décisions qui avaient admis, la première, que le membre d'une association mette unilatéralement fin à son affiliation et cesse ainsi immédiatement le paiement de ses cotisations et, la seconde, qu'un maître de l'ouvrage fasse unilatéralement procéder au démontage d'une véranda défectueuse aux frais de l'entrepreneur (3655) ; ce faisant, elle paraît bien avoir admis la résolution unilatérale à laquelle avait procédé le créancier.

D'autres auteurs ont cependant beau jeu de souligner les objections auxquelles cette interprétation des arrêts de la Cour peuvent se heurter (3656). Ils relèvent ainsi que, selon les motifs de la Cour, la « décision unilatérale » du créancier ne porte pas sur la résolution du contrat proprement dite, mais uniquement sur le fait « de ne plus exécuter ses obligations ». De même, le créancier ne notifie pas au débiteur que le contrat est résolu, mais qu'il « considère le contrat résolu et désire le rétablissement de la situation originaire » – expressions qui relèvent plus de l'ordre de l'appréciation subjective et que du discours juridique performatif. Enfin et surtout, la Cour évoque « l'introduction ultérieure d'une demande *tendant à la résolution judiciaire* », laquelle serait dépourvue d'objet si le contrat était déjà résolu par la décision du créancier. Pour ces auteurs, la « décision » du créancier n'en serait donc pas une ; il se contenterait d'anticiper, à ses risques et périls, sur la décision ultérieure du juge, seul habilité à prononcer la résolution du contrat, et cette situation, purement factuelle et provisoire, ne pourrait être source d'aucun droit pour le créancier (3657).

362. Suite – Appréciation personnelle. I. À notre sens, et si l'on tente d'aborder les motifs reproduits ci-avant sans idée préconçue, aucune de ces deux analyses ne correspond véritablement à la position adoptée par la Cour de cassation.

(3655) Pour le détail des faits de ces deux causes, voy. P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 1, p. 300.

(3656) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n°s 42 et s., pp. 353 et s. ; L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n°s 43 et s., pp. 250 et s.

(3657) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2008, n° 50, p. 364 ; L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 42, p. 250 ; de même, en France, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 685, p. 487.

D'une part, il nous paraît clair que la Cour n'a pas voulu reconnaître à ce stade, hors le cas d'une clause résolutoire expresse, la possibilité pour le créancier de résoudre unilatéralement le contrat. À cet égard, la référence faite par la Cour à l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire du contrat nous paraît déterminante.

Mais d'autre part, il nous semble tout aussi évident que la Cour n'a pas entendu abandonner le créancier qui décide à ses risques et périls d'anticiper sur la résolution judiciaire dans une pure situation de fait, ni même dans une situation régie par le droit commun ; au contraire, elle a conféré *des effets juridiques spécifiques* à cette configuration qui la font accéder au rang de situation de droit *sui generis*.

II. De nombreux éléments confortent cette analyse.

Tout d'abord, si l'anticipation sur la résolution judiciaire était une pure situation de fait, il faudrait alors normalement en conclure que le créancier qui décide de cesser d'exécuter ses obligations se trouverait en faute. En effet, à défaut d'être résolu, le contrat conserve, par hypothèse, sa force obligatoire pour les parties, de sorte que la seule décision du créancier de ne plus l'exécuter ne devrait pas l'exonérer de sa responsabilité, bien au contraire (3658). Et pourtant, la Cour de cassation considère que l'article 1184, alinéa 3, du Code civil « ne fait pas obstacle à une telle décision ». On a tenté de justifier cette formule en faisant valoir que « het bestaan van een rechtsregel is nooit op zichzelf een garantie dat de rechtssubject hun daadwerkelijk gedrag op die rechtsregel zullen afstemmen. Zij kunnen zich immers buiten de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel plaatsen (ontwijking van de rechtsregel). Zij kunnen ook beslissen – op eigen gezag en risico – de toepasselijke regels niet na te komen » (3659). Mais c'est là confondre deux ordres d'idées différents : certes, la règle juridique ne suffit pas toujours dans les faits, à elle seule, c'est-à-dire en l'absence d'une sanction, à empêcher les sujets de droit de la violer ; il n'en demeure pas moins qu'elle *fait obstacle*, elle s'oppose juridiquement, par définition, à une telle violation – en cela réside sa force obligatoire. Dire que l'article 1184, alinéa 3, selon lequel « [l]a résolution doit être demandée en justice », « ne

(3658) Voy. *supra*, n° 357.

(3659) L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 43, p. 250.

fait pas obstacle » à ce que le créancier décide néanmoins de ne plus exécuter le contrat sans attendre cette résolution, implique nécessairement un assouplissement de la force obligatoire du contrat. Les décisions des juges du fond contre lesquelles les pourvois ont été rejetés par les deux arrêts du 2 mai 2002 sont là pour le rappeler.

Or, les règles du droit commun sont impuissantes à justifier un tel assouplissement. En particulier, l'exception d'inexécution autorise certes le créancier à suspendre l'exécution de ses propres obligations en cas de manquement de son débiteur ; toutefois, l'exception d'inexécution ne peut jouer que lorsque les obligations en cause doivent être exécutées trait pour trait, elle ne peut être invoquée que dans le respect du principe de proportionnalité et présente normalement un caractère essentiellement temporaire (3660). Cependant, tels ne sont pas les critères retenus en l'espèce par la Cour de cassation. Ainsi, tout d'abord, elle exige une notification de la part du créancier au débiteur, alors qu'elle ne formule d'ordinaire pas la même exigence à propos de l'exception d'inexécution (3661). Du reste, il serait curieux d'exiger une notification d'un pur comportement de fait (3662). Par ailleurs, cette notification doit informer le débiteur que le créancier « considère le contrat résolu et désire le rétablissement de la situation originelle » ; il ne s'agit donc pas d'une situation provisoire, mais bien définitive. Enfin, dans son arrêt du 16 février 2009, elle ajoute que le créancier « commet une faute lorsque le manquement du cocontractant n'est pas de nature à justifier la résolution judiciaire ou lorsqu'il ne l'a pas mis en demeure de remédier à son manquement alors que la mise en demeure pouvait encore avoir un effet utile ». Il s'agit à nouveau de conditions étrangères à l'exception d'inexécution, puisque celle-ci ne requiert ni une mise en demeure ni un manquement d'une intensité telle qu'il puisse justifier la résolution judiciaire.

On a également soutenu que l'assouplissement de la force obligatoire du contrat permettant au créancier d'anticiper sur la

(3660) Sur tout ceci, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^{os} 574 et s., pp. 860 et s.

(3661) Bien que la bonne foi puisse, en fonction des circonstances, imposer d'adresser au cocontractant un avertissement (voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 575, p. 868).

(3662) Comme l'admet L. CORNELIS, o.c., *Sancties en nietigheden*, n^o 43, pp. 250 et s.

résolution judiciaire s'expliquerait par l'effet rétroactif de la résolution : en effet, une fois prononcée, la résolution judiciaire aurait pour effet d'effacer rétroactivement la faute du créancier qui avait cru pouvoir anticiper sur la décision du juge (3663). Mais, outre que nous verrons que l'effet de la résolution ne remonte pas toujours jusqu'à la conclusion du contrat – tant s'en faut (3664) –, ce raisonnement nous paraît inverser la cause et la conséquence. En effet, la question est bien de savoir aux torts de qui la résolution doit être prononcée. Or, si la force obligatoire du contrat n'était pas assouplie, le juge, au moment où il statue, devrait nécessairement constater que le créancier qui a pris la liberté d'anticiper sur sa décision a commis une faute en s'affranchissant de la loi du contrat. Certes, une telle faute ne justifiera pas nécessairement la résolution du contrat à ses torts, ni même aux torts partagés des parties ; mais on ne peut en tout cas partir du principe que la résolution aura *toujours* pour effet d'effacer la faute commise par le créancier car, au contraire, dans le cas où elle serait prononcée (fût-ce partiellement) à ses torts, il demeurerait tenu des fautes commises au cours de la période intermédiaire (3665).

III. En résumé, le fait pour le créancier d'anticiper sur la résolution judiciaire du contrat *n'est pas une pure situation de fait*. Au contraire, pour autant que cette anticipation intervienne à certaines conditions spécifiques (parmi lesquelles, à tout le moins (3666), une mise en demeure préalable lorsqu'elle peut encore avoir un effet utile, une notification de la décision du créancier au débiteur et l'existence d'un manquement du débiteur qui justifierait la résolution judiciaire du contrat), la Cour de cassation admet un certain aménagement de la force obligatoire du contrat, puisque le créancier ne commet, en ce cas, aucune faute, bien qu'il décide de ne plus exécuter ses obligations. Cette solution est d'autant plus

(3663) L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 45, p. 252.

(3664) Voy. not. *infra*, n° 377.

(3665) Voy. *infra*, n° 462.

(3666) La Cour n'a pas indiqué de manière exhaustive les conditions auxquelles l'anticipation sur la résolution judiciaire peut intervenir. Il n'est dès lors pas exclu qu'elle exige également l'existence de circonstances particulières, par analogie avec les conditions généralement posées par la doctrine pour l'admission de la résolution extrajudiciaire (voy. *supra*, n° 360). Les motifs de la Cour laissent également incertaine la question de savoir si le créancier est tenu d'introduire une action en résolution judiciaire pour faire entériner sa décision, de même que la sanction applicable s'il s'abstient d'introduire une telle action.

remarquable que la faute dont la Cour exonère ainsi le créancier pourrait probablement être qualifiée d'intentionnelle (3667).

Ainsi, la Cour de cassation nous paraît avoir érigé l'anticipation sur la résolution judiciaire en une institution *sui generis* qui ne se confond ni avec l'exception d'inexécution ni avec la résolution unilatérale.

Quant à savoir si une telle solution est bien opportune, il s'agit d'un tout autre problème. Sans doute la Cour a-t-elle éprouvé quelque réticence à reconnaître la résolution unilatérale, qui l'aurait conduite à heurter de front la lettre (mais non l'esprit) de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil. Il n'en demeure pas moins qu'en admettant qu'un créancier puisse anticiper sur la résolution judiciaire sans commettre de faute, elle prive largement de sa portée cette même disposition.

Cette évolution doit être saluée. En effet, la résolution judiciaire, par les coûts et surtout par les lenteurs qu'elle entraîne, ne répond plus en toutes circonstances aux besoins de la pratique, et est d'ailleurs largement abandonnée en droit comparé (3668). Au-delà de ce constat, il est toutefois permis se s'interroger sur le point de savoir si la voie choisie par la Cour de cassation pour réaliser cette évolution est bien la plus appropriée. On ne peut qu'être frappé d'observer, en effet, que l'anticipation sur la résolution judiciaire qu'elle préconise se rapproche très largement de la (véritable) résolution unilatérale, tant au niveau de ses conditions que de ses conséquences pratiques (3669). Plutôt qu'introduire une nouvelle institution *sui generis* (3670), dont la doctrine et la jurisprudence mettront encore de nombreuses années à cerner les contours exacts, n'eût-il pas été préférable d'opter pour la solution, mieux connue et sans doute plus élégante, de la résolution unilatérale ? Tel est du moins notre sentiment.

(3667) Sur les différentes définitions possibles de la faute intentionnelle, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n° 838, pp. 1202 et s.

(3668) Sur les justifications de la résolution unilatérale, voy. not. D. MAZEAUD, o.c., *Rev. contrats*, 2011, p. 1076 et s., n^{os} 9 et s.

(3669) Comp. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 891, p. 474, pour qui l'idée d'anticipation sur la résolution judiciaire paraît artificielle.

(3670) Sur les inconvénients d'un tel mode de raisonnement, voy. *supra*, n° 26, I.

§ 3. – *Effets de la résolution*I. – *Aperçu général*

363. Droits belge et français. L'effet rétroactif de la résolution fait l'objet d'une reconnaissance générale (3671), à de

(3671) Voy. Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 326, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.G.D.C.*, 2011, p. 445, note A. DE BOECK ; Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 622, *R.W.*, 2008-2009, p. 20, note J. DE CONINCK, *R.G.D.C.*, 2009, p. 359, note J. BAECK ; Cass., 4 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 305, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER ; Cass., 9 mars 2000, *Pas.*, 2000, n° 164, *R.W.*, 2000-2001, p. 480, note A. DE WILDE, *R.G.D.C.*, 2002, p. 585, note I. VERVOORT ; Cass., 6 juin 1996, *Pas.*, I, n° 219 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 179 ; Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général ; Cass., 13 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, n° 259 ; Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693 ; Cass., 16 juin 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1126 ; C. AUBRY ET F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 322, p. 132 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 398, p. 283 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1103, p. 2234 ; R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 10, p. 175 ; C. CAUFFMANN, « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 155 et s., n° 6, p. 158 ; L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 54, p. 257 ; A. DE BOECK, « De gevolgen van de ontbinding van kanscontracten, in het bijzonder van een contract van levenslange huur », note sous Cass., 8 février 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 447 et s., spéc. p. 450 ; P.-H. DELVAUX, « Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution fautive », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 669 et s., n° 3, p. 670 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 253, p. 240 ; M. FONTAINE, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 382 et s., n° 1, p. 382 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 4, p. 225 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 715 et s., pp. 515 et s. ; J.-F. GERMAIN, « La terminaison de la vente », *Manuel de la vente*, Mechelen, Kluwer, 2010, pp. 313 et s., n° 787, p. 339 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 502, p. 564 ; J. HERBOTS, « Rapport belge. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 679 et s., n° 14, p. 685 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 145 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 879, p. 462 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 103, p. 117 ; I. SAMOY et A. MAES, « De ontbinding van meerpartijovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 189 et s., n° 19, p. 194 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 2 ; T. STAROSSELETS, « Restitution des arrérages en cas de résolution d'une vente en viager ou "mesure dix fois mais ne coupe qu'une" », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 454 et s., n° 4, p. 456 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 212, p. 300 ; B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.W.*, 2011-2012, n° 4, p. 649 ; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbindtenissenrecht*, Acco, Leuven, 2001, p. 128 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome 1^{er}, *o.c.*, n° 592, p. 904 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n° 13, p. 591 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 674, p. 589 ; R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s.

BRUYLANT

rares exceptions près (3672). Ainsi, la résolution du contrat pour inexécution entraîne en principe l'effacement de celui-ci depuis la date de sa conclusion. Entre parties, la Cour de cassation a même reconnu que l'effet rétroactif constitue un « effet de droit commun de la résolution » (3673). On admet enfin que la résolution produit des effets identiques, quelle que soit la manière dont elle intervient, que ce soit par la voie judiciaire, sur la base d'une clause résolutoire expresse (3674) ou – à supposer que celle-ci soit possible en droit positif (3675) – sous la forme d'une résolution unilatérale (3676).

(3672) Voy. ainsi M.E. STORME, « Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten », *R.G.D.C.*, 1991, pp. 101 et s., qui, sur la base d'une interprétation littérale d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1990 (*Pas.*, 1990, I, p. 684), considère qu'entre parties, la résolution sortit ses effets sans rétroactivité, en principe à partir de l'introduction de l'action en justice, la décision du juge n'ayant qu'un effet déclaratif et non constitutif. En réalité, en décidant que « l'article 1184 du Code civil n'implique pas que la résolution du contrat ne peut sortir ses effets qu'à la date où le créancier a pris connaissance du manquement du débiteur », la Cour a simplement précisé que la résolution d'un contrat successif pouvait remonter jusqu'à la date du manquement commis, même si le créancier n'a acquis connaissance de ce manquement qu'après cette date. Elle ne nous paraît en revanche nullement avoir voulu opérer une distinction entre la date où la résolution sortit ses effets (*ingaat*) et celle où elle rétroagit (*terugwerkt*) ; au contraire, dans le contexte de cet arrêt, les deux expressions paraissent pouvoir être utilisées de manière interchangeable. — Par ailleurs, on a déjà signalé que, dans sa récente thèse de doctorat, Joke Baeck propose d'abandonner l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution (voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 138 et s., pp. 97 et s.), proposition dont nous avons remis l'examen à plus tard (voy. *infra*, n^{os} 537 et s.).

(3673) Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n^o 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.G.D.C.*, 2011, p. 445, note A. DE BOECK ; Cass., 4 juin 2004, *Pas.*, 2004, n^o 305, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER.

(3674) Voy. C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 132 ; J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2008, n^o 38, p. 351 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 398, p. 283 ; P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n^o 32, p. 691 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n^o 900, p. 854 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n^o 428, p. 485 ; J. HERBOTS, o.c., *Le contrat*, n^o 23, p. 689 ; R. JAMBU-MERLIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n^o 2, p. 273 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^o 330, p. 201 ; C. RIGALLE-DUMETZ, o.c., *Droit des contrats*, n^o 25, p. 145 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 357, p. 489 ; S. STJNS, o.c., *La volonté unilatérale dans le contrat*, n^o 13, p. 343. — *Contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 447, p. 465, pour qui la clause résolutoire expresse « est destinée à sanctionner le débiteur indélicat et ne peut donc, en principe, préjudicier aux tiers », justification qui laisse perplexe dès lors qu'elle pourrait tout aussi bien s'appliquer à la résolution judiciaire. Elle a cependant le mérite de mettre en évidence la difficulté à sanctionner les tiers pour une faute commise par le débiteur. Sur cette question, voy. *infra*, n^{os} 550 et s.

(3675) Voy. *supra*, n^{os} 360 et s.

(3676) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^o 878, p. 632 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n^o 428, p. 485 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 492, p. 633 ;

Comme pour les autres institutions examinées, la reconnaissance d'un effet rétroactif suscite toutefois plus de questions qu'elle n'en résout. Il conviendra donc de préciser les fondements de cette rétroactivité (II) pour en déduire les effets entre parties (IV) et envers les tiers (V), ainsi qu'en deçà et au-delà du contrat (VI). Une attention particulière devra également être consacrée à la délicate problématique des dommages-intérêts susceptibles d'être octroyés en complément de la résolution (III).

364. Droit allemand. La position du droit allemand quant à l'effet rétroactif de la résolution (*Rücktritt*) a connu une évolution intéressante (3677).

Lors de son adoption en 1900, le BGB ne contenait pas de disposition réglant cette question. La doctrine était cependant rapidement venue combler ce vide. En effet, à la différence de l'article 1184 du Code civil qui permet au créancier de cumuler la résolution du contrat et l'octroi de dommages-intérêts, l'ancien § 325 du BGB lui imposait en revanche de choisir entre ces deux remèdes. Cette exclusion mutuelle s'expliquait, selon la conception dominante jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, par l'idée que la résolution pour inexécution opérait rétroactivement, sous la seule réserve qu'elle était dépourvue d'effet réel (3678).

Cette construction théorique entraînait cependant des conséquences fâcheuses pour la pratique. Prenons un exemple tiré de la jurisprudence (3679). Un marchand livre du fourrage empoisonné à un fermier dont le cheval décède. Pour reconstituer la situation patrimoniale du fermier, il ne suffit pas de lui restituer le prix du fourrage, ce que la résolution permettrait de faire ; il a en effet subi un préjudice

S. STIJNS, *o.c.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 13, p. 343 ; mais comp. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 29, p. 176 ; D. MAZEAUD, « L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode », note sous Cass. fr., 20 février 2001, *D.*, 2001, p. 3239, point 2.

(3677) Pour un aperçu de cette évolution, voy. R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n° 1.

(3678) C. HATTENHAUER, *o.c.*, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, vol. 1, §§ 323-325, n° 58, pp. 1859 et s. ; voy. ainsi, peu de temps après l'entrée en vigueur du BGB, RG, 11 avril 1902, *RGZ*, vol. 50, pp. 255 et s., pp. 266 et s. – On notera que déjà à l'époque, la résolution intervenait par la voie d'une déclaration extrajudiciaire, en vertu du § 349 demeuré inchangé depuis l'adoption du BGB. Ceci suffit déjà à remettre en cause l'existence défendue par certains auteurs d'un lien essentiel entre l'effet rétroactif et le caractère judiciaire de la résolution (voy. ainsi C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 565, p. 344).

(3679) Voy. à ce propos K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *o.c.*, § 26, p. 405, s'inspirant de RG, 9 juillet 1907, *RGZ*, vol. 66, p. 289.

complémentaire ou, dans une terminologie qui nous est plus familière, un « dommage extrinsèque », c'est-à-dire un dommage dans ses biens autres que ceux ayant fait l'objet du contrat (en l'occurrence, la perte du cheval) (3680). Or, il apparaît injuste que ce préjudice complémentaire demeure à la charge du fermier qui opte pour la résolution du contrat. C'est pourquoi la doctrine s'est efforcée de proposer une nouvelle analyse de la résolution qui soit compatible avec l'octroi de dommages-intérêts destinés à réparer l'intérêt négatif, c'est-à-dire à replacer le créancier dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu.

On admet ainsi, désormais, que la résolution n'a pas pour effet d'effacer rétroactivement le contrat comme s'il n'avait jamais été conclu. La résolution a plutôt pour effet de maintenir le contrat en le transformant en rapport de liquidation (*Abwicklungsverhältnis*), c'est-à-dire en un rapport juridique ayant pour objet de replacer les parties dans la situation antérieure, non seulement par le biais des restitutions réciproques, mais également par l'octroi au créancier de dommages-intérêts ayant pour objet de réparer son intérêt négatif (3681). La résolution ne produit donc plus ses effets, d'après la doctrine aujourd'hui majoritaire, que pour l'avenir (3682). Cette conception s'est du reste maintenue après que les considérations pratiques qui l'avaient fait naître ont disparu, puisque depuis 2002 le nouveau § 325 du BGB autorise désormais le cumul de la résolution et de dommages-intérêts visant à réparer l'intérêt positif (3683).

Pour notre propos, il est intéressant de relever que la doctrine a abandonné l'idée d'une résolution rétroactive en raison de son caractère excessivement conceptuel. Elle lui reprochait en effet de partir du concept de la résolution pour en déduire des conséquences présentées comme logiques et nécessaires, en négligeant ainsi les intérêts concrets en présence (3684). Et pourtant, on ne peut se défaire de l'impression qu'à sa façon, la doctrine nouvelle du rapport de liquida-

(3680) Comp. le célèbre exemple de la livraison d'une vache malade discuté par Pothier (voy. à ce propos *infra*, n° 385).

(3681) Voy. à cet égard les travaux influents de H. STOLL, *o.c.*, *AcP*, 1929, pp. 141 et s., spéc. pp. 183 et s., et E. WOLF, « Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden », *AcP*, 1954, pp. 97 et s., spéc. pp. 102 et s. ; depuis lors, BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 18 ; BGH, 28 novembre 2007, VIII ZR 16/07, point 10 ; C. HATTENHAUER, *o.c.*, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, vol. 1, §§ 323-325, n° 58, pp. 1860 et s. ; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *o.c.*, § 26, pp. 406 et s.

(3682) D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, o.c.*, § 49, n° 562, p. 272 ; H. STOLL, *o.c.*, *AcP*, 1929, p. 171.

(3683) Voy. à ce propos *infra*, n° 394.

(3684) H. STOLL, *o.c.*, *AcP*, 1929, p. 171 ; on aura reconnu là une critique tout à fait analogue celle formulée par l'approche fonctionnelle de la rétroactivité que nous défendons (voy. *supra*, n°s 5 et s.).

tion n'échappe pas entièrement au même grief. Le rapport contractuel y est en effet présenté comme un « organisme » unitaire, transformé dans son ensemble par la résolution (3685). Or, il serait inconcevable qu'un tel rapport soit scindé, en anéantissant certaines de ses parties rétroactivement tout en maintenant d'autres (3686). Qui ne voit, cependant, qu'un tel raisonnement aboutit à nouveau à tirer des conséquences (prétendument) logiques de la « nature profonde » de cet « organisme » que constitue le rapport contractuel ? (3687) Telle n'était cependant pas la seule voie possible. On aurait en effet tout aussi bien pu adopter une conception plus mesurée (c'est-à-dire fonctionnelle) de la rétroactivité de la résolution, en considérant qu'elle ne doit produire ses effets que dans la mesure du but poursuivi ; dès lors, si les obligations principales du contrat sont effectivement anéanties rétroactivement, ceci n'empêche pas pour autant d'admettre la survie d'un lien de droit entre les parties sur la base duquel des dommages-intérêts peuvent encore être octroyés (3688).

Quoi qu'il en soit, la théorie du rapport de liquidation est aujourd'hui largement admise et ses effets en sont minutieusement réglés par le législateur dans les nouveaux §§ 346 et 347 du BGB. Fidèle à notre approche pragmatique du droit comparé (3689), nous n'entendons pas entrer ici dans l'analyse détaillée de ces dispositions au demeurant complexes, mais nous nous réservons d'y revenir ultérieurement dans la mesure où elles pourront s'avérer utiles à l'interprétation du droit belge.

365. Droit néerlandais. À l'origine, le droit néerlandais de la résolution était conçu sur le modèle de l'article 1184 du Code civil français, qui en faisait une variété de condition résolutoire (3690). Le NBW

(3685) H. STOLL., *o.c.*, *AcP*, 1929, pp. 183 et s.

(3686) E. WOLF, *o.c.*, *AcP*, 1954, p. 114 (« Das Schuldverhältnis ist eine ganzheitliche Gegebenheit, die als solche nur entweder fortgesetzt oder beendet, nicht aber zu einem Teil hinweggingiert, zum anderen aufrechterhalten werden kann. Seine ursprüngliche Einheit verbietet jede Zerlegung in verschiedenartige Teilbeziehungen [...] Es kann nur ex nunc inhaltlich verändert werden »).

(3687) Comp. les excès auxquels la conception anthropomorphique de l'acte juridique avait conduit la théorie classique des nullités : *supra*, n° 87.

(3688) Comp. en ce sens F. HERHOLZ, « Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung », *AcP*, 1929, pp. 257 et s., spéc. pp. 269, 315 et 324, pour qui ce lien de droit trouve son origine dans les pourparlers précontractuels entre les parties et subsiste pendant toute la durée du contrat, y compris en cas de résolution rétroactive de celui-ci.

(3689) Voy. *supra*, n° 35.

(3690) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 667 ; J.M. VAN DUNNÉ, *Verbindenissenrecht*, deel 1, *Contractenrecht*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2004, n° 13, pp. 650 et s.

a depuis lors pris ses distances avec ce système (3691). En particulier, l'article 6:269 exclut désormais expressément tout effet rétroactif de la résolution, à une légère exception près (3692). Le principal effet de la résolution est donc simplement de libérer les parties des obligations qu'elle frappe (article 6:271, 1^{re} phrase), formulation qui implique que certaines obligations (telles que les clauses pénales ou d'arbitrage) peuvent échapper à l'effet extinctif de la résolution (3693).

Toutefois, comme en droit allemand, l'absence d'effet rétroactif au sens strict n'empêche pas de reconnaître à la résolution un effet rétroactif au sens large (3694). Ainsi, l'article 6:271, 2^e phrase, poursuit en prévoyant que « Voor zover [de verbintenissen] reeds zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties ». Bien qu'elle ne sortisse ses effets que pour l'avenir, la résolution fait donc néanmoins naître des obligations de restitution dans le chef des parties du chef des obligations déjà exécutées au moment où elle intervient. Du reste, même si ces obligations de restitution ne naissent qu'au moment de la résolution, le devoir de veiller à la conservation de sa chose en vue de sa restitution naît antérieurement, à savoir dès que celui qui l'a reçue doit raisonnablement s'attendre au risque de la résolution (article 6:273) (3695). Comme on le voit, il n'est donc pas si facile de se défaire entièrement de l'idée de rétroactivité (3696).

L'absence d'effet rétroactif au sens technique du terme se marque cependant par le fait que, comme l'indique l'article 6:271, les paiements déjà effectués conservent leur fondement juridique.

Une première conséquence de ce principe est que la résolution, à la différence de la nullité (3697), est dépourvue d'effet réel envers

(3691) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 669.

(3692) « De ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, behoudens dat een aanbod tot nakoming, gedaan nadat de ontbinding is gevorderd, geen werking heeft, indien de ontbinding wordt uitgesproken ». L'effet rétroactif de la résolution est également exclu par l'article III. – 3:509, alinéa 1^{er}, du **DCFR** ; l'article 8.1 de la proposition de **DCEV** (voy. à ce propos F. ZOLL, « Article 8 », *Common European Sales Law (CESL)*, o.c., n° 1, p. 108) ; l'article 7.3.5, alinéa 1^{er}, des **Principes d'Unidroit 2010** ; l'article 115, alinéa 3, du **Projet Terré**.

(3693) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 520.

(3694) Sur la différence entre ces deux notions, voy. *supra*, n°s 58 et s.

(3695) Voy. à ce propos C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 706.

(3696) Comp., dans le même sens, J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, deel 1, o.c., n° 13, p. 649, qui relève que les différences entre l'ancien et le nouveau système sont moins grandes qu'on pourrait le croire.

(3697) Comp. *supra*, n° 238.

les tiers (3698). Tout au plus les parties peuvent-elles conférer indirectement un effet rétroactif à la résolution en érigeant l'inexécution du contrat en condition résolutoire, quant à elle dotée d'un effet réel (3699). L'absence d'effet réel de la résolution comporte cependant une exception importante dans le domaine du droit de la vente, connue sous le nom de droit de réclame (*recht van reclame*). En vertu de celui-ci, le vendeur d'effet mobilier impayé dispose de la possibilité de récupérer la propriété de ce bien (article 7:39), prérogative d'autant plus importante qu'à la différence du droit belge, le droit néerlandais ne lui accorde pas de privilège (3700). Le droit de réclame peut être exercé soit dans les six semaines de l'exigibilité du prix de vente, soit dans les 60 jours de la remise de la chose à l'acheteur (article 7:44). Quoique dépourvu d'effet rétroactif, il est néanmoins doté d'un effet réel (3701), ce qui permet au vendeur de récupérer la chose au préjudice de la masse des créanciers – sauf au curateur à en payer le prix (article 7:40) – ou d'un sous-acquéreur (article 7:39, alinéa 1^{er}, 2^e phrase), à l'exception du sous-acquéreur à titre onéreux de bonne foi entré en possession de la chose (article 7:42).

La deuxième conséquence de l'absence d'effet rétroactif au sens strict de la résolution est que les règles du paiement indu ne sont pas applicables (3702). C'est pourquoi, de la même manière qu'en droit allemand, il a paru nécessaire de fixer expressément le régime des restitutions, en l'occurrence aux articles 6:271 et suivants (3703). Ici également, nous ne comptons pas exposer en détail les principes y relatifs, auxquels nous reviendrons cependant dans le cours de notre

(3698) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 699 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 523 ; J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, deel 1, o.c., n° 13, p. 649.

(3699) Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 700, qui fait cependant observer que la vente avec réserve de propriété, analysée comme étant conclue sous condition suspensive, suffit généralement à répondre aux attentes des parties ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 524 ; J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, deel 1, o.c., n° 14, p. 653. Sur l'effet réel de la condition, voy. *supra*, n° 176.

(3700) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 599 ; comp. l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire et, à ce propos, *infra*, n° 473.

(3701) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 608.

(3702) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 699 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 520.

(3703) Voy. de même les articles III. – 3:510 et suivants du **DCFR** ; les articles 172 et suivants de la proposition de **DCEV** ; les articles 7.3.6 et suivants des **Principes d'Unidroit 2010**.

exposé dans la mesure où ils s'avèrent utiles à la construction d'une interprétation satisfaisante du droit belge.

II. – Fondements

366. Plan. Si le principe même de l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution est largement admis en droits belge et français (3704), il en va tout autrement du fondement de cette rétroactivité. Celle-ci a en effet été analysée comme une conséquence de la réalisation d'une condition résolutoire tacite (A), comme une règle inhérente à la structure des contrats synallagmatiques (B) ou encore comme un procédé technique de renforcement de la sanction de l'inexécution de ces contrats (C).

A. – Attraction du régime de la condition résolutoire

367. Rapprochement des articles 1183 et 1184 du Code civil. La solution la plus évidente consiste à voir dans l'inexécution des engagements du débiteur une condition résolutoire affectant, par l'effet de la loi, l'ensemble des obligations des parties à un contrat synallagmatique (3705). Dès lors, la résolution pour inexécution ne se distinguerait pas fondamentalement de celle résultant de la réalisation d'une condition stipulée par la volonté des parties. Cette approche peut être qualifiée de *conceptuelle*, dans la mesure où elle prétend déduire la portée de l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution de sa nature (3706).

Le Code civil lui-même invite à un tel rapprochement. En effet, après avoir précisé la notion et le régime de la condition résolutoire à l'article 1183, le législateur entame l'article 1184 en énonçant que « [l]a condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux

(3704) Voy. *supra*, n° 363.

(3705) Voy. ains Cass., 22 février 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 320, avec les conclusions de M. le premier avocat général DEWANDRE ; conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER avant Cass., 24 janvier 2011, *A.C.*, 2011, n° 64, point 1.1, p. 286 ; L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheid*, n° 51, p. 255 ; J. Deprez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 154, p. 166 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, *o.c.*, n° 88, p. 96 ; M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 1, p. 382 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 144 ; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, *o.c.*, p. 128.

(3706) Sur l'approche conceptuelle, voy. *supra*, n° 5 et s.

parties ne satisfera point à son engagement ». Ces deux dispositions forment d'ailleurs ensemble une subdivision intitulée « De la condition résolutoire ».

368. Première objection – Différences techniques. Si la parenté entre la résolution pour inexécution et la condition résolutoire est donc indéniable, il est toutefois permis de douter que celle-ci constitue bien, encore aujourd'hui, un fondement technique satisfaisant pour dégager le régime de celle-là.

À y regarder de plus près, en effet, les différences entre le mécanisme de la condition résolutoire ordinaire et celui de l'article 1184 sont profondes, de sorte que le second ne se résume pas à une simple application du premier (3707).

Tout d'abord, nous avons vu que la condition constitue nécessairement une modalité de l'obligation à la fois extrinsèque (c'est-à-dire étrangère à ses éléments constitutifs essentiels) et facultative (en ce sens que l'obligation doit demeurer concevable indépendamment de la condition) (3708). C'est ainsi que la Cour de cassation a analysé la clause de réserve de propriété, non comme une condition, mais comme un terme, parce que l'exécution de ses obligations par l'acheteur constitue pour le vendeur, non un événement extérieur à ses obligations, mais bien la cause de ses obligations (3709). De même, la « condition » résolutoire de l'article 1184 ne remplit pas cette condition d'extériorité puisque, dans un contrat synallagmatique, les obligations d'une partie constituent bien la cause des engagements de l'autre (3710).

(3707) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 179, p. 121 ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n°s 48 et s., pp. 118 et s. ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 98, pp. 197 et s. ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 4, p. 225 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 7, p. 164 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 528, p. 320 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n° 674, p. 635.

(3708) Voy. *supra*, n° 163.

(3709) Voy. Cass., 9 février 1933, cité *supra*, note n° 1378. On notera qu'en qualifiant la clause de réserve de propriété de terme, la Cour considère également, implicitement, que l'exécution de ses obligations par l'autre partie n'est pas, juridiquement, un événement incertain, solution qui apparaît certes discutable à la lumière du droit comparé (comp., en droit allemand, *supra*, note n° 1380), mais qui procède sans doute de l'idée que, pouvant s'appuyer sur la force obligatoire du contrat, le créancier est en droit d'attendre à ce que le débiteur exécute ses obligations.

(3710) Voy. R. CASSIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 2, p. 165 ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 49, pp. 119 et s. ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c.,

Toujours sur le plan technique, on relèvera également qu'alors que la condition résolutoire produit ses effets de plein droit (3711), la résolution pour inexécution ne peut être prononcée qu'à la demande de l'une des parties (3712), à savoir plus précisément le créancier. Par ailleurs, la résolution pour inexécution est en principe prononcée par le juge, elle n'est pas automatique mais donne lieu à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation des cours et tribunaux, et est accordée sans préjudice de dommages-intérêts complémentaires – autant de caractéristiques qui la distinguent de la résolution conditionnelle (3713).

369. Deuxième objection – Approche historique. On remarquera d'ailleurs que, même sous l'Ancien Droit, la résolution pour inexécution ne constituait pas une pure application de la technique de la condition résolutoire. Ainsi Pothier, après avoir observé que, dans les contrats synallagmatiques, « on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre », poursuivait en considérant :

« Selon la simplicité des principes, le seul laps du temps limité par le contrat dans lequel vous deviez satisfaire à la condition, lorsqu'il s'est écoulé sans que vous y ayez satisfait, devrait éteindre et résoudre mon engagement dans tous ces cas, et autres semblables. Néanmoins, dans notre pratique française, il est d'usage de faire une sommation au créancier par un sergent, à ce qu'il ait à satisfaire à la condition, avec assignation devant le juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir satisfait ».

La vente, n° 20, p. 203 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 9, p. 38 ; I. VERVOORT, « Ontbinding en faillissement », note sous Cass., 9 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 587 et s., n° 10, p. 590 ; mais comp. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 96, p. 72.

(3711) Voy. not. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 123 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1223, p. 1753 ; comp. les nuances apportées par T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 99, p. 74.

(3712) Cass., 15 février 2007, *Pas.*, 2007, n° 92. Il en va de même dans l'hypothèse d'une clause résolutoire expresse, même lorsqu'il est stipulé qu'elle produira ses effets « de plein droit » : voy. *supra*, n° 359, II.

(3713) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 247, p. 234 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 100 et s., pp. 74 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 430, p. 490 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 528, p. 320 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 9, pp. 39 et s.

En d'autres termes, même à l'époque, la résolution pour inexécution était soumise à un corps de règles s'écartant au moins partiellement du régime de la condition résolutoire, puisqu'elle n'intervenait pas de plein droit, mais devait être prononcée par le juge après une mise en demeure restée sans effet (3714). En réalité, des études historiques approfondies ont montré que l'article 1184 du Code civil, s'il s'inspire effectivement de la technique du pacte commissoire, c'est-à-dire de la condition résolutoire qui permettait en droit romain au vendeur de mettre un terme au contrat en cas de défaut de paiement du prix (3715), constitue néanmoins un mécanisme original qui trouve sa source dans les influences conjuguées du droit romain, du droit canon et de la jurisprudence des Parlements sous l'Ancien Droit (3716). Ne voir dans cette disposition qu'une simple application de l'article qui précède apparaît donc à la fois réducteur et inexact.

370. Troisième objection – Fonction spécifique de la résolution pour inexécution. Enfin, on ne perdra pas de vue que

(3714) Voy. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome II, o.c., n° 672, p. 143. Envisageant ensuite le cas où l'inexécution du contrat n'aurait pas été exprimé comme condition résolutoire, Pothier estimait que cette inexécution peut « souvent » opérer la résolution du contrat, « mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet », et « [il] est en ce cas à la discrétion du juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour satisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir sentence qui prononcera le résiliement du marché, et me déchargera de mon engagement » (*ibid.*, n° 672, p. 144). Ici également, la résolution pour inexécution était donc soumise à un régime particulier qui s'écarte de celui de la condition résolutoire ordinaire. Voy. également R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 460, p. 279 ; J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome I^{er}, o.c., *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I^{er}, titre I^{er}, sect. IV, n^{os} 18 et 19, p. 146. Ce dernier auteur, qui traite des « clauses résolutoires » en même temps que des clauses pénales, et après avoir traité des conditions auxquelles il ne les assimile donc pas, souligne que seul le créancier a le pouvoir de se prévaloir de l'inexécution du contrat pour mettre fin à celui-ci, à l'exclusion donc du débiteur (voy. déjà, en droit romain, R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., p. 738). Il insiste également sur la nécessité d'une intervention du juge, sur le droit d'option du créancier entre l'exécution forcée et la résolution et sur la possibilité de lui octroyer des dommages-intérêts.

(3715) Voy. à ce propos M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, o.c., § 41, n^{os} 49 et s., pp. 238 et s.

(3716) Pour plus de détails, cons. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 430, p. 489 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 75 et s., pp. 126 et s. ; voy. également A. THIER, « §§ 346-359 », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, 2. Teilband, o.c., pp. 207 et s. Par conséquent, les expressions de « condition résolutoire tacite » et de « pacte commissoire tacite », fréquemment utilisées pour désigner le mécanisme de l'article 1184, apparaissent inadéquates. Mieux vaut leur préférer celles de *clause* résolutoire, expresse ou tacite (voy. en ce sens S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 9, p. 38).

l'effet rétroactif dont la condition résolutoire est assortie poursuit un but spécifique sans rapport avec la situation où une résolution pour inexécution peut se produire. Nous avons vu, en effet, que l'effet rétroactif de la condition était un procédé technique utilisé afin de garantir l'efficacité de la condition et, plus précisément, pour déjouer les manœuvres du débiteur qui aurait disposé d'une chose *pendente condicione* alors que, gardien de celle-ci, il aurait dû à tout moment pouvoir la restituer au créancier en cas de réalisation de la condition (3717). Dans ce contexte, la réalisation de la condition est un événement certes par définition incertain, mais que les parties ont, dès l'origine, considéré comme possible et même *normal* (3718) ; c'est bien pour ce motif que l'acquéreur sous condition résolutoire doit se tenir prêt à restituer la chose au cas où cet événement viendrait à se réaliser.

Il en va tout autrement dans le cadre de l'article 1184, où l'événement déclencheur de la résolution est toujours *anormal*, puisqu'il suppose une méconnaissance en principe grave de la loi du contrat, et où cette inexécution peut même, dans certains cas, avoir été commise non par le débiteur de la chose, mais au préjudice de celui-ci. La « condition » de l'article 1184 diffère pour ce motif fondamentalement de celle de l'article 1183 du Code civil (3719).

Comparons ainsi la situation de l'acheteur à réméré avec celle de l'acheteur pur et simple d'une chose affectée d'un vice caché. Le premier, sachant qu'il pourrait à tout moment être amené à restituer la chose, ne pourrait par exemple grever celle-ci d'un droit de gage ou d'hypothèque ; et, s'il devait le faire, l'effet rétroactif du réméré apparaîtrait alors comme une solution efficace pour sanctionner le manquement commis à son devoir de conservation de la chose, les droits consentis au préjudice du vendeur étant ainsi effacés. Tout autre est la situation de l'acheteur victime d'un vice caché de la chose. En effet, celui-ci ne pouvait, par hypothèse, avoir connaissance du vice avant sa

(3717) Voy. *supra*, n° 181.

(3718) Voy. en ce sens *supra*, n° 167, l'analyse de la condition comme un instrument de prévision de l'avenir.

(3719) Comp. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 179, p. 121 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 528, p. 320 ; de même, en **droit allemand** avant la réforme de 2002, la doctrine reprochait au législateur d'avoir réglé les effets de la résolution pour inexécution par référence aux dispositions applicables lorsqu'il était stipulé un droit de résolution conventionnel (ancien § 327 du BGB) : voy. H. STOLL, o.c., *AcP*, 1929, p. 144.

découverte. Comment pourrait-on dès lors lui reprocher d'avoir grevé la chose de l'une ou l'autre charge réelle dans l'intervalle ? (3720) La simple possibilité, inhérente à toute convention synallagmatique, que celle-ci soit un jour résolue en raison du manquement de l'une des parties apparaît à cet égard trop lointaine pour imposer au possesseur de la chose le même devoir de conservation qui lui incomberait en vertu d'une condition résolutoire. Cela ne signifie pas que les charges réelles concédées par cet acheteur doivent nécessairement être maintenues en cas de résolution du contrat, mais leur anéantissement rétroactif devra en tout cas reposer sur une justification différente de celle avancée dans le contexte d'une condition résolutoire.

En conclusion, il nous semble qu'à défaut de voir dans l'article 1184 l'expression d'une véritable condition résolutoire, on puisse tout au plus déduire de son rapprochement avec l'article 1183 la volonté du législateur de conférer à la résolution pour inexécution un *certain* effet rétroactif (3721). Pour le reste, tant le fondement technique de cet effet que sa portée nous paraissent devoir être recherchés ailleurs.

B. – Nature du contrat synallagmatique

371. Préexistence du droit de résolution. Puisque le régime de la condition résolutoire ne suffit pas à justifier l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution, on peut tenter d'expliquer celui-ci par la nature synallagmatique du contrat résolu.

Une première réflexion peut à cet égard être puisée dans le fait que le droit de résolution, étant inhérent au rapport synallagmatique, est *réputé exister dès la conclusion du contrat*, avant même qu'un manquement ait été commis (3722). Ici comme ailleurs (3723), la circonstance que le droit préexiste depuis la conclusion du contrat ne suffit certes pas à expliquer que l'effet

(3720) Une solution classique consiste pourtant à l'empêcher dans ce cas d'introduire l'action réhibitoire : voy. *infra*, n° 458.

(3721) Voy. en ce sens H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie, o.c.*, n° 57, pp. 56 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n°s 502 et s., pp. 564 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 108, p. 123.

(3722) Voy. Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 106 (pour les besoins de la compensation) ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, n° 59 (pour les besoins de l'opposabilité des exceptions en matière de cession de créance). Ces deux décisions rappellent par ailleurs que l'exception d'inexécution est pareillement inhérente au rapport synallagmatique et existe par conséquent dès sa conclusion.

(3723) Comp. *supra*, n°s 147 (ratification) et 241, I (nullité).

de la résolution remonte jusqu'à cette date, mais conduit en tout cas à admettre plus aisément une telle rétroaction.

372. Rapport de dépendance mutuelle. Mais il y a plus. Dans un contrat synallagmatique, les obligations se trouvent, par définition, dans un rapport de dépendance mutuelle. Ainsi, lorsque l'une des parties vient à manquer à ses obligations, l'équilibre du contrat se trouve rompu, les obligations contractées par la victime de cette inexécution se trouvant soudain privées de contrepartie. La résolution vient restaurer cet équilibre en anéantissant, de part et d'autre, l'ensemble des obligations des parties, comme si le contrat n'avait jamais été conclu.

Le mécanisme de la résolution, en ce compris son effet rétroactif, trouve donc, au moins partiellement, son fondement dans l'interdépendance des obligations nées du contrat synallagmatique (3724). Il joue ainsi un rôle de sûreté ou de *garantie*, puisqu'un avantage est ainsi conféré au créancier (à savoir la libération de ses propres engagements) au cas où le débiteur viendrait à manquer à ses obligations (3725). Une telle approche peut également être qualifiée de conceptuelle, dans la mesure où elle entend encore déduire les effets de la résolution pour inexécution de sa nature (entendue cette fois comme une conséquence logique des caractéristiques propres aux contrats synallagmatique) (3726).

La même idée a été exprimée en recourant au *concept de cause* (3727). En effet, on enseigne également que, dans un contrat synallagmatique, les obligations d'une partie constituent la cause des

(3724) Voy. R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 4, p. 169 ; M. DUPONT, *o.c.*, *J.T.*, 2010, p. 342 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 247, p. 235 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 5, p. 227 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 787, p. 339, note n° 1712 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 434, p. 493 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 95, p. 148 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 582, p. 879 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 661, p. 580. À cet égard, on ajoute souvent que l'interdépendance des obligations correspond à la volonté des parties, ce qui n'ajoute en réalité rien à l'explication.

(3725) Voy. R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 2, p. 160 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 434, p. 493 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 582, pp. 879 et s. ; voy. également *supra*, n° 354 ; comp. avec l'idée que la connexité entre obligations est une source de garantie : M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *o.c.*, n°s 1682 et s., pp. 717 et s.

(3726) Sur l'approche conceptuelle, voy. *supra*, n°s 5 et s.

(3727) Voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 389, p. 275 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *o.c.*, n° 57, pp. 134 et s. ; P.A. FORIERS, *o.c.*,

engagements de l'autre. En cas d'inexécution de ceux-ci, les obligations du créancier se trouveraient soudain privées de leur cause et sont dès lors également appelées à disparaître.

L'explication est assurément élégante. Elle s'est toutefois heurtée à certaines objections d'ordre technique. Il semble en effet qu'en droit positif, la cause voie ses effets limités au moment de la formation du contrat (3728), ce que confirme l'impossibilité pour une partie d'invoquer la caducité du contrat par disparition de sa cause (3729). On a également fait valoir que la cause apparaît, en tant que telle, indivisible de sorte que, même dans un contrat successif correctement exécuté pendant un certain temps, « cette notion ne permet pas de justifier la fixation de l'effet résolutoire à une autre date que la formation du contrat » (3730).

373. Critique – Différences entre la théorie des risques et la résolution pour inexécution. Ni l'interdépendance des obligations ni la théorie de la cause ne suffisent cependant à expliquer entièrement le mécanisme de la résolution. Si tel était le cas, la théorie des risques et la résolution pour inexécution devraient en effet être soumises à un régime identique puisque, dans les deux cas, l'inexécution des obligations de l'une des parties menace l'équilibre du rapport synallagmatique.

Certes, on aurait tort d'opposer trop vivement ces deux institutions quant à leurs effets dans le temps. En effet, même si l'on enseigne classiquement que la théorie des risques ne sortit ses effets que pour l'avenir, nous avons vu que l'interdépendance des obligations synallagmatiques peut, dans certains cas, et spécialement dans les contrats instantanés, aboutir à donner à la dissolution du contrat un effet rétroactif (3731). Inversement, nous verrons que la tendance consiste, dans les contrats successifs, à ne donner effet à la résolution que pour l'avenir (3732). Dans l'un

La mise en vente d'un immeuble, n° 4, p. 225 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 105, p. 119.

(3728) Pour cette objection, R. CASSIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 3, pp. 167 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 535, p. 325 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 582, p. 880 ;

(3729) Voy. à ce propos *supra*, n° 332, II.

(3730) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 537, p. 327.

(3731) Voy. *supra*, n° 330.

(3732) Voy. *infra*, n°s 428 et s.

et l'autre cas, les effets de la théorie des risques et ceux de la résolution semblent donc se recouper largement.

La résolution judiciaire présente toutefois trois différences marquantes avec la théorie des risques que l'interdépendance des obligations ne suffit pas à expliquer.

Premièrement, alors que la dissolution fondée sur la théorie des risques intervient de plein droit et peut être invoquée par les deux parties, la résolution pour inexécution suppose quant à elle, sauf clause contraire, une *appréciation en opportunité du juge* et ne peut être prononcée qu'à la demande du créancier. La résolution ne résulte donc pas automatiquement de la mise en péril de la contrepartie des obligations du créancier (3733). Il est vrai que cette différence est quelque peu théorique dès lors qu'en cas de contestation quant à son principe ou quant à ses effets, la dissolution par l'effet de la théorie des risques pourra toujours donner lieu à l'exercice d'une action en justice (3734), ce qui la rapproche alors de la résolution.

Deuxièmement, la théorie des risques ne provoque la dissolution du contrat qu'en présence d'une impossibilité définitive d'exécution ; si cette impossibilité n'est que temporaire, elle n'entraîne en principe que la suspension du contrat (3735). Au contraire, la résolution peut très bien être prononcée en présence d'une *inexécution temporaire*, pour autant qu'elle soit suffisamment grave. En d'autres termes, la résolution peut être prononcée alors même que l'équilibre synallagmatique n'est pas irrémédiablement rompu. Il est vrai, cependant, que cette seconde différence pourrait également être nuancée, dès lors que si l'impossibilité d'exécution fortuite et temporaire aboutit à priver le contrat de toute utilité, elle doit sans doute également entraîner sa dissolution (3736).

Troisièmement et enfin, le créancier victime d'une inexécution de son débiteur se trouve dans une situation fondamentalement

(3733) Pour ces observations, voy. R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 2, p. 161 et n° 3, pp. 167 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 432, p. 491 ; S. STILINS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 92, p. 145 ; *adde*, critiquant la théorie de la cause, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 113, p. 84.

(3734) Comp., en cas de résolution extrajudiciaire, *supra*, n°s 359 et s.

(3735) Voy. Cass., 9 octobre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 143 ; Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

(3736) Voy. P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, n° 26, p. 261.

différente du cas où l'obligation de ce dernier est rendue impossible à exécuter pour cause de force majeure. En effet, dans cette dernière hypothèse, le débiteur est libéré de son obligation, de sorte que l'obligation corrélatrice du créancier se trouve effectivement privée de contrepartie. En cas d'inexécution fautive, au contraire, l'obligation du créancier *n'est privée ni de cause ni de contrepartie*, puisqu'il pourrait normalement obtenir du débiteur l'exécution forcée de son obligation, en nature ou par équivalent, assortie si nécessaire de dommages-intérêts pour réparer entièrement le préjudice subi (3737). Comment justifier, dans un tel cas, que le contrat soit néanmoins résolu ?

En réalité, ces trois différences entre la théorie des risques et la résolution ne peuvent s'expliquer que si on ajoute, à l'idée de cause ou d'interdépendance des obligations, celle de *sanction*. C'est parce que la résolution est une sanction offerte par la loi au créancier en cas d'inexécution de son débiteur que l'intervention du juge est, en règle, nécessaire pour éviter qu'elle ne soit invoquée à mauvais escient, que seul le créancier peut s'en prévaloir à l'exclusion du débiteur, qu'une inexécution, même temporaire, peut entraîner la dissolution du contrat pour autant qu'elle soit suffisamment grave et enfin qu'elle peut être accordée alors même que l'équilibre contractuel pourrait encore être rétabli par la voie de l'exécution forcée. Cette caractéristique de la résolution pour inexécution donne à l'effet rétroactif qui lui est reconnu une coloration particulière.

C. – Sanction d'une inexécution du débiteur

374. Approche fonctionnelle. À côté de l'interdépendance des obligations propre à tout contrat synallagmatique, la résolution trouve donc une justification essentielle dans l'idée de

(3737) Comme l'observe très justement F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, o.c., tome XVII, n° 122 ; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 116, p. 86 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 432, p. 492 ; M. PLANIOL, note sous Cass. fr., 14 avril 1891, *D.*, 1891, pp. 329 et s., spéc. p. 330. Le fait que l'obligation soit encore dotée d'une cause est encore confirmé par le fait que le créancier ayant dans un premier temps sollicité la résolution du contrat peut, jusqu'à ce que celle-ci ait été prononcée, se raviser et opter plutôt pour son exécution forcée (C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 193, p. 115). – On réserve ici le cas où l'exécution forcée est devenue impossible et où l'article 1184 exclut dès lors qu'elle soit encore demandée.

sanction (3738). De même que la nullité constitue une réaction de l'ordre juridique contre la violation de la loi, et non un simple « état de l'acte » (3739), la résolution est une arme conférée par le droit positif au créancier victime d'une violation de la loi des parties.

Cette caractéristique de la résolution permet de mieux saisir le rôle et la portée de l'effet rétroactif qui lui est attaché. En effet, dans une perspective *fonctionnelle*, la rétroactivité de la résolution pour inexécution n'est plus une conséquence « logique » ou automatique qui pourrait être déduite de la « nature profonde » de cette institution, mais constitue seulement un outil, une technique utilisée par le droit positif pour atteindre un but précis, qui en conditionne dès lors le régime (3740).

375. Renforcement de l'efficacité de la sanction par l'effet rétroactif. Dans cette optique, la rétroactivité de la résolution peut être analysée comme un procédé technique de renforcement de l'efficacité de la sanction (3741).

À cet égard, on a avancé l'idée que les restitutions découlant de la résolution seraient par essence rétroactives puisqu'elles ont pour but d'organiser le retour au *statu quo ante* (3742).

Pareille affirmation nous paraît méconnaître la distinction entre rétroactivité au sens strict et rétroactivité au sens large (3743).

(3738) Voy. R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 2, p. 161 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 834, p. 804 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 94, p. 147. Voy. également H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, *o.c.*, n° 918, p. 378, qui montre que le prononcé de la résolution consiste le plus souvent à donner la priorité à l'intérêt du créancier à être libéré du lien contractuel sur l'intérêt du débiteur au maintien du contrat.

(3739) Voy. *supra*, n° 88. Pour le même rapprochement avec l'évolution des conceptions en matière de nullité, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 122, p. 89.

(3740) Dans le même sens, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 700, p. 502 ; P. MALINVAUD, « Observations conclusives », *Rev. contrats*, 2008, pp. 103 et s., spéc. p. 105. Sur la différence entre approches conceptuelle et fonctionnelle, voy. *supra*, n° 5 et s.

(3741) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 5, p. 39 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 456, pp. 636 et s. ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 711, p. 511 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 113, p. 127 ; comp. *supra*, n° 181 (condition suspensive) et 241, II (nullité).

(3742) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 507, p. 570.

(3743) Voy. *supra*, n° 58 et, sur la différence entre effet rétroactif et effet rétrospectif, n° 56 ; voy. également C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *o.c.*, n° 609, p. 373.

Ainsi, les restitutions pourraient très bien être ordonnées *ex nunc*, comme c'est le cas, selon la conception majoritaire, en droit allemand (3744), et néanmoins viser à rétablir la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (3745).

La rétroactivité de la résolution va cependant plus loin et constitue ainsi un procédé technique mis au service de la restauration de l'équilibre rompu par le manquement du débiteur.

Ceci se ressent particulièrement *dans les rapports avec les tiers*. Ainsi, par exemple, l'interdépendance des obligations suffirait sans doute à expliquer que le vendeur impayé puisse exiger de l'acheteur – au jour du jugement prononçant la résolution – la restitution de la chose, parce que la remise anticipée de celle-ci se trouverait privée de contrepartie ou de cause du fait du défaut de paiement. Que cette restitution soit due *ex nunc* ou *ex tunc*, le vendeur outragé obtiendrait donc en définitive satisfaction. Mais de quelle protection jouirait-il si l'acheteur avait, dans l'intervalle, déjà disposé de la chose ? Pour que la sanction de la résolution atteigne entièrement son but, il faut donc non seulement que le débiteur fautif soit tenu de remettre, à l'avenir, les choses en leur pristin état, mais également que les événements passés qui empêchent ce retour à l'équilibre – tels que les transferts de propriété et les charges réelles consentis dans l'intervalle – soient anéantis. La rétroactivité présente, à cet égard, une véritable plus-value pour le créancier (3746).

Même *entre parties*, la rétroactivité, quoique moins nécessaire, renforce l'effet de la résolution, puisqu'elle permet d'assurer un retour au pristin état plus complet (notamment par la « résurrection » des actes auxquels le contrat résolu avait mis fin (3747)) ou, du moins, permet de justifier celui-ci plus aisément. Ainsi par exemple, on pourrait très bien considérer que la résolution oblige *ex nunc* celui qui a bénéficié des fruits à les restituer ; mais il faudrait alors expliquer pourquoi ceux-ci sont compris dans l'assiette de l'obligation de restitution. Si, en revanche, on fait remonter celle-ci au jour de la conclusion du contrat, il en résulte plus facilement que les fruits perçus depuis lors doivent être restitués. La rétroactivité peut donc ainsi jouer un rôle explicatif (3748).

(3744) Voy. *supra*, n° 364.

(3745) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^{os} 722 et s., pp. 520 et s.

(3746) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 727, p. 523 et, pour d'autres exemples, n° 735, p. 527.

(3747) Voy. *infra*, n° 462.

(3748) Comp. *supra*, n° 47.

376. Proportionnalité de la sanction. L'idée de sanction est également intéressante parce qu'elle introduit celle de *flexibilité*. En effet, comme toute sanction, les effets de la résolution, en ce compris son effet rétroactif, doivent demeurer *proportionnés* au but poursuivi par celle-ci (3749). Il s'agit là d'une conception largement partagée en droit comparé (3750).

Sur ce point, on a été jusqu'à soutenir que le juge devrait bénéficier d'un pouvoir d'appréciation aussi large quant à l'opportunité du prononcé de la résolution que quant à ses effets (3751). Ainsi, le juge pourrait être amené à moduler la date de prise de cours des effets de la résolution en fonction de toutes les circonstances concrètes de la cause, et notamment afin de sanctionner l'une ou l'autre partie, ou au contraire lui accorder le bénéfice de l'exécution du contrat pour le passé (3752).

Une telle ligne de raisonnement nous paraît toutefois à la fois excessive et dangereuse. À notre sens, la flexibilité de la sanction ne doit pas être confondue avec un pouvoir discrétionnaire, ni *a fortiori* arbitraire (3753). Il en va d'autant plus ainsi lorsque la sanction est utilisée à des fins répressives, les principes de légalité et de prévisibilité imposant en ce cas qu'elle soit prise sur la base de critères établis d'avance (3754). Comme en matière de nullités (3755), nous pensons que la flexibilisation de la sanction

(3749) Voy. C. CAUFFMANN, « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 155 et s., n° 31, p. 177 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 103, p. 118 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 17, p. 50 et n° 211, p. 299. Voy. dans le même sens P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 15, p. 239, pour qui la rétroactivité ne peut, comme tout mécanisme technique, être poussée au-delà du raisonnable.

(3750) Voy. en ce sens T. PAJOR, « Rapport général. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 661 et s., spéc. p. 668 : « en général, les effets rétroactifs de la rupture ne sont pas déterminés avec une [...] "logique de fer". Au contraire, dans la plupart des systèmes juridiques, les effets en question sont soumis à des limitations importantes, dictées par la nécessité d'assurer la protection de certaines valeurs, et notamment celles du bon sens, de la sécurité juridique et des intérêts justes du créancier ».

(3751) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 223, pp. 313 et s. ; voy. dans le même sens l'article 176 de la proposition de DCEV.

(3752) Voy. les exemples donnés en matière de baux et de contrats d'assurance par S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n°s 294 et s., pp. 414 et s.

(3753) Voy. dans le même sens la critique sévère de M. LEHMANN, « Article 176 », *Common European Sales Law (CESL), o.c.*, n° 24, p. 718.

(3754) Comp., à propos de la règle *in pari causa*, *supra*, n° 283.

(3755) Comp. *supra*, n°s 88, III, et 241, III.

doit déboucher, non sur une approche purement casuistique, mais sur une réflexion plus globale sur les objectifs poursuivis par la résolution et sur les équilibres qu'il convient de trouver entre la réalisation de ceux-ci et d'autres intérêts concurrents dans le cadre d'une série de situations typiques (telles que la problématique de la restitution de fruits, de la dissolution des contrats successifs, etc.) (3756). C'est à l'examen de ces situations les plus courantes que le reste de ce chapitre est consacré.

377. Absence de remise en cause de la conclusion du contrat. L'idée de proportionnalité présente un intérêt immédiat lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de l'effet rétroactif.

Ainsi, on enseigne généralement, en s'inspirant des termes de l'article 1183, que la résolution « opère, en principe, *ex tunc* et a pour effet que les parties doivent être replacées dans le même état que si elles n'avaient pas contracté » (3757).

Toutefois, si le but limité de la résolution – sanction octroyée au créancier en cas de manquement grave de son débiteur commis au cours de l'exécution du contrat – peut certes justifier l'effacement des obligations réciproques des parties afin de rétablir l'équilibre rompu par l'inexécution, il ne paraît pas en résulter que *la conclusion même* du contrat doive être remise en cause. Raisonner ainsi procéderait d'une vision trop dogmatique de l'effet rétroactif (3758) ; en réalité, la résolution « n'a pas pour objet de nier l'accord des volontés mais consiste plutôt à toucher les effets – mais pas nécessairement tous – produits par cet accord » (3759).

En d'autres termes, la résolution peut remonter dans certains cas jusqu'à la date de conclusion du contrat mais n'efface pas pour autant cet événement fondateur de la relation entre les parties. Ce

(3756) Dans le même sens, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 872, p. 625 (« faire varier les effets de la résolution en fonction des mérites du débiteur introduit tout de même une source trop grande d'incertitude, de nature à décourager tout effort de synthèse »). Voy. déjà, sur la tentation casuistique, *supra*, n° 5, III.

(3757) Voy. par ex. Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 326, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; *adde* les références citées *supra*, n° 363.

(3758) Sur les dangers d'une telle approche, voy. *supra*, n° 52.

(3759) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 35, pp. 24 et s. ; dans le même sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 246, p. 233 ; R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n° 2 ; *adde* P.-H. Delvaux, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n°s 38 et s., pp. 695 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 325, p. 198.

maintien, au moins partiel, du lien contractuel permet, notamment, de justifier le caractère contractuel des dommages-intérêts complémentaires dus par le débiteur ou la survie de certaines clauses détachables (3760).

Une idée tout à fait similaire est défendue **en droit allemand**. En effet, une partie de la doctrine contemporaine critique le principe traditionnel selon lequel la résolution aurait pour but de remettre les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si le contrat n'avait pas été conclu. En réalité, dès lors que l'anéantissement trouve son origine, non dans un problème de validité de l'accord, mais seulement dans une difficulté d'exécution de celui-ci, la résolution – tout en produisant ses effets *ex nunc* – tendrait plus précisément à replacer les parties dans la situation où elles se trouvaient *immédiatement après la conclusion du contrat, mais avant le début d'exécution de celui-ci* (3761). Pareille définition de l'objectif de la résolution fait apparaître plus clairement que celle-ci ne contredit en rien l'octroi de dommages-intérêts complémentaires tendant à la réparation de l'intérêt positif du créancier (3762).

Du reste, il est même permis de se demander si, compte tenu de son objectif, la résolution ne devrait pas remonter seulement jusqu'à la *date du manquement* commis par le débiteur, plutôt que jusqu'à la date de conclusion du contrat (3763). L'idée est séduisante, mais elle doit immédiatement être tempérée par des considérations tirées de l'interdépendance entre les obligations et de leur éventuelle indivisibilité, qui font qu'en pratique, la résolution devra souvent – mais pas toujours – remonter jusqu'à la

(3760) P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 2, p. 36 ; R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n° 2 ; voy. à ce propos *infra*, n°s 380 et 489.

(3761) Voy. D. KAISER, « §§ 346-354 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, pp. 459 et s., Vorbem. §§ 346-354, n° 3, p. 464. **En droit belge**, voy. dans le même sens P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble, o.c.*, n° 22, p. 247 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 11.

(3762) Voy. à ce propos *infra*, n°s 393 et s.

(3763) Comp. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 112, p. 126 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 480, p. 289 et n° 589, p. 362. Cet anéantissement mesuré du lien contractuel, limité à sa seule portion défectueuse, pourrait constituer une manière de résoudre le paradoxe de l'institution que l'on a exprimé en ces termes : « La résolution sanctionne la force obligatoire du contrat... en le détruisant » (T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 5, p. 3). En revanche, la date à laquelle le créancier a acquis la connaissance du manquement importe peu pour fixer la date d'effets de la résolution (voy. en ce sens Cass., 9 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 684).

date de conclusion du contrat pour parvenir à restaurer l'équilibre rompu (3764).

378. Rapprochement avec la nullité. Enfin, le caractère de sanction de la résolution permet d'opérer un rapprochement utile de celle-ci avec la nullité.

I. Sur le plan de l'histoire des idées, on observera tout d'abord une évolution similaire des deux institutions (3765), passant d'une vision conceptuelle et mécanique de leur fonctionnement (ce qui est nul étant, dans la théorie classique, de nul effet en raison d'un état objectif de l'acte, de la même manière que la résolution ne serait que la conséquence inéluctable de la réalisation d'une condition résolutoire tacite ou de l'effondrement de l'équilibre synallagmatique) à une vision plus dynamique, fondée sur la recherche d'une réaction appropriée de l'ordre juridique à la violation de ses règles (l'octroi du droit de critique dans la théorie moderne des nullités correspondant ainsi à la résolution qui « n'est pas un fait que l'on observe, c'est une mesure dont on décide » (3766)).

Par ailleurs, l'idée est assez répandue que l'effet rétroactif de la nullité et celui de la résolution auraient une portée en principe identique, les règles dégagées à propos de l'une valant pour l'autre et *vice versa* de manière à constituer une sorte de droit commun des restitutions dites anormales (par opposition aux restitutions dites normales, telles que la restitution de la chose à la fin du bail ou du dépôt) (3767).

(3764) Voy. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 119, p. 113 ; comp. également P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 39, p. 696, pour qui l'indivisibilité du contrat constitue le fondement des restitutions. Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 436.

(3765) Pour la nullité, voy. *supra*, n°s 87 et s.

(3766) Selon la formule de T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 49, p. 37.

(3767) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 10, p. 6 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 398, p. 283 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, tome II, o.c.*, n° 834, p. 805 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques, vol. I, o.c.*, n° 155, p. 168 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 253, p. 241 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 508, pp. 570 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 879, p. 462 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 19, p. 140 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 3, p. 455 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 16, p. 49 et n° 211, p. 299 ; S. STJNS, *o.c.*, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, p. 254, note n° 174. La même attitude se retrouve dans le **Projet Catala** (art. 1161 et s.),

II. Cette conception peut être critiquée en soulignant que les deux institutions obéissent à des fins et à une logique trop différentes pour pouvoir être assimilées sans réserve (3768). Ainsi, nous avons vu que la nullité était certes, comme la résolution, une sanction, mais qu'elle était édictée, non en vue de protéger le créancier contre un manquement de son débiteur commis en cours d'exécution du contrat, mais en vue d'effacer les conséquences d'une violation de la loi commise dès la conclusion de celui-ci (3769). En forçant un peu le trait, on pourrait donc dire que *la nullité sert l'intérêt général tandis que la résolution ne sert que des intérêts privés* (3770), la première intéressant d'ailleurs l'ordre public (au sens large) tandis que la seconde n'est que supplétive (3771). Comment, dans ce contexte, pourrait-on prendre comme postulat qu'elles doivent produire des effets identiques ?

III. Cette critique peut toutefois à son tour être nuancée si l'on accepte d'introduire dans l'équation des considérations s'appuyant sur le raisonnement *a fortiori*, dont on sait qu'il peut constituer un fil rouge pour la Cour constitutionnelle dans le contrôle du respect du principe d'égalité (3772).

Ainsi, les caractéristiques de la nullité – à savoir principalement le caractère originaire du vice qu'il sanctionne et la nature publique des intérêts qu'elle protège – la prédisposent à en faire

le **Projet de la Chancellerie** (art. 91 et s.) et la proposition de **DCEV** (art. 172 et s.), qui règlent conjointement les effets de la nullité et de la résolution.

(3768) Voy. P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 38, p. 695 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 22, p. 17 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 37 (qui est pourtant l'auteur de la distinction entre restitutions normales et anormales) ; P. MALINVAUD, « Observations conclusives », *Rev. contrats*, 2008, pp. 103 et s., spéc. p. 104 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n°s 322 et s., pp. 195 et s.

(3769) Voy. *supra*, n° 226.

(3770) Le propos pourrait bien sûr être nuancé, dès lors que notamment, compte tenu de son importance dans la vie économique, la résolution intéresse également, dans une certaine mesure, l'intérêt général (observation qui vaut d'ailleurs pour toute disposition législative), tandis qu'à l'inverse, la nullité relative, tout en promouvant indirectement l'intérêt général, est prévue au premier chef pour assurer la protection d'intérêts privés.

(3771) On en déduit d'ailleurs que les parties auraient le pouvoir d'aménager contractuellement l'effet rétroactif de la résolution (voy., en cas de clause résolutoire expresse, S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 357, p. 489), ce qui paraît beaucoup plus délicat en matière de nullité. Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 563.

(3772) Voy. *supra*, n° 69.

une sanction *plus radicale* que la résolution (3773), qui n'est édictée que dans l'intérêt du créancier et qui, ne reposant que sur des faits postérieurs à la conclusion du contrat, ne devrait pas remettre en cause la validité de l'accord intervenu, mais tout au plus son efficacité.

Par conséquent, en procédant à une interprétation conciliante (3774) de l'article 1184 visant à éviter une incohérence qui pourrait se révéler contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, il nous semble qu'en principe, l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution devrait se révéler *moins étendu* que celui de la nullité. Nous verrons, dans les pages qui suivent, si cette intuition se confirme en droit positif.

III. – Responsabilité complémentaire

379. Importance de la question. Lors de l'étude de la nullité, nous avons réservé l'examen de la responsabilité dite précontractuelle pour la fin, après avoir déjà précisé les conséquences ordinaires de l'annulation en l'absence d'une *culpa in contrahendo* (3775). Ce choix se justifiait par la considération que la responsabilité précontractuelle n'est pas inhérente à la nullité, celle-ci pouvant dans de nombreux cas être prononcée sans que les parties n'aient commis la moindre faute. On pense notamment aux hypothèses d'erreur sur la substance ou sur la cause, d'incapacité ignorée du cocontractant, de vente de bonne foi de la chose d'autrui, etc.

Il en va tout autrement dans le domaine de la résolution, laquelle suppose, par définition, une *inexécution* imputable au débiteur et donne automatiquement au créancier, selon l'article 1184, le droit de demander des dommages et intérêts. Ceux-ci sont donc indissociables de la résolution, ce qui justifie à notre sens d'exposer préalablement les principes applicables à cette responsabilité

(3773) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 5, pp. 38 et s. ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 15, p. 238 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 23, p. 17 ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 42, p. 107 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 115, p. 129 ; voy. également, sur le sort de la clause pénale en cas de dissolution rétroactive de l'obligation principale, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *o.c.*, n° 188, pp. 101 et s.

(3774) Sur cette technique d'interprétation, voy. *supra*, n° 72.

(3775) Voy. *supra*, n°s 335 et s.

complémentaire avant d'examiner systématiquement la manière dont celle-ci est de nature à aménager – voire même, dans certains cas, à bouleverser – le régime des restitutions. Distinctes d'un point de vue théorique, la question des restitutions et celle des dommages-intérêts sont en effet intimement liées d'un point de vue pratique (3776).

La question qui retient d'ordinaire l'attention de la doctrine est celle de la nature – contractuelle ou extracontractuelle – de cette responsabilité (A). En revanche, celle de l'étendue et de la consistance des dommages-intérêts, qui revêt pourtant une importance pratique considérable, a été jusqu'à présent beaucoup plus délaissée (B). Nous examinerons enfin la manière dont les dommages-intérêts doivent être accordés lorsque la résolution est prononcée, non au bénéfice du seul créancier, mais aux torts réciproques des parties (C).

A. – Nature de la responsabilité

380. Principe : responsabilité contractuelle. Nonobstant la disparition rétroactive du contrat, on admet généralement que la responsabilité encourue par le débiteur en complément de la résolution est de nature contractuelle plutôt qu'extracontractuelle (3777). La justification avancée est assez facile à admettre : les dommages-intérêts trouvent, tout comme la résolution, leur

(3776) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 17, p. 242. Comp. dans le même sens BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 23, qui voit dans l'application cumulative des règles de la résolution et de la responsabilité un système de compensation en deux phases (*zweistufiges Ausgleichssystem*).

(3777) Voy. P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, nos 23 et s., pp. 685 et s. ; X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 13, note n° 65, p. 154 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 14, p. 237 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 346, p. 207 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 7, p. 129 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 594, p. 909 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *o.c.*, 2^e éd., n° 681, p. 640. Ainsi, en cas de résolution aux torts réciproques des parties, la Cour de cassation décide expressément que celles-ci n'en sont pas pour autant exonérées de leur « responsabilité contractuelle » : voy. Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202 ; Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606 ; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 113 ; Cass., 15 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 300 ; Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 128 ; Cass., 7 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 135 (somm.) ; Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 555. Cette solution découle également des arrêts de la Cour qui définissent l'étendue du dommage réparable par référence aux articles 1149 et s. du Code civil (voy. *infra*, n° 393). On remarquera toutefois qu'en France, certains arrêts examinent la question des dommages-intérêts complémentaires à la résolution sous le visa de l'article 1382 du Code civil : voy. Cass. fr., 1^{er} décembre 2011, n° 10-26.289.

fondement dans l'inexécution commise par le débiteur, laquelle est, par définition, de nature contractuelle ; puisqu'elle repose sur une faute contractuelle, cette responsabilité doit donc être de même nature.

Cette analyse est conforme à *l'approche fonctionnelle* de la rétroactivité que nous avons retenue (3778). En effet, l'effet rétroactif de la résolution procède du souci de garantir l'efficacité de la sanction octroyée par la loi au créancier en cas de rupture de l'équilibre synallagmatique mais ne saurait excéder ce but. Par conséquent, il apparaît inutile d'aller jusqu'à prétendre que le contrat n'aurait jamais été conclu et de qualifier la responsabilité encourue par le débiteur d'extracontractuelle (3779). Au demeurant, si l'on devait aborder la question dans une démarche conceptuelle, en tirant toutes les conséquences de la rétroactivité prise comme une donnée invariante (3780), on aboutirait alors à remettre en cause jusqu'à la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts complémentaires à la résolution, puisque ceux-ci trouveraient leur fondement dans l'inexécution d'une convention rétroactivement effacée par l'effet de la résolution (3781), ce qui serait contraire au prescrit de l'article 1184.

Cette conclusion peut également être renforcée par une *comparaison avec la nullité*. En effet, bien que la majorité de la doctrine estime que la responsabilité encourue en cas de *culpa in contrahendo* soit de nature extracontractuelle, nous avons vu qu'aucun motif impérieux n'imposait cette solution et qu'au contraire des considérations pratiques plaident en faveur d'une qualification contractuelle (3782). Si l'on admet ainsi que, malgré son effet radical, la nullité laisse subsister une partie du lien contractuel pour les besoins d'une action en dommages-intérêts, il doit en aller *a fortiori* ainsi de la résolution dont les effets dans le temps sont par nature moins étendus que ceux de la nullité (3783).

(3778) Voy. *supra*, n^{os} 374 et s.

(3779) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n^o 2, p. 36 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 35, p. 175 ; R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n^o 2.

(3780) Sur l'approche conceptuelle de la rétroactivité, voy. *supra*, n^{os} 5 et s.

(3781) Comp. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *o.c.*, § 26, p. 405.

(3782) Voy. *supra*, n^{os} 336 et s.

(3783) Sur la légitimité d'un tel raisonnement *a fortiori*, voy. *supra*, n^o 378.

B. – Étendue du dommage réparable

381. Position du problème. La question de l'étendue et de la consistance du dommage réparable par la voie de dommages-intérêts complémentaires en cas de résolution pour inexécution, quoique d'une importance fondamentale d'un point de vue pratique, a, dans l'ensemble, été largement négligée par la doctrine belge et française, la plupart des manuels ne lui consacrant que quelques lignes (3784). Cette situation, qui apparaît d'autant plus surprenante quand on la compare à celle d'autres États (3785), peut s'expliquer, au moins pour partie (3786), par la jurisprudence de notre Cour de cassation qui semblait considérer jusqu'à récemment qu'il s'agissait d'une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond (3787). Pareille approche n'incite guère, il est vrai, à la réflexion théorique.

(3784) Ainsi par exemple chez H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 890, pp. 848 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome 1^{er}, o.c., n° 594, pp. 909 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., 2^e éd., n° 681, pp. 640 et s. Comp. cependant les importants développements consacrés à cette question par T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n°s 988 et s., pp. 714 et s., dont nous nous inspirons largement ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n°s 417 et s., pp. 269 et s. ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n°s 17 et s., p. 242 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, n°s 106 et s., pp. 157 et s. ; P. RÉMY, « Observations sur le cumul de la résolution et de dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 121 et s.

(3785) La question de l'étendue des dommages-intérêts en cas de résolution pour inexécution y est en effet traitée de manière approfondie, et ce, depuis longtemps. Outre les études de droits allemand et néerlandais abordées dans les paragraphes qui suivent, voy. not., **en droit américain**, l'étude classique de L.L. FULLER et W.R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, pp. 52 et s. et vol. 46/3, 1937, pp. 373 et s. (cons. à ce propos T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n°s 998 et s., pp. 722 et s.).

(3786) Pour d'autres explications de cet « oubli », voy. P. RÉMY, o.c., *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, n° 2, p. 122, qui avance l'architecture éclatée du Code civil (qui traite des dommages-intérêts contractuels aux articles 1146 à 1155 et aborde séparément la résolution à l'article 1184) ainsi que le fait que la responsabilité contractuelle s'est développée sur le modèle de la responsabilité extracontractuelle, rendant plus difficile la mise en évidence d'une question qui ne se pose que dans le cadre de la première.

(3787) Voy. ainsi Cass., 1^{er} mars 2012, n° C.11.0056.N, point 2 (inédit) ; Cass., 8 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 82, *R.C.J.B.*, 1990, p. 379, note M. FONTAINE (« Attendu que si la résolution judiciaire d'un contrat à prestations successives ne remonte, en règle, quant à ses effets, qu'à la demande en justice, la victime de la résiliation abusive ayant entraîné la résolution judiciaire conserve le droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice ; que ce dommage est apprécié en fait par le juge du fond ») ; Cass., 26 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 865 (« Attendu que, suivant l'article 1149 du Code civil, les dommages et intérêts dus au créancier d'une obligation inexécutée par le fauteur du débiteur, représentent non seulement le gain dont le créancier a été privé, mais aussi la perte qu'il a faite ; Que l'arrêt a, dès lors,

On aurait tort, pourtant, de croire que la consistance du dommage réparable après résolution du contrat échappe à toute définition juridique (3788). Les développements consacrés à cette question dans le domaine voisin de la responsabilité précontractuelle permettent, à cet égard, de se faire une idée plus précise des enjeux.

Nous avons vu, en effet, qu'à la suite des travaux de von Ihering, la doctrine a pris l'habitude de distinguer *l'intérêt positif*, à savoir la situation dans laquelle la victime de la faute se serait trouvée si le contrat avait été valablement conclu et exécuté, de *l'intérêt négatif*, soit la situation dans laquelle cette même personne se serait trouvée si le contrat n'avait pas été conclu du tout (3789). Classiquement, seul l'intérêt négatif peut être réparé en cas de *culpa in contrahendo*, encore que ce postulat nous a paru devoir être remis en question dans certains cas particuliers, compte tenu des implications de la théorie de l'alternative légitime (3790) et de la portée limitée de la condition de légitimité de l'intérêt à agir (3791).

Cette distinction entre intérêt positif et intérêt négatif conserve toute sa pertinence dans le domaine de la résolution où elle permet de mieux cerner la question de l'étendue du dommage réparable.

Supposons que A livre à B pour le prix de 100 une chose d'une valeur de 80. Les frais de livraison, qui s'élèvent à 5, sont pris en charge par A. Par conséquent, si le contrat était correctement exécuté, le patrimoine de A, qui s'élevait à l'origine à 85 (valeur de la chose + montant des frais), passerait à 100 (montant du prix reçu). Si A conserve nonobstant la résolution le droit à l'obtention de l'intérêt positif, il faut donc qu'à la fin des opérations de résolution (restitutions réciproques et octroi de dommages-intérêts complémentaires), son patrimoine atteigne une valeur de 100. À l'inverse, si l'on souhaite

pu tenir compte d'autres éléments que celui indiqué par la demanderesse et fixer, par une appréciation qui gît en fait, les bases du dommage réellement éprouvé par la défenderesse »). La même attitude de la Cour de cassation de France est mise en évidence par T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 1024, p. 736.

(3788) Voy. ainsi les précisions données par les arrêts cités *infra*, n° 393. En particulier, l'arrêt du 13 octobre 2011, s'il décide encore que le dommage complémentaire à la résolution est « apprécié par le juge du fond » (point 4), ne précise plus que cette appréciation gît en fait et, au contraire, examine si le juge du fond a « légalement justifié » sa décision sur cette question (point 8).

(3789) Voy. *supra*, n° 344.

(3790) Voy. *supra*, n°s 345 et s.

(3791) Voy. *supra*, n°s 348 et s.

effacer entièrement les conséquences du contrat, et garantir donc à A l'obtention de l'intérêt négatif, il faut qu'à la fin des opérations de résolution, la valeur de son patrimoine s'élève à 85. Dès lors que A obtient déjà 80 par le biais des restitutions, l'intérêt positif s'élève donc à 20 (100 – 80) et l'intérêt négatif à 5 (85 – 80).

Pour faire bref, on peut donc dire que lorsqu'il demande l'indemnisation de l'intérêt négatif, le créancier réclame la réparation du dommage que l'*exécution* du contrat lui a causée ; l'intérêt positif, quant à lui, recouvre le préjudice que l'inexécution ou, plus précisément, la *résolution* du contrat lui a fait subir (3792).

On comprend donc toute l'importance de rechercher à la réparation duquel de ces deux préjudices le créancier qui obtient la résolution aura droit. À cet égard, s'il l'on peut être tenté de répondre intuitivement que seule la réparation de l'intérêt négatif doit entrer en considération dans le cadre d'une action en résolution (1), le choix de l'indemnisation de l'intérêt positif nous paraît à la réflexion s'imposer pour des motifs particulièrement convaincants (2). Il importera toutefois de définir précisément la consistance de cet intérêt positif, car nous verrons que certains postes du dommage peuvent être réparés tant au titre de l'intérêt positif que de l'intérêt négatif tandis que d'autres relèvent exclusivement de l'un ou l'autre intérêt (3).

1. – Réparation de l'intérêt négatif

382. Position doctrinale. Certains auteurs considèrent que seul l'intérêt négatif est susceptible d'être indemnisé par les dommages-intérêts complémentaires à la résolution, c'est-à-dire – pour rappel – que ceux-ci tendent à replacer le créancier dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (3793). À l'appui

(3792) Comp. l'utilisation de l'expression « préjudice de résolution », empruntée au droit italien, par T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^{os} 1029 et s., pp. 741 et s. On observera en revanche d'emblée que la différence entre intérêt positif et intérêt négatif ne correspond pas à la distinction entre *lucrum cessans* et *damnum emergens* (voy. à ce propos *infra*, n^o 399).

(3793) Voy. ainsi Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, o.c., n^{os} 145 et s., pp. 209 et s. ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 462, p. 296 (sauf dans le cas où les parties sont autorisées à conserver les prestations reçues, auquel cas l'intérêt positif pourrait être réclamé : voy. n^o 465, p. 298) ; implicitement, M. FONTAINE, o.c., *R.C.J.B.*, 1990, n^o 44, p. 398 (pour qui le calcul des dommages-intérêts en cas de résolution devrait s'avérer plus aisé qu'en cas

de cette opinion, on peut avancer certaines dispositions du Code civil, la logique de la résolution ainsi que des considérations plus pratiques. Nous verrons cependant qu'à notre sens, aucun de ces arguments n'échappe entièrement à la critique.

383. Premier argument – Textes tirés du droit de la vente.

Le souci d'assurer la réparation de l'intérêt négatif paraît, au moins à première vue, se trouver à la base des rares dispositions du Code civil offrant des précisions quant à l'étendue des dommages-intérêts dus en cas de résolution du contrat (3794).

Ainsi, en cas d'éviction de l'acheteur, le vendeur lui doit « les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat » (article 1630, 4^o) (3795). Or, si le contrat avait été dûment exécuté (perspective dans laquelle s'inscrit la réparation de l'intérêt positif), ces frais seraient demeurés à charge de l'acheteur (article 1593).

On peut également se référer aux dispositions relatives à l'action rédhibitoire. Certes, « [s]i le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur » (article 1645), sans que la consistance de ces dommages-intérêts ne soit autrement précisée. Mais, « [s]i le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente » (article 1646). Du rapprochement de ces deux dispositions, il paraît ressortir que le remboursement des frais occasionnés par la vente constitue le *minimum minimorum* auquel l'acheteur a droit en cas de

d'exécution forcée par équivalent, car, dans le premier cas, « il s'agit de faire le bilan d'une activité passée, non de déterminer la contre-valeur d'une prestation qui n'aura pas lieu »). Adde les auteurs qui considèrent que le créancier doit pouvoir exiger de son débiteur le remboursement des frais causés par l'exécution du contrat : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, o.c., n^o 86, p. 95 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 27, p. 251 (qui se réfère à l'article 1630 du Code civil). Nous verrons cependant que ces frais peuvent, à certaines conditions, être également indemnisés au titre de l'intérêt positif (*infra*, n^{os} 398 et s.).

(3794) On pourrait sans doute également songer à invoquer l'article 1631 du Code civil, mais celui-ci est généralement considéré comme étant dérogatoire au droit commun (voy. *infra*, n^o 452).

(3795) Ainsi, P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 27, p. 251 se fonde sur cette disposition pour considérer qu'en cas de résolution, le créancier doit pouvoir obtenir de son débiteur le remboursement des frais causés par l'exécution du contrat.

résolution de la vente pour vices cachés, ce qui paraît à nouveau incompatible avec la réparation de l'intérêt positif (3796).

384. Critique – Arguments de texte contraires. Peut-on, en généralisant les solutions qui paraissent se déduire de ces textes, en conclure que les dommages-intérêts consécutifs à la résolution devraient toujours se borner à la réparation de l'intérêt négatif ? Nous ne le pensons pas, et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, on peut citer en sens contraire l'article 1760, qui prévoit qu'« [e]n cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus ». Cette disposition impose donc au débiteur fautif de continuer à supporter la charge du loyer convenu pour une période postérieure à la résolution du bail, ce qui contredit directement l'idée d'une indemnisation de l'intérêt négatif qui, reposant sur l'idée que le contrat n'a jamais été conclu, ne pourrait être calculé sur la base des stipulations du bail (3797).

Ensuite, si les articles 1630 et 1646 semblent *a priori* incompatibles avec l'indemnisation de l'intérêt positif, on observera immédiatement que, dans l'interprétation qu'ils reçoivent actuellement, ils ne tendent pas plus à la réparation de l'intérêt négatif. Ainsi, s'agissant de la garantie d'éviction, elle accorde notamment à l'acheteur une indemnisation pour les fruits (article 1630, 2^o) et les plus-values de la chose (article 1633), à savoir deux avantages auxquels l'acheteur aurait pu prétendre si le contrat avait été correctement exécuté (donc s'il pouvait se prévaloir de l'intérêt positif), mais non si le contrat n'avait pas été conclu (donc s'il ne pouvait prétendre qu'à l'intérêt négatif). Quant aux « frais occasionnés par la vente » visés par l'article 1646, on considère aujourd'hui qu'ils couvrent les dépenses liées à la conclusion du contrat, mais non, par exemple, les coûts d'entretien de la chose et le préjudice commercial subi par l'acheteur du fait du vice (3798),

(3796) Pour cette observation, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1023, p. 735 ; P. RÉMY, o.c., *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, n° 3, p. 124.

(3797) Sur cette disposition, voy. également *infra*, n° 409 ; voy. aussi, à propos de l'article 1611 du Code civil, *infra*, n° 396.

(3798) Voy. Cass. fr., 21 mars 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 173 ; Cass. fr., 16 juillet 1998, *Bull.*, 1998, I, n° 266 ; Cass. fr., 21 mai 1967, *Bull.*, 1967, I, n° 183 ; O. BARRET, « Vente (3^o effets) », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2007, n^{os} 625 et s., p. 51.

alors que ces postes du dommage devraient être indemnisés pour assurer l'entière réparation de l'intérêt négatif (3799).

Au demeurant, nous verrons que l'on aurait tort d'opposer catégoriquement les frais du contrat et la réparation de l'intérêt positif. En effet, chaque fois que le contrat représentait pour le créancier une opération rentable – ce qui sera normalement le cas en présence d'acteurs économiques raisonnables –, les frais du contrat mis à sa charge sont indirectement couverts par l'intérêt positif (3800).

385. Suite – Analyse des textes invoqués dans leur contexte historique. En réalité, la pertinence des articles 1630, 1645 et 1646 du Code civil est souvent mise en cause lorsqu'il s'agit de déterminer le régime général des dommages-intérêts consécutifs à la résolution, ces dispositions étant présentées comme déroatoires au droit commun (3801). Pareille approche n'est toutefois pas très satisfaisante, s'agissant des effets principaux du contrat le plus usuel (3802). À notre sens, les dispositions du Code civil relatives aux effets de la garantie d'éviction et de l'action rédhitoire sont bien plus l'*expression* du droit commun qu'une dérogation à celui-ci. Pour le comprendre, il faut toutefois remonter à l'inspirateur direct de ces textes, qui n'est autre que Pothier (3803).

Dans son *Traité des obligations*, le grand juriste expose qu'« [o]rдинаirement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourroit souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non

(3799) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1023, p. 735.

(3800) Pour plus de détails, voy. *infra*, n°s 398 et s.

(3801) Voy. ainsi A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 353, p. 153 (art. 1630) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 203, p. 284, note n° 2 (art. 1646) ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1023, p. 735 (art. 1646) ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, o.c., n° 365, p. 219 (art. 1630) ; B. TILLEMANN, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 435, p. 352 (art. 1646).

(3802) Rappr., dans un autre contexte, P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 323 et s., n° 4.

(3803) Pour la même démarche, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIV, o.c., n°s 294 et s., pp. 289 et s. ; B. TILLEMANN, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 437, pp. 353 et s. Sur la doctrine de Pothier dont les articles 1150 et s. sont issus, cons. L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 81 et s., n° 4, pp. 83 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVI, o.c., n°s 286 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, o.c., n°s 216 et s., pp. 233 et s.

ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens » (3804). C'est ce que Pothier nomme les dommages *intrinsèques*, par opposition aux dommages *extrinsèques* (3805). À ce principe, l'auteur apporte toutefois deux exceptions. D'une part, le débiteur sera tenu de réparer le dommage extrinsèque lorsqu'il s'en est expressément ou tacitement chargé ; car le dommage répond en ce cas à la condition de prévisibilité (3806). D'autre part, le débiteur sera pareillement tenu en cas de dol, « car celui qui commet un dol s'oblige, velit, nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera » (3807). Cette dernière exception comporte toutefois à son tour une atténuation, puisqu'« on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes » (3808).

On s'aperçoit immédiatement que les auteurs du Code civil se sont contentés de reprendre ces principes. Ainsi, « [l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée » (article 1150). Et « [d]ans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et

(3804) R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 161, p. 181.

(3805) La distinction est illustrée notamment par l'exemple suivant (*ibid.*, n° 161, pp. 182 et s.) : « si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, résultants des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultants de ce que le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail : car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance de la maison qui a fait l'objet de mon obligation, et sont soufferts par le locataire *propter ipsam rem non habitam*. Mais si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai louée, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui est étranger, et qui n'a pas été prévu lors du contrat. À plus forte raison, si, dans le délogement, quelques meubles précieux de mon locataire ont été brisés, je ne serai pas tenu de ce dommage ; car c'est l'impéritie des gens dont il s'est servi, qui en est la cause, et non l'éviction qu'il a soufferte ; elle en est seulement l'occasion ».

(3806) *Ibid.*, n^{os} 162 et s., pp. 183 et s.

(3807) *Ibid.*, n° 166, p. 189.

(3808) *Ibid.*, n° 167, p. 190. Ainsi, par exemple, si un marchand vend une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, il sera responsable non seulement de la perte de la vache (dommage intrinsèque), mais également de la perte des autres bestiaux de l'acheteur et même de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de cultiver ses terres (dommages extrinsèques nécessaires), mais non de la perte subie du fait que, n'ayant pu en raison de ces événements acquitter ses dettes, les créanciers de l'acheteur ont fait saisir ses biens et réaliser ceux-ci à vil prix (car « ce dommage n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n'y a pas une relation nécessaire », ce dommage pouvant avoir d'autres causes).

intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » (article 1151) (3809).

Or, dans son *Traité du contrat de vente et des retraits*, Pothier n'entendait nullement s'écarter des solutions exposées ci-avant.

Ainsi, examinant l'étendue de l'obligation de la garantie des vices rédhibitoire, il expose : « Il faut à cet égard distinguer le cas auquel le vendeur ignore le vice rédhibitoire, et le cas auquel il en avoit connaissance. Dans le premier cas, la garantie ne s'étend ordinairement qu'à la chose vendue. Le vendeur est obligé de rendre à l'acheteur le prix qu'il lui en a coûté pour l'avoir, et il n'est pas obligé à la réparation du dommage que le vice de la chose vendue a causé à l'acheteur dans ses autres biens. Dans le second cas, lorsque le vendeur avoit connaissance du vice, il est en outre tenu de tous les dommages et intérêts que ce vice, dont il n'a pas averti l'acheteur, a causé à celui-ci dans ses autres biens ; car cette réticence du vendeur est un dol qu'il a commis envers l'acheteur, qui l'oblige à la réparation de tout le tort qui en résulte » (3810).

En d'autres termes, ces principes, qui seront repris presque textuellement aux articles 1645 et 1646 du Code civil, ne constituaient qu'une application de la règle énoncée à l'article 1150, à savoir la limitation des dommages-intérêts à la réparation du dommage intrinsèque (soit le dommage se rapportant exclusivement à la chose vendue), sauf le cas de dol du débiteur, auquel cas le dommage extrinsèque du créancier (celui subi « dans ses autres biens ») pouvait également être couvert.

On pourrait, de même, montrer sans peine que les développements que Pothier consacre aux dommages-intérêts dus au titre de la garantie d'éviction, et que le législateur napoléonien a fidèlement recopiés, répondent à la même logique que celle exposée dans son *Traité des obligations* (3811).

(3809) On observera que, si la lettre de ces dispositions paraît refléter fidèlement l'enseignement de Pothier, une certaine confusion s'était toutefois déjà introduite dans l'esprit du législateur, puisque la distinction entre le dommage intrinsèque et le dommage extrinsèque fut rattachée au cours des travaux préparatoires à l'article 1151 plutôt qu'à l'article 1150 : voy. à ce propos l'exposé des motifs fait par BIGOT-PREAMENEU dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, o.c., p. 233, et les explications de L. CORNELIS, o.c., *R.C.J.B.*, 1990, n° 10, p. 90 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVI, o.c., n° 296.

(3810) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 213, p. 132.

(3811) Voy. *ibid.*, n° 131, p. 79 : « Lorsque la vente a été faite de bonne foi, et que le vendeur ignore que la chose qu'il vendoit ne lui appartenait pas, ou ne lui appartenait pas irrévocablement, les dommages et intérêts auxquels le vendeur doit être condamné en cas

On voit donc qu'à l'origine, les règles du droit de la vente relatives aux dommages-intérêts dus en cas de résolution étaient conçues comme une pure application des principes contenus aux articles 1150 et 1151 du Code civil. La raison pour laquelle ces textes nous paraissent aujourd'hui consacrer des solutions divergentes est à rechercher dans l'évolution remarquable du sens attribué depuis lors aux articles 1146 et suivants (3812), à commencer par « l'invention » du concept de responsabilité contractuelle à la fin du XIX^e siècle (3813).

On sait, à cet égard, que le droit positif belge a vidé de son sens la distinction entre dommage intrinsèque et dommage extrinsèque proposée par Pothier (3814). D'une part, en effet, la condition de prévisibilité ne concerne plus que la cause du dommage contractuel, c'est-à-dire son principe (plutôt que son étendue), de sorte qu'en pratique, n'importe quel préjudice répond presque toujours à cette condition (3815). D'autre part, la condition que le dommage soit une « suite nécessaire » (selon les termes de Pothier) ou une « suite immédiate et directe » de l'inexécution (selon les termes de l'article 1151), formulée à l'origine uniquement pour l'hypothèse du dol, a été étendue à l'ensemble des cas d'inexécution ; sa portée a toutefois également été déformée puisque la condition de nécessité, alors qu'elle représentait chez Pothier une forme de causalité adéquate (3816), est comprise aujourd'hui comme une pure application de la théorie de l'équivalence

d'éviction, de même qu'à défaut de tradition, ne sont ordinairement que ceux que l'acheteur a soufferts par rapport à la chose même qui lui a été vendue, *propter rem ipsam non habitam*, et non ceux que l'éviction aurait pu lui occasionner d'ailleurs *extrinsecus* dans ses autres biens » ; *adde* les n^{os} 133, p. 80, et n^o 138, p. 84, où Pothier se réfère expressément à son *Traité des obligations*.

(3812) Cette évolution a été lumineusement retracée par L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 81 et s.

(3813) Voy. à ce propos la stimulante étude de P. RÉMY, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 323 et s.

(3814) Il n'en va pas de même **en France** où la condition de prévisibilité du dommage continue à jouer un rôle important en pratique (voy. ainsi Cass. fr., 12 juillet 2012, n^o 11-24.804 ; Cass. fr., 5 juin 2012, n^o 11-15.268 ; Cass. fr., 14 mars 2012, n^o 10-28.263 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n^{os} 964 et s., pp. 520 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n^o 564, pp. 552 et s.) et où la détermination du dommage contractuel réparable se fait généralement sur la base de la théorie de la causalité adéquate (voy. ainsi Cass. fr., 3 mai 2012, n^o 11-13.439 ; Cass. fr., 10 janvier 2012, n^o 10-26.837 ; Cass. fr., 13 septembre 2011, n^o 10-15.732 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique*, *o.c.*, n^{os} 184 et s., pp. 226 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n^o 592, pp. 587 et s.).

(3815) Voy. Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, n^o 84, point 1 ; L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n^o 9, p. 89 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n^o 1119, pp. 1598 et s.

(3816) L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n^o 15, p. 95.

des conditions, susceptible donc de prendre en considération toutes les conséquences préjudiciables du dommage, aussi éloignées soient-elles et quelles que soient par ailleurs les autres causes (3817).

386. Suite – Possibilité de réconciliation du droit de la vente avec le droit commun. Une conséquence de l'évolution – plus ou moins consciente – que nous avons décrite est que le lien de filiation entre les articles 1150 et 1151, d'une part, et 1630, 1645 et 1646, d'autre part, est peu à peu tombé dans l'oubli. Ainsi, s'en tenant à une interprétation de plus en plus littérale de ces dernières dispositions, la doctrine a fini par ne plus y voir que des solutions ponctuelles, dérogoires à un droit commun devenu particulièrement favorable aux intérêts de la victime (3818).

Cela ne veut pas dire, pour autant, que la jurisprudence se soit réjouie de cette discordance. Au contraire, dans le domaine – particulièrement important en pratique – de la garantie des vices cachés, de nombreux efforts ont été déployés pour revenir, autant que possible, à une réparation étendue du préjudice subi par l'acheteur.

Ainsi, la jurisprudence s'est efforcée, dans un premier temps, de donner une interprétation extensive de la notion de « frais occasionnés par la vente » utilisée à l'article 1646 du Code civil. Ainsi, « [e]lle considère comme frais occasionnés par la vente tous les débours dont l'acheteur est tenu à l'occasion de la chose vicieuse, et notamment les dommages-intérêts auxquels il a été condamné en raison de l'accident causé par la chose vicieuse à un tiers » (3819). Si De Page critique cette interprétation, il n'en estime pas moins la solution justifiée sur la base de la responsabilité extracontractuelles (en réalité précontractuelle), lorsque le vendeur peut se voir reprocher de ne pas avoir vérifié les vices de matière et de construction de la chose qu'il vend (3820).

On peut également voir une tentative d'éviter de soumettre l'acheteur aux règles spéciales de la garantie des vices cachés dans la

(3817) Voy. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 12, p. 92 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 1096, p. 1565.

(3818) Voy. les références citées *supra*, n° 385.

(3819) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 214, p. 297. Au contraire, la jurisprudence française ultérieure paraît être revenue à une conception plus restrictive : voy. les références citées *supra*, note n° 3798, ainsi que B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 443 et s., pp. 361 et s.

(3820) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 214, p. 298.

théorie consistant à soutenir qu'un vice caché ne peut avoir été valablement agréé par l'acheteur et doit, dès lors, pouvoir également être sanctionné sur la base de l'obligation de délivrance (3821). Une telle option entre les deux régimes paraît toutefois exclue dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation (3822).

Enfin, on connaît le succès de la présomption de connaissance du vice, d'origine prétorienne, qui pèse sur le vendeur professionnel et l'empêche dès lors de se prévaloir d'une clause exonératoire de la garantie des vices cachés (3823). En dépit des critiques dont elle a fait l'objet (3824), cette jurisprudence aboutit concrètement à réduire drastiquement les cas d'application de l'article 1646 et, ainsi, à assurer le retour à l'article 1645, perçu comme l'expression du droit commun.

Plutôt que de recourir à de tels expédients, dont on a vu qu'aucun n'échappait entièrement à la critique, ne serait-il pas plus simple de faire subir aux articles 1645 et 1646 du Code civil la même évolution que celle connue par l'article 1150 dont ils étaient censés à l'origine n'être que l'application ? Ceci reviendrait à reconnaître que, qu'il soit de bonne foi ou de mauvaise foi, le vendeur est *toujours* tenu des dommages-intérêts complémentaires à l'exercice de l'action rédhibitoire (3825). La seule différence entre ces deux hypothèses résiderait dans l'étendue des dommages-intérêts dus ; mais, compte tenu de l'évolution dans l'interprétation de l'article 1150, cette différence s'avérerait minime en pratique. En effet, le vendeur ayant connaissance du vice, donc coupable de dol, serait tenu de réparer tout le dommage, même imprévisible, tandis que le vendeur ayant ignoré le vice ne serait tenu que de réparer le dommage prévisible ; toutefois, puisque cette prévisibilité ne concerne que le principe même du dommage, les deux régimes se recouperaient largement en vue d'assurer, dans la plupart des cas, la réparation intégrale du préjudice de l'acheteur.

(3821) Voy. en ce sens P.A. FORIERS, « Décharge – Réception – Quittance », *La fin du contrat*, Bruxelles, ABJE-BVBJ, Vlaams Pleitgenootschap et Conférence du Jeune Barreau, 1993, pp. 111 et s., n^{os} 12 et s., pp. 121 et s. (qui examine principalement la question des vices fonctionnels).

(3822) Voy. les références citées *supra* à la note n^o 3301.

(3823) Voy. not. à ce propos H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n^o 204, pp. 285 et s. et n^o 220, pp. 308 et s.

(3824) On a en effet montré que la responsabilité aggravée qui pèse sur le vendeur professionnel repose, non sur une présomption de mauvaise foi, mais sur une obligation de résultat correspondant à l'idée traditionnelle que le professionnel *spondet peritiam artis*, laquelle ne suffit pas à invalider automatiquement les clauses d'exonération de la garantie des vices cachés insérées dans le contrat : voy. P.A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », *La vente*, Bruxelles, la Charte, 2002, pp. 19 et s., n^{os} 53 et s., pp. 51 et s.

(3825) Dans le même sens, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIV, o.c., n^o 294, p. 289. Voy. également *infra*, n^o 404.

Une telle relecture des articles 1645 et 1646 aurait le mérite de faire disparaître la discordance, autrement inexplicable, entre le droit de la vente et le droit commun. Certes, il n'est pas certain que l'alignement du régime de la garantie des vices cachés sur le droit commun de la responsabilité contractuelle soit tout à fait souhaitable en opportunité, dès lors que cette garantie pèse même sur le vendeur qui ignorait l'existence du vice (article 1643) alors qu'en droit commun, la responsabilité contractuelle demeure à base de faute. La question mérite assurément réflexion et ce serait excéder les bornes de cette étude que de prétendre la trancher ici définitivement. L'examen historique auquel nous nous sommes livré devrait néanmoins permettre de cerner plus clairement les termes de la question.

En toute hypothèse, ces développements nous paraissent avoir démontré que les articles 1645 et 1646 du Code civil, tels qu'actuellement interprétés, ne consacrent plus que des solutions d'exception et ne peuvent dès lors être avancés comme argument pour prétendre que les dommages-intérêts consécutifs à la résolution devraient, de manière générale, se borner à la réparation de l'intérêt négatif.

387. Deuxième argument – Objectif de la résolution. Si les dispositions particulières du Code civil ne peuvent servir de guide sûr pour fixer l'étendue des dommages-intérêts en cas de résolution, on peut à tout le moins tenter de rechercher la réponse à ce problème dans la logique même de l'institution.

Classiquement, on le sait, la résolution permet au créancier de se défaire du contrat inexécuté comme s'il n'avait jamais été conclu – idée qui serait exprimée par l'effet rétroactif de la résolution (3826). La situation que la résolution vise à rétablir correspondrait donc, en substance, à l'intérêt négatif (3827).

Dès lors, certains auteurs en ont déduit que le créancier ne peut simultanément réclamer l'intérêt positif, car ce serait partir de la prémisse inverse, à savoir que le contrat doit être exécuté. Au contraire, le créancier devrait pouvoir réclamer la réparation de l'intérêt négatif, afin d'effacer complètement les conséquences du contrat que les restitutions n'étaient pas parvenues à faire

(3826) Voy. *supra*, n° 363.

(3827) BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 18 ; BGH, 28 novembre 2007, VIII ZR 16/07, point 10.

disparaître. En d'autres termes, la réparation du seul intérêt négatif ne serait rien d'autre que la conséquence logique de la rétroactivité de la résolution (3828).

L'argument est encore renforcé en invoquant la structure même du droit d'option reconnu au créancier. On sait en effet que celui-ci, appelé à choisir entre l'exécution forcée du contrat et la résolution de celui-ci, ne peut bénéficier simultanément des deux branches de l'option (3829). Dans le premier cas, il pourra indéniablement réclamer la réparation de son intérêt positif. Ne serait-il pas logique que, dans le second, il ne puisse, en renonçant à l'exécution forcée, ne réclamer que la réparation de son intérêt négatif ? (3830) À défaut, on risquerait selon ces auteurs d'accorder un enrichissement injuste au créancier, qui obtiendrait le bénéfice du contrat tout en étant lui-même dispensé de fournir la prestation promise (3831).

Le **droit suisse** prévoit expressément une telle option entre intérêt positif et intérêt négatif. Ainsi, lorsque le débiteur reste en défaut de s'exécuter en dépit de délai qui lui a été imparti à cet effet par le créancier, celui-ci peut soit demander l'exécution de la prestation promise ainsi que des dommages-intérêts pour cause de retard, soit renoncer à ce droit et « réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat » (article 107, alinéa 2, du Code des obligations). On reconnaît là une option équivalente à celle prévue à l'article 1184 du Code civil. On considère, à cet égard, que les « dommages-intérêts pour cause d'inexécution » équivalent à l'intérêt positif (3832). En revanche, si le créancier préfère se départir du contrat – c'est-à-dire résoudre celui-ci –, alors l'article 109, alinéa 2, du

(3828) En ce sens, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, o.c.*, n° 115, p. 85 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, o.c.*, n° 146, p. 209 ; de même, tout en contestant l'effet rétroactif de la résolution, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 462, p. 296.

(3829) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 253, p. 241 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 262, pp. 361 et s.

(3830) Voy. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, o.c.*, n° 146, p. 210 ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 464, p. 298.

(3831) Voy. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, o.c.*, n° 145, p. 209.

(3832) Voy. Trib. féd. suisse, 15 janvier 1997, *BGE*, vol. 123, III, p. 16, point 4, b) ; R.H. WEBER, *Berner Kommentar*, tome VI/1/5, *Die Folgen der Nichterfüllung. Art. 97-109 OR*, Bern, Stämpfli Verlag, 2000, art. 107, n°s 172 et 201 ; W. WIEGAND, « Art. 97-109 », *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 4^e éd., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, pp. 554 et s., art. 107, n° 17, p. 625.

Code des obligations prévoit qu'« [I]l peut en outre demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, si le débiteur ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ». Ce « dommage résultant de la caducité du contrat » n'est autre que l'intérêt négatif (3833).

Ce raisonnement, qui oblige le créancier à choisir entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif, peut également être rapproché, en **droit belge**, de la jurisprudence qui lui impose parfois de choisir la résolution en lieu et place de l'exécution forcée sur le fondement de la théorie de l'abus de droit (3834). Cette jurisprudence repose en effet sur l'idée qu'opter pour l'exécution forcée octroierait au créancier, dans les circonstances de la cause, un avantage hors de toute proportion avec les inconvénients causés au débiteur. Cette obligation de s'engager dans la voie de la résolution ne s'avérerait-elle cependant pas vaine si le créancier pouvait, en toute hypothèse, réclamer le bénéfice de l'intérêt positif ?

Enfin, dans la même optique, il serait permis de se demander si la réparation de l'intérêt positif ne se heurte pas à la jurisprudence qui considère que le contrat résolu ne peut plus constituer la source de droits ni d'obligations pour les parties (3835).

388. Critique – Rejet d'une approche trop conceptuelle de l'effet rétroactif. Le raisonnement esquissé est assurément séduisant. À l'instar de nombreuses théories déjà rencontrées au cours de cette étude, il nous paraît cependant attribuer à la rétroactivité une portée trop dogmatique, détachée des objectifs concrets qu'elle poursuit (3836).

En effet, bien que la résolution tende globalement à remettre en cause l'exécution donnée au contrat, nous avons vu, cependant, que l'effacement du contrat n'est pas complet, puisque subsistent notamment les fautes *contractuelles* commises par le débiteur, à savoir l'inexécution du contrat, et que celles-ci engagent sa

(3833) Voy. Trib. féd. suisse, 18 janvier 2006, 4C.286/2005, point 2.4 ; A. MORIN, « Rapport suisse. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 911 et s., spéc. p. 921 ; R.H. WEBER, *Berner Kommentar*, tome VI/1/5, o.c., art. 109, n° 82 ; W. WIEGAND, o.c., *Basler Kommentar*, art. 109, n° 8, p. 633.

(3834) Sur cette jurisprudence, voy. *infra*, n° 420.

(3835) Voy. à ce propos *infra*, n° 462.

(3836) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n°s 1036 et s., pp. 745 et s. ; comp. dans le même sens, BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 18 (dès lors que la résolution ne détruit pas le contrat, mais le transforme seulement en rapport de liquidation, il n'existe aucune nécessité de le considérer à tous égards comme n'ayant pas été conclu, spécialement en ce qui concerne l'octroi de dommages-intérêts complémentaires).

responsabilité *contractuelle* (3837). Si ces fautes contractuelles survivent à la résolution, pourquoi n'en irait-il pas de même du *dommage contractuel* causé par celles-ci ? (3838) Or, si on le définit par référence aux stipulations du contrat, le dommage ne peut coïncider qu'avec l'intérêt positif, et non avec l'intérêt négatif qui suppose au contraire que le contrat n'ait pas été conclu.

On se souviendra, à cet égard, qu'à la différence de la nullité, la résolution, qui ne trouve pas son fondement dans un événement contemporain à la formation du contrat, ne devrait pas aller jusqu'à remettre en cause l'accord de volonté conclu entre les parties (3839). Si, donc, cet accord était globalement favorable au créancier, on n'aperçoit pas pourquoi la résolution devrait nécessairement lui en faire perdre le bénéfice. Il en va d'autant plus qu'ainsi qu'en tant que sanction, la résolution constitue une arme conférée au créancier censée lui accorder une protection *supérieure* à celle dont il bénéficie déjà par le biais de l'exécution forcée. Cette visée sanctionnatrice peut donc justifier le maintien du contrat pour les besoins du calcul de l'étendue des dommages-intérêts, nonobstant sa résolution (3840).

Enfin, on soulignera que cet avantage que le créancier obtient sous la forme de dommages-intérêts complémentaires à la résolution ne se confond ni avec les droits prévus par le contrat ni avec l'exécution par équivalent de celui-ci, mais représente principalement le *bénéfice* escompté, c'est-à-dire la différence positive entre les droits stipulés en sa faveur et les obligations qui eussent été à sa charge en cas d'exécution de part et d'autre (3841). Il serait donc erroné de croire qu'en réclamant la réparation de l'intérêt positif par l'octroi de dommages-intérêts complémentaires, le créancier obtiendrait en réalité à la fois la résolution et l'exécution

(3837) Voy. *supra*, n° 380.

(3838) Voy. dans le même sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1036, p. 745.

(3839) Voy. *supra*, n° 377.

(3840) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 192, p. 280.

(3841) Pour une définition plus précise de l'intérêt positif, voy. *infra*, n° 401.

forcée du contrat (3842). La Cour de cassation fait d'ailleurs bien la distinction entre ces différents chefs de demande (3843).

389. Suite – Exemples. Quelques illustrations permettront de faire mieux saisir la distinction entre exécution forcée et réparation de l'intérêt positif.

Partons tout d'abord d'un exemple imaginaire. Supposons ainsi qu'un propriétaire ait donné à bail son bien à un locataire. Alors que la valeur locative de marché « objective » du bien est de 90, le locataire conclut le bail pour une durée de 3 ans à un loyer mensuel de 100. Dès l'origine, le locataire rencontre des difficultés de paiement et ne paie que 50 pendant les trois premiers mois avant de cesser tout paiement. Six mois après la conclusion du contrat, le bailleur obtient la résolution aux torts du preneur (3844). Pour le passé, le bailleur devra restituer les trois loyers partiellement perçus, soit au total 150. De son côté, le locataire devra restituer au bailleur la jouissance de la chose sous la forme d'une indemnité d'occupation de $6 \times 90 = 540$ (3845). Celle-ci ne suffit cependant pas à réparer entièrement le préjudice subi par le bailleur. D'après l'accord conclu, celui-ci devait en effet obtenir un avantage égal à la différence entre le loyer convenu (100) et la valeur locative (90), soit 10 par mois ou 360 pour toute la durée du bail. C'est donc à ce dernier montant que s'élève l'intérêt positif. Celui-ci ne se confond pas avec le montant qui aurait été dû en cas d'exécution forcée (et est nettement inférieur à celui-ci), puisqu'en ce cas le locataire aurait encore dû déboursier $30 \times 100 = 3000$, certes en contrepartie de la jouissance des lieux.

Voici un second exemple, tiré cette fois de la jurisprudence (3846). Un contrat d'entrepris ayant été résolu tant aux torts de l'entrepreneur que des maîtres de l'ouvrage, ceux-ci sont condamnés par le juge du fond à payer au premier le solde des factures s'élevant à 211.800 francs aux motifs que « la résolution ou la rupture du contrat n'opérant qu'à

(3842) Voy. pourtant et comp. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, o.c.*, n° 112, p. 165, qui semble considérer que l'octroi de l'intérêt positif correspond à l'exécution par équivalent du contrat (*adde* n° 145, pp. 209 et s.).

(3843) Voy. ainsi Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693 : « que le contrat résolu ne peut constituer pour les parties une source de droits et d'obligations, bien que, par nature, des dommages-intérêts puissent être mis à charge de la partie en faute ». Les droits et obligations prévus par le contrat ne se confondent donc pas avec les dommages-intérêts complémentaires à la résolution.

(3844) On supposera ici, par facilité, que la résolution remonte à la date de conclusion du contrat. Pour plus de détails, voy. *infra*, n°s 428 et s.

(3845) Voy. à ce propos *infra*, n° 437.

(3846) Cass., 6 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 219. Voy. dans le même sens Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 375.

partir de l'introduction de la procédure [...] les parties sont tenues de respecter intégralement le contrat et, en conséquence, de payer le prix convenu ». Dans leurs conclusions, les demandeurs soutenaient au contraire qu'ils n'étaient tenus que de payer les travaux exécutés sur la base des prix courants, plutôt que des prix convenus. L'arrêt attaqué est effectivement cassé par la Cour de cassation pour violation de l'article 1184 dont elle énonce la portée comme suit : « Attendu que la résolution d'un contrat synallagmatique a pour effet que les parties doivent être replacées dans la même situation que celle dans laquelle se se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté ; que le contrat résolu ne peut plus servir de fondement aux droits ou obligations des parties ». L'arrêt souligne donc que, lorsque la résolution du contrat est prononcée et que celle-ci doit, comme en l'espèce, sortir des effets rétroactifs, le juge ne peut accorder au créancier le bénéfice des droits stipulés par le contrat, ce qui aboutirait à lui accorder le bénéfice de l'exécution forcée. Il n'exclut toutefois pas, en tant que tel, la possibilité d'indemniser l'intérêt positif sous forme de dommages-intérêts. En effet, celui-ci équivalait en l'espèce, non au solde du prix convenu de 211.800 francs, mais à la différence entre le prix de la totalité des travaux et la valeur de ceux-ci (en ce compris la main d'oeuvre) aux prix courants. Dès lors que la résolution était prononcée au tort des deux parties, la réparation de l'intérêt positif ne pouvait en outre être accordée que sous le bénéfice d'un partage de responsabilités (3847).

On relèvera encore qu'en cas de résolution, une clause pénale ne peut être appliquée si elle vise à compenser le défaut d'exécution de l'obligation (puisqu'elle constitue en ce cas un substitut à l'exécution forcée), mais qu'elle peut en revanche être respectée si elle vise seulement à réparer le dommage qui subsiste après les restitutions réciproques (3848).

On voit donc que la logique de la résolution n'impose pas nécessairement la réparation de l'intérêt négatif, et peut très bien se concilier avec la réparation de l'intérêt positif, pour autant que l'on distingue bien celui-ci de l'exécution forcée du contrat et que l'on accepte de donner à l'effet rétroactif une portée bien comprise, conforme aux objectifs de la sanction.

390. Troisième argument – Considérations pratiques. On peut enfin s'interroger sur les considérations pratiques et d'opportunité qui peuvent plaider en faveur de la reconnaissance de la

(3847) Voy. *infra*, n° 411.

(3848) Voy. *infra*, n° 490.

possibilité d'indemniser l'intérêt négatif plutôt que l'intérêt positif. En effet, à partir du moment où aucune de ces deux voies ne s'impose à l'interprète avec la force de l'évidence, il ne paraît pas inadéquat d'introduire dans le débat juridique des considérations d'opportunité (3849).

À cet égard, on peut envisager deux motifs pour lesquels le créancier préférerait obtenir la réparation de l'intérêt négatif plutôt que de l'intérêt positif.

391. Suite – Difficultés probatoires. Le premier argument d'ordre pratique en faveur de la réparation de l'intérêt négatif est d'ordre probatoire. En effet, l'intérêt négatif sera dans bien des cas beaucoup plus facile à établir et à calculer que l'intérêt positif (3850). Il est ainsi bien plus aisé pour le créancier de démontrer l'étendue des frais qu'il a effectivement exposés que celle des avantages qu'il aurait (éventuellement) retirés si le contrat avait été correctement exécuté. Ces frais d'exécution constituent d'ailleurs un dommage tellement évident qu'il est envisagé, par exemple, aux articles 1630, 4^o et 1646, alors que ces mêmes dispositions n'évoquent nullement le gain manqué du fait de l'inexécution du contrat. Les difficultés d'évaluation de l'intérêt positif sont du reste d'autant plus grandes lorsque l'avantage recherché par le contrat est, pour partie, de nature incorporelle (3851).

Ces considérations n'apparaissent toutefois pas déterminantes. On sait en effet que, dans la logique juridique, les difficultés de preuve sont d'ordinaire envisagées séparément de l'existence du droit proprement dit et ne suffisent pas à compromettre celle-ci. C'est ainsi, par exemple, que nous avons déjà rejeté cet argument lorsqu'il s'est agi de rejeter un principe de compensation forfaitaire des restitutions consécutives à la nullité dans les contrats successifs (3852). Plus proches de notre sujet, les dommages-intérêts dus en cas d'exécution forcée suscitent également d'importantes

(3849) Voy. *supra*, n^o 27.

(3850) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^o 1054, p. 763 ; voy. également M. FONTAINE, *o.c. R.C.J.B.*, 1990, n^o 44, p. 398, et la citation reproduite *supra*, note n^o 3793.

(3851) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^o 1060, pp. 767 et s., qui donne comme exemple l'achat d'une voiture par un particulier, l'avantage dont il est privé par la résolution du contrat consistant dans le fait de ne pas disposer d'une voiture pour satisfaire les besoins de la vie courante.

(3852) Voy. *supra*, n^o 262.

difficultés probatoires sur le plan pratique sans que le principe de leur allocation ne soit pour autant mis en doute.

D'ailleurs, la prétendue simplicité de calcul de l'intérêt négatif s'efface dès que, par le biais de la théorie de la perte d'une chance, on s'efforce d'intégrer dans celui-ci la prise en compte des opportunités manquées par le créancier du fait de la conclusion du contrat résolu (3853).

Reprenons ainsi le cas où une chose d'une valeur de 80 est vendue pour le prix de 100, étant entendu que les frais de livraison d'une valeur de 5 sont supportés par le vendeur. Nous avons vu qu'en cas de résolution du contrat aux torts de l'acheteur, l'intérêt négatif s'élevait *a priori* à 5, soit le montant des frais exposés par celui-ci en pure perte (3854). On peut toutefois aller plus loin et envisager l'hypothèse où la conclusion du contrat a empêché le vendeur de conclure l'opération avec un autre acheteur, qui était quant à lui disposé à acquérir la chose pour 120. En ce cas, le bénéfice réalisé par le vendeur eut été de 35 (soit la différence entre le prix payé, d'une part, et la somme de la valeur de la chose et des frais, d'autre part, puisque ces derniers devraient également être exposés dans ce cas : $120 - 80 - 5 = 35$). Ainsi, à condition d'y inclure cette occasion manquée, l'intérêt négatif total de l'acheteur s'élève à la valeur des frais inutiles (5) augmentée de la perte d'une chance de réaliser un bénéfice (35). Toute la difficulté consiste alors à évaluer précisément la valeur de cette chance perdue (3855).

Un tel raisonnement, que d'aucuns n'ont pas hésité à qualifier de véritable « *subterfuge* » (3856), conduit en réalité à permettre au créancier d'obtenir la réparation d'un dommage qui coïncidera

(3853) Sur la possibilité de recourir à la théorie de la perte d'une chance dans un tel cas, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 1049, p. 760 ; Y.-M. LAITHER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, o.c.*, n° 130, p. 188.

(3854) Voy. *supra*, n° 381.

(3855) La difficulté n'est pas spécifique à la matière de la résolution. Sur la théorie de la perte d'une chance, cons. I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, pp. 92 et s. ; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, pp. 489 et s. ; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 307 et s. ; J.-L. FAGNART, *La causalité, o.c.*, nos 266 et s., pp. 135 et s. ; G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », note sous Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1165 et s. ; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? », note sous Civ., 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 117 et s. ; A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable ! », obs. sous Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, pp. 29 et s.

(3856) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 1050, p. 750.

souvent très exactement avec le montant de l'intérêt positif, si ce n'est que le détour par la théorie de la perte d'une chance introduit une inconnue – et donc une difficulté d'évaluation – supplémentaire dans l'équation. Autant admettre directement la possibilité d'indemniser l'intérêt positif (3857).

Pour le reste, nous verrons que les difficultés d'évaluation de l'intérêt positif pourraient être allégées en présumant que celui-ci s'élève *au minimum* à l'intérêt négatif (hors occasions manquées) (3858).

392. Suite – Hypothèse du *bad bargain*. La deuxième considération pratique qui pourrait inciter le créancier à réclamer la réparation de l'intérêt négatif plutôt que celle de l'intérêt positif est la possibilité d'obtenir une indemnisation d'un montant supérieur.

Supposons ainsi qu'un vendeur livre une chose d'une valeur de 100 à un acheteur pour un prix de 100 et que les frais d'exécution, qui s'élèvent à 5, soient mis à la charge du vendeur. Après que la chose a été livrée, le contrat est résolu aux torts de l'acheteur qui reste en défaut de payer le prix.

Dans un tel cas de figure, l'opération n'est pas économiquement rentable pour le vendeur, de sorte qu'il ne pourra rien réclamer au titre de l'intérêt positif. En effet, si le contrat avait été correctement exécuté, son patrimoine se serait élevé à 100 (soit le prix de la chose). Tel est précisément le montant que lui octroient les restitutions. Son intérêt positif est donc nul ($100 - 100 = 0$).

En revanche, le vendeur a tout intérêt à être replacé dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu. En effet, à l'origine, le patrimoine du vendeur s'élevait à 105. La restitution de la chose, d'une valeur de 100, ne suffit pas à atteindre ce but, puisqu'il continuera à subir une perte de 5 correspondant aux frais de livraison déjà exposés. Pour effacer entièrement ce préjudice, il faut donc lui octroyer une somme de 5 complémentaire aux restitutions, qui correspond à son intérêt négatif ($105 - 100 = 5$).

(3857) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 1048, p. 760 ; *adde* L.L. FULLER et W.R. PERDUE, *o.c.*, *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, pp. 60 et s., qui considèrent que l'intérêt positif sera plus aisé à établir qu'une occasion manquée.

(3858) *Voy. infra*, n° 405.

On voit ainsi que dans le cas d'une opération économiquement non rentable dès l'origine, le créancier est mieux inspiré de solliciter la réparation de son intérêt négatif (5) que de son intérêt positif (0).

La réparation de l'intérêt négatif peut donc s'avérer préférable pour le créancier, plus précisément dans l'hypothèse où il aurait *mal négocié* son accord avec le débiteur (hypothèse dite du « *bad bargain* » (3859)).

Toutefois, il paraît douteux que de telles circonstances doivent jouer en faveur du créancier. Nous avons vu, en effet, qu'à la différence de la nullité, la résolution ne remettait pas en cause l'accord de volonté conclu par les parties, mais visait seulement à corriger un déséquilibre dans l'exécution de cet accord (3860). Permettre au créancier de *tirer prétexte* de l'inexécution de son débiteur pour échapper à un préjudice qui trouve en réalité sa cause première dans sa propre volonté paraît à cet égard non seulement contraire à la portée limitée de l'effet rétroactif de la résolution, mais également à la fonction réparatrice de cette sanction. En effet, permettre en ce cas au créancier d'obtenir la réparation de l'intérêt négatif aboutit à le traiter de manière *plus favorable* en cas d'inexécution du débiteur qu'au cas où le contrat aurait été correctement exécuté. Il s'agit donc, en réalité, d'une véritable *pénalité civile* (3861) imposée au débiteur en l'absence de toute volonté claire du législateur en ce sens, ce qui nous paraît contraire au principe de légalité des délits et des peines (3862). Des arguments d'ordre économique peuvent également être invoqués à l'encontre de cette solution (3863).

(3859) L'expression est empruntée à L.L. FULLER et W.R. PERDUE, *o.c.*, *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 80.

(3860) *Voy. supra*, n° 377.

(3861) *Voy. en ce sens*. L.L. FULLER et W.R. PERDUE, *o.c.*, *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 77 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 1061, p. 768.

(3862) *Comp. supra*, n° 354.

(3863) *Voy. ainsi les développements* de Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *o.c.*, n° 148, p. 213, qui, bien qu'il considère que seul l'intérêt négatif devrait être réparable en cas de résolution, approuve néanmoins la solution de *common law* qui consiste à plafonner l'intérêt négatif par l'intérêt positif : « Le droit des contrats ne doit pas à travers les sanctions de l'inexécution permettre au créancier lésé de répercuter sur le débiteur les conséquences de sa propre imprévoyance. Le droit des contrats ne doit pas contraindre le débiteur à "assurer" [...] le créancier contre les risques incombant normalement à celui-ci. Indemniser le créancier sans prendre en considération l'intérêt positif revient, dit-on, à récompenser l'inefficacité de ceux qui concluant des contrats non rentables, sachant que plus grande est leur inefficacité, plus lourde est la responsabilité du débiteur ».

En conclusion, ni la lettre du Code civil, ni la logique de la résolution, ni même des considérations d'ordre pratique ne conduisent à considérer que les dommages-intérêts complémentaires à la résolution doivent tendre à la réparation de l'intérêt négatif du créancier. On est dès lors tout naturellement amené à vérifier si la réparation de l'intérêt positif repose sur des fondements plus convaincants.

2. – *Réparation de l'intérêt positif*

393. Principe. Bien que la question de savoir si les dommages-intérêts complémentaires à la résolution visent à réparer l'intérêt négatif ou l'intérêt positif soit rarement examinée de front en droits belge et français (3864), on constate, néanmoins une tendance générale à définir le dommage réparable après résolution par référence à l'intérêt positif, fût-ce de manière implicite.

Ainsi, on enseigne que le créancier peut obtenir le profit qu'il escomptait du contrat (3865), ce qui renvoie nécessairement à l'intérêt positif. De même, plusieurs décisions considèrent que les dommages-intérêts dus après la résolution sont octroyés par application des articles 1149 et suivants du Code civil, c'est-à-dire conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle (3866) ; ils se calculeraient donc de la même manière qu'en cas d'exécution forcée, c'est-à-dire à nouveau par référence à l'intérêt positif.

Il y a quelques années, la Cour de cassation a confirmé cette approche en des termes explicites. Elle a considéré, en effet, que « [l]es dommages et intérêts accordés en raison d'un manquement contractuel en cas de résolution sur la base de l'article [1184], ont

(3864) Voy. *supra*, n° 381.

(3865) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 890, p. 848.

(3866) Voy. ainsi Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202 ; Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606 ; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 113 ; Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 128 ; Cass., 7 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 135 (somm.) ; Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 555 ; Cass., 26 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 865 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 401, p. 285 ; P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 26, p. 686 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 192, p. 280 ; de même, en **droit néerlandais**, l'article 6:277 du NBW, relatif aux dommages-intérêts après résolution, est considéré comme une application de l'art 6:74 du NBW, relatif aux dommages-intérêts en cas d'inexécution (voy. Hoge Raad, 8 juillet 2011, LJN BQ1684, point 3.3.4, avec les conclusions de M. l'avocat général M.H. WISSINK, point 2.27).

pour but de placer le créancier dans la situation dans laquelle il se trouverait si le débiteur avait exécuté son obligation » (3867). Bien que le pourvoi dont elle était saisie ne l'ait pas invitée à choisir entre l'octroi de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif, sa décision écarte clairement cette dernière possibilité, la réparation de l'intérêt négatif supposant de replacer le créancier dans la situation dans laquelle il se trouverait si le contrat n'avait pas été conclu.

De ce qui précède, on peut donc en conclure qu'en droit positif belge, les dommages-intérêts complémentaires à la résolution tendent bien à la réparation de l'intérêt positif (3868).

Cette solution doit être approuvée. Nous avons vu, en effet, que loin de contredire les dispositions particulières du Code civil, elle en constitue en réalité le fondement ; elle se concilie d'ailleurs parfaitement avec l'objectif de la résolution à condition de donner à l'effet rétroactif de celle-ci une portée mesurée ; enfin, aucune considération déterminante d'ordre pratique ou d'équité ne s'y oppose (3869). Ces considérations peuvent encore être complétées par d'autres arguments.

394. Premier argument – Enseignements du droit comparé et du droit international. Tout d'abord, l'étude du droit comparé se révèle ici particulièrement riche en enseignements.

On observe ainsi que la possibilité d'obtenir la réparation de l'intérêt positif est largement répandue dans les systèmes juridiques étrangers.

En **droit néerlandais**, par exemple, l'article 6:277, alinéa 1^{er}, du NBW prévoit qu'en cas de résolution totale ou partielle du contrat, le débiteur est tenu d'indemniser le dommage subi par le créancier « doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt ». Pour évaluer le dommage réparable, il s'agit donc de comparer la situation en cas de résolution avec celle en cas

(3867) Cass., 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 544, *R.P.S.*, 2011, p. 444, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE et la note D. LECLERCQ ; Cass., 26 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 51 ; Cass., 26 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 49 ; voy. aussi B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.W.*, 2011-2012, n° 10, p. 652 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 681, p. 640.

(3868) Voy. déjà, à propos du droit français, H. STOLL, *o.c.*, *AcP*, 1929, p. 155. Comp. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n°s 1028 et s., pp. 741 et s., spéc. n° 1063, p. 770, qui considère que le créancier dispose d'une option pour réclamer la réparation de l'intérêt positif ou de l'intérêt négatif (pour une discussion de cette thèse, voy. *infra*, n° 405).

(3869) Voy. *supra*, n°s 382 et s.

d'exécution correcte du contrat, c'est-à-dire d'indemniser l'intérêt positif(3870).

De manière plus intéressante encore pour notre propos, on constate que dans deux cas au moins où la résolution ne pouvait être combinée qu'avec l'octroi de dommages-intérêts tendant à la réparation de l'intérêt négatif, la sanction de la résolution est pratiquement tombée en désuétude, les créanciers lui préférant systématiquement celle de l'exécution forcée, seule apte à leur garantir l'obtention de l'intérêt positif.

Nous avons vu, ainsi, que le **droit suisse** oblige le créancier à choisir entre l'action en exécution forcée, qui lui permet d'obtenir la réparation de l'intérêt positif, et l'action en résolution, qui ne lui offre que la réparation de l'intérêt négatif(3871). Il en résulte que l'action en résolution est devenue largement dénuée de toute signification en pratique et que le créancier n'y aura plus que rarement recours, par exemple lorsqu'il tient absolument à obtenir la restitution en nature de la chose livrée ou parce que l'intérêt négatif excède exceptionnellement l'intérêt positif(3872).

La même observation peut être faite à propos du **droit allemand** avant la réforme du droit des obligations de 2002 où le § 325 du BGB prévoyait, en cas d'inexécution du débiteur, la nécessité pour le créancier de choisir (notamment) entre des dommages-intérêts pour inexécution du contrat ou la résolution de celui-ci(3873). Il n'était donc théoriquement pas possible d'obtenir à la fois la résolution et des dommages-intérêts destinés à couvrir le solde de l'intérêt positif non réparé par les restitutions(3874). Cette situation, ressentie comme peu heureuse, était toutefois contournée depuis longtemps par la pratique consistant à permettre au créancier, sans demander la résolution, de réclamer des dommages-intérêts calculés sur la base de la *Differenztheorie*(3875). Celle-ci consiste à dispenser le créancier de sa prestation et, ensuite, à lui octroyer des dommages-intérêts équivalents à la valeur de la prestation promise par le débiteur sous

(3870) Voy. Hoge Raad, 8 juillet 2011, LJN BQ1684, point 3.3.4, avec les conclusions de M. l'avocat général M.H. WISSINK ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 711 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 526.

(3871) Voy. *supra*, n° 387.

(3872) Voy. A. MORIN, o.c., *Le contrat*, p. 923 ; R.H. WEBER, *Berner Kommentar*, tome VI/1/5, o.c., art. 109, n° 7 ; W. WIEGAND, o.c., *Basler Kommentar*, art. 109, n° 2, p. 631.

(3873) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 224.

(3874) Voy. l'exemple donné par K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *Allgemeiner Teil*, 14^e éd., München, C.H. Beck, 1987, § 22, p. 339.

(3875) K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, o.c., § 22, p. 340.

déduction de la valeur de la prestation promise par le créancier. Cette méthode aboutissait, concrètement, à un résultat similaire au prononcé de la résolution accompagnée de dommages-intérêts complémentaires destinés à couvrir l'intérêt positif (3876), ce qui rendait le choix de la résolution inutile en pratique (3877). Tirant les conséquences de cette évolution, le législateur a fini par modifier le § 325 du BGB de manière à prévoir que la résolution du contrat n'exclut pas le droit d'exiger des dommages-intérêts (3878). On s'accorde à reconnaître que ceux-ci tendent bien à la réparation de l'intérêt positif (3879).

Ce détour par le droit comparé donne à penser que, si l'on devait limiter les dommages-intérêts complémentaires à la résolution à la réparation de l'intérêt négatif, le droit belge se trouverait non seulement isolé d'un mouvement de fond observé dans de nombreux ordres juridiques, mais on peut aussi craindre que la résolution ne finisse par être systématiquement délaissée par les créanciers au profit de l'exécution forcée (3880), alors que l'option de la résolution que leur offre l'article 1184 du Code civil avait précisément pour but de leur octroyer un recours différent et plus protecteur dans les rapports synallagmatiques (3881).

Enfin, le droit international conforte également la référence à l'intérêt positif comme mesure du dommage réparable en cas de résolution.

Citons les articles 45.2 et 61.2 de la **CVIM** qui prévoient respectivement que l'acheteur et le vendeur ne perdent pas le droit de demander des dommages-intérêts lorsqu'ils exercent leur droit de recourir à un autre moyen (en ce compris la résolution du contrat). La solution est confirmée par l'article 81.1, première phrase, aux termes de laquelle « [l]a résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations,

(3876) Comme l'observent BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 17 ; W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 325, n° 6.

(3877) C. HATTENHAUER, *o.c.*, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, vol. 1, §§ 323-325, n° 61, p. 1863 ; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *o.c.*, § 22, p. 342 (il n'en allait autrement que dans le cas où le créancier aurait déjà presté, la doctrine majoritaire estimant dans un tel cas que l'application de la *Differenztheorie* n'était pas possible).

(3878) « Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen ».

(3879) BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 16 ; BGH, 28 novembre 2007, VIII ZR 16/07, point 7 ; W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 325, n° 2.

(3880) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 1047ter, p. 759.

(3881) Voy. *supra*, n° 354.

sous réserve des dommages-intérêts qui peuvent être dus » (3882). Cette disposition est interprétée en ce sens que la résolution ne porte pas atteinte au droit à des dommages-intérêts né, avant la résolution, de l'inexécution du contrat (3883). Ceux-ci devront donc être calculés, qu'il y ait ou non résolution, conformément à l'article 74 de la Convention (3884). Or, selon le Commentaire établi par le Secrétariat, « [i]l ressort de cette disposition que le principe sur lequel repose l'action en dommages-intérêts est que la partie lésée doit être remise dans la même situation économique que celle dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté » (3885). On se situe donc bien dans la perspective de la réparation de l'intérêt positif (3886). On en trouve d'ailleurs confirmation aux articles 75 et 76 de la Convention qui autorisent expressément le créancier, en cas de résolution de la convention, à calculer son préjudice sur la base de la différence entre le prix du contrat et celui de l'opération de substitution (achat de remplacement ou vente compensatoire) qu'il a conclue ou pourrait conclure en lieu et place du contrat résolu (3887).

395. Deuxième argument – Liberté limitée du créancier d'opter pour l'exécution forcée. Un deuxième argument prend pour point de départ la critique de l'idée selon laquelle le créancier qui souhaite obtenir la réparation de l'intérêt positif n'aurait

(3882) Voy., dans le même sens, les articles III. – 3:102 et III. – 3:509, alinéa 3, du **DCFR** ; l'article 8.2 de la proposition de **DCEV** ; l'article 7.3.5, alinéa 2, des **Principes d'Unidroit 2010**.

(3883) R. HORNUNG et C. FOUNTOLAKIS, « Art. 81 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (éd. P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER), 5^e éd., München, C.H. Beck et Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, pp. 927 et s., n^o 13, p. 932 ; U. MAGNUS, « Art. 81 CISG », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2005, n^o 7, p. 801.

(3884) U. MAGNUS, « Art. 74 CISG », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, o.c.*, n^o 6, p. 722 ; H. SCHÖHNLE et T. KOLLER, « Art. 74 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, pp. 996 et s., n^o 10, p. 1001.

(3885) Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, doc. A/CONF.97/5, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, New York, Nations Unies, 1981, art. 70, point 3, p. 63 ; voy. également U. MAGNUS, « Art. 74 CISG », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, o.c.*, n^o 16, p. 724 ; H. SCHÖHNLE et T. KOLLER, « Vorbem. 74-77 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, pp. 994 et s., n^o 2, p. 995.

(3886) Voy. dans le même sens art. III. – 3:702 du **DCFR** ; art. 160 de la proposition de **DCEV** (voy. à ce propos F. ZOLL « Article 8 », *Common European Sales Law (CESL), o.c.*, n^o 2, p. 108).

(3887) Voy. à ce propos *infra*, n^o 406.

qu'à solliciter l'exécution forcée de la convention plutôt que sa résolution (3888).

Pareille conception perd en effet de vue que le droit d'option prévu à l'article 1184 du Code civil ne confère pas au créancier une liberté totale. En effet, celui-ci ne pourrait, sans abuser de son droit, exiger l'exécution forcée en nature alors que celle-ci cause un préjudice disproportionné au débiteur (3889). Par ailleurs, on sait que cette branche de l'option lui est également fermée lorsque l'exécution en nature est devenue impossible, fût-ce par la faute du débiteur (hypothèse de la caducité s.s. par disparition de l'objet) (3890). Dans l'un et l'autre cas, il serait injuste que le créancier soit privé de toute possibilité de demander réparation de l'intérêt positif alors que la sanction de la résolution ne résulte pas d'un véritable choix mais lui a en réalité été imposée par les circonstances, voire par le comportement fautif de son débiteur.

De manière plus générale, même hors le cas de l'abus de droit et de l'impossibilité d'exécution, il ne paraît pas justifié d'imposer au créancier qui souhaite obtenir la réparation de son intérêt positif d'agir en exécution forcée pour ce seul motif alors que la prestation promise par le débiteur ne présenterait plus qu'une utilité réduite pour le créancier.

396. Troisième argument – Théorie de l'alternative légitime. Un autre argument en faveur de la réparation de l'intérêt positif après résolution peut être recherché dans l'appréciation du lien de causalité au regard de la théorie de l'alternative légitime. On sait, en effet, qu'en vertu de cette théorie, pour rechercher quelle aurait été la situation de la victime d'une faute si cette dernière n'avait pas été commise, la faute doit être éliminée « avec une précision chirurgicale », en ce sens que, si la faute ne constitue qu'un aspect du comportement du débiteur mais que ce comportement aurait pu, en soi, être adopté de manière non fautive, alors l'élimination de la faute implique de faire abstraction du seul caractère fautif du comportement plutôt que du comportement tout entier (3891).

(3888) Sur cette idée, voy. *supra*, n° 387.

(3889) Voy. *infra*, n° 420.

(3890) Voy. à ce propos *supra*, n° 328, I, et *infra*, n° 445, III.

(3891) Voy. *supra*, n° 345.

Ainsi, lorsqu'on envisage l'inexécution commise par le débiteur qui donne lieu à la résolution du contrat, il nous semble que la théorie de l'alternative légitime, à laquelle la Cour de cassation manifeste régulièrement son attachement, impose de rechercher, non la situation dans laquelle le créancier se serait trouvé si le contrat pris dans son ensemble n'avait pas été conclu (ce à quoi correspond l'intérêt négatif), mais bien ce qui se serait passé si le contrat avait été correctement exécuté (soit le cas où le créancier aurait obtenu l'intérêt positif).

Telle paraît d'ailleurs bien être la solution qui se dégage des articles 1610 et 1611 du Code civil. La première de ces dispositions applique en effet le droit d'option prévu par l'article 1184 à l'obligation de délivrance du vendeur en ces termes : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur ». L'article 1611 ajoute : « Dans tous les cas, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts, s'il résulte un préjudice pour l'acquéreur, du défaut de délivrance au terme convenu ». Pour apprécier le préjudice de l'acheteur, il faut donc comparer sa situation actuelle avec le cas où la chose aurait été délivrée au terme convenu – démarche qui correspond bien à l'indemnisation de l'intérêt positif et qui est expressément prévue tant pour le cas de l'exécution forcée que pour celui de la résolution. Au contraire, s'il était agi de réparer l'intérêt négatif, l'acheteur aurait pu réclamer, non le préjudice résultant de l'*inexécution* du contrat par le vendeur, mais bien le préjudice subi par l'acheteur du fait d'avoir conclu et *exécuté* le contrat ultérieurement résolu sans contrepartie (3892).

397. Quatrième argument – Hypothèse de la résolution partielle. Enfin, le principal argument en faveur la limitation des dommages-intérêts complémentaires à la résolution à la réparation de l'intérêt négatif consistait dans l'idée que la résolution aurait pour effet d'anéantir le contrat comme s'il n'avait jamais été conclu, de sorte qu'accorder néanmoins au créancier le bénéfice de l'intérêt positif heurterait la logique de l'institution (3893).

(3892) Voy. à ce propos *supra*, n° 381.

(3893) Voy. *supra*, n° 387.

Même si cette conception dogmatique de l'effet rétroactif n'était pas sujette à critique (3894), il n'en demeure pas moins qu'il existe, comme nous le verrons, de nombreuses exceptions au principe de l'anéantissement *ex tunc* du contrat, en particulier en ce qui concerne les contrats successifs (3895). Pour ces derniers, il n'est pas rare, en effet, que l'effet rétroactif ne remonte que jusqu'à la date de la demande en justice, voire jusqu'à la date du jugement prononçant la résolution. Le contrat continue donc ainsi à lier les parties, au moins pour le passé ou une partie de celui-ci, de sorte qu'on peut dire que la résolution du contrat n'est que partielle (dans le temps) (3896). Dès lors, les réticences que l'on pouvait avoir à réparer l'intérêt positif tombent d'elles-mêmes, au moins en ce qui concerne la partie du contrat ainsi maintenue (3897). Mais qu'advient-il alors des dommages-intérêts complémentaires à la résolution partiellement prononcée ? Il serait curieux de les calculer sur la base de l'intérêt négatif, puisque celui-ci suppose que le contrat, pris dans son ensemble, n'aurait pas été conclu. Il apparaît pour le reste malaisé de réparer pour partie l'intérêt positif et pour partie l'intérêt négatif. La meilleure solution consiste dès lors en ce cas à accorder exclusivement la réparation de la totalité de l'intérêt positif (3898).

En réalité, ce genre de difficultés, susceptibles de se présenter fréquemment en pratique compte tenu des nombreuses limitations apportées à l'effet rétroactif de la résolution, disparaissent dès que l'on admet que la résolution du contrat n'exclut en rien la réparation de l'intérêt positif du créancier.

(3894) Voy. à cet égard *supra*, n° 388.

(3895) Voy. *infra*, n°s 428 et s.

(3896) Cette problématique ne doit pas être confondue avec celle de la résolution partielle « dans l'espace » (contractuel). Sur les différentes acceptions de la résolution partielle, voy. *infra*, n° 478.

(3897) Voy. en ce sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 1047bis, p. 758 ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 465, pp. 298 et s. (qui, tout en étant partisan de la réparation de l'intérêt négatif, admet cependant une exception lorsque la résolution n'implique pas la restitution des prestations accomplies).

(3898) Voy. en ce sens Cass., 1^{er} mars 2012, n° C.11.0056.N, point 2 (inédit) : « De omstandigheid dat de gerechtelijke ontbinding van een overeenkomst met opeenvolgende prestaties in de regel, wat haar gevolgen betreft, slechts teruggaat tot de vordering in rechte, belet niet dat het slachtoffer van de gebrekkige niet-nakoming van de verbintenis die tot de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst heeft geleid, *het recht op volledige vergoeding van zijn schade behoudt*, welke schade door de feitenrechter wordt beoordeeld » (nous soulignons) ; Y. MERCIERS, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VIII, L. I, n° 550, p. 324.

3. – *Évaluation de l'intérêt positif*

398. Position du problème. De nombreux éléments plaident donc en faveur de la reconnaissance de la possibilité d'indemniser l'intérêt positif dont le créancier est privé par la résolution du contrat aux torts du débiteur. Sans prétendre pouvoir aborder ici toutes les difficultés pouvant se poser dans l'évaluation de cet intérêt positif – ce qui dépasserait le cadre de notre étude –, nous souhaitons néanmoins apporter quelques précisions sur cette question digne d'intérêt théorique et pratique.

À cet égard, T. Génicon a brillamment démontré que la distinction couramment utilisée entre intérêt positif et intérêt négatif, si elle utile à des fins pédagogiques, ne suffit pas à épuiser la question dans la mesure où de nombreux postes du dommage sont susceptibles d'être réparés indifféremment au titre de l'un ou de l'autre intérêt (3899). Cette observation nous conduira dès lors à proposer une définition de ces deux notions qui permette de mieux cerner leur portée, et notamment à distinguer intérêt négatif entendu au sens large et au sens strict (3900).

Les situations factuelles pouvant se présenter – ces fameuses *Fallkonstellationen* chères aux juristes allemands – étant fort variées, il nous semble approprié, pour la clarté de l'exposé, de partir de quelques exemples concrets avant de proposer une approche plus générale qui nous permettra de dégager une définition et une méthode d'évaluation de l'intérêt positif. Nous examinerons ensuite certaines questions particulières, à savoir l'évaluation minimale de l'intérêt positif au montant de l'intérêt négatif, la problématique des frais de remplacement et enfin celle des suites favorables de l'inexécution pour le créancier.

399. Identification des postes du dommage – Approche empirique. I. Tout d'abord, l'intérêt positif peut recouvrir des postes du préjudice qui, dans certaines circonstances, pourraient également être indemnisés au titre de l'intérêt négatif.

(3899) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^{os} 1039 et s., pp. 750 et s. ; voy. également L.L. FULLER et W.R. PERDUE, o.c., *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, pp. 73 et s. ; N. SCHMIDT-AHRENDTS, « Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" im Fall der Rückabwicklung gescheiterter Verträge im UN-Kaufrecht », *I.H.R.*, 2006, pp. 67 et s., spéc. pp. 71 et s.

(3900) Voy. *infra*, n^o 401.

Reprenons ainsi plus en détail le cas où A livre à B pour le prix de 100 une chose d'une valeur de 80. Les frais de livraison, qui s'élèvent à 5, sont pris en charge par A en vertu du contrat. Par conséquent, si le contrat était correctement exécuté, le patrimoine de A, qui s'élevait à l'origine à 85 (valeur de la chose + montant des frais), passerait à 100 (montant du prix payé), soit un bénéfice net de 15. Après un premier versement de 20, B reste toutefois en défaut d'acquitter le solde du prix et A obtient la résolution du contrat aux torts de B. En vertu de l'effet rétroactif de la résolution, chaque partie restituée alors à l'autre ce qu'elle a reçu (3901) : A restitue ainsi à B l'acompte de 20 et B restitue à A la chose d'une valeur de 80. En revanche, les frais de livraison ne doivent pas être restitués par B puisqu'ils n'ont pas été reçus par celui-ci (3902). Reste que B doit verser à A des dommages-intérêts destinés à réparer intégralement le préjudice subi par ce dernier. En quoi ce préjudice consiste-t-il ?

Si les dommages-intérêts visaient à replacer A dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu, alors A pourrait encore réclamer à B la somme de 5, soit les frais qu'il n'aurait pas exposés si le contrat n'avait pas été conclu. Il s'agirait de l'intérêt négatif.

On pourrait *a priori* penser qu'au cas où A aurait plutôt droit à la réparation de son intérêt positif, celui-ci s'élèverait à 15, soit le bénéfice net qu'il aurait réalisé en cas d'exécution du contrat, à l'exclusion donc des frais qui auraient de toute façon dû être exposés pour l'exécution du contrat (3903). Un tel raisonnement perd cependant de vue que ce bénéfice net est calculé sur la base des stipulations contractuelles, c'est-à-dire *avant* que le contrat ait reçu exécution. Si, au contraire, le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution et que celui-ci n'est qu'imparfaitement effacé par les restitutions, alors la seule manière de replacer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté consiste non seulement à lui accorder le bénéfice net calculé au moment de la conclusion du

(3901) Voy. *infra*, n^{os} 415 et s.

(3902) Voy. *infra*, n^o 422.

(3903) Voy. en ce sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 510, p. 325 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, n^o 114, p. 167 (« L'intérêt positif ne recouvre pas n'importe quelle perte causée par l'inexécution de l'obligation contractuelle, mais uniquement la diminution de patrimoine qui n'aurait pas eu lieu si le contrat avait été exécuté de façon correcte. Corrélativement, celles des dépenses qui devaient être exposés par la créancier lésé en vertu du contrat ne sont pas réparables à ce titre ») ; voy. également, dans le cadre de la *CVIM*, les auteurs estimant que le créancier doit choisir entre l'indemnisation des dépenses inutiles et le bénéfice manqué : H. SCHÖHNLE et T. KOLLER, « Art. 74 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, o.c., n^o 18, p. 1006 ; I. SCHWENZER, « Art. 74 », *Kommentar zum Einheitslichen UN-Kaufrecht* (éd. P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER), 5^e éd., München, C.H. Beck et Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, pp. 840 et s., n^o 38, p. 852.

contrat, mais également à lui rembourser toutes les sommes exposées par le créancier et qui n'étaient pas couvertes par les restitutions (3904).

Ainsi, dans notre exemple, si l'on cherche à accorder à A l'avantage total qu'il aurait obtenu si le contrat avait été dûment exécuté, il devrait pouvoir réclamer à B la somme totale de 100 (soit le prix initialement convenu). Ce montant ne représente toutefois pas le préjudice qu'il subit du fait de la résolution ; en effet, ce préjudice a déjà été partiellement réparé par les restitutions effectuées par B. Il faut donc en déduire la valeur de la chose qui lui a été restituée (80), de sorte que le dommage réparable au titre l'intérêt positif s'élève en définitive à 20 (100 – 80). Ce montant peut à son tour être décomposé en deux postes, soit les frais de transport exposés inutilement – qui correspondent ici à l'intérêt négatif (5) – et le bénéfice net espéré par A lors de la conclusion du contrat (15). Ainsi, au terme des opérations de résolution, A aura reçu 80 au titre des restitutions et 20 au titre de l'intérêt positif ; son patrimoine s'élèvera donc à 100, comme si le contrat avait été correctement exécuté. Si, au contraire, on n'avait accordé au créancier lésé que le bénéfice net escompté lors de la conclusion du contrat (15), alors son patrimoine ne s'élèverait qu'à 95 et il subsisterait un dommage non réparé de 5, correspondant aux frais d'exécution. Ceci se comprend parfaitement dès lors que, pour calculer le bénéfice net, non seulement la valeur de la chose livrée au débiteur, mais également les frais de transport ont été déduits de la valeur de la prestation attendue du débiteur (100 – 80 – 5 = 15). En d'autres termes, en octroyant simultanément le bénéfice net escompté et le remboursement des frais de transport, il n'y a pas de double emploi (3905).

II. L'intérêt positif peut donc inclure les frais effectivement exposés par le créancier en vertu du contrat, lesquels relèvent également de l'intérêt négatif. Mais il n'en ira pas toujours ainsi, spécialement dans le cas où le créancier a conclu une mauvaise affaire (*bad bargain*) (3906).

Supposons ainsi que A ait vendu pour 100 une chose d'une valeur de 100. Les frais de livraison, d'une valeur de 5, sont ici également mis à sa charge avant que le contrat ne soit résolu aux torts de l'acheteur.

(3904) Voy. de même, sur le calcul de l'intérêt positif hors résolution, BGH, 13 juin 2006, X ZR 167/04, point 16 ; BGH, 17 décembre 2003, XI ZR 146/00, point II, 3 (exemple chiffré !).

(3905) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 1040, p. 752 ; L.L. FULLER et W.R. PERDUE, *o.c.*, *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 81 ; N. SCHMIDT-AHRENDTS, *o.c.*, *I.H.R.*, 2006, p. 72.

(3906) Voy. ainsi L.L. FULLER et W.R. PERDUE, *o.c.*, *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 79.

À la suite des restitutions, il récupère donc 100. À nouveau, l'intérêt négatif s'élèvera à 5, soit la différence entre la valeur de son patrimoine avant la conclusion du contrat (constitué d'une chose de 100 et une somme de 5, donc au total 105) et ce qu'il a récupéré grâce aux restitutions ($105 - 100 = 5$). À l'inverse, l'intérêt positif est nul car si le contrat avait été correctement exécuté, le créancier n'aurait également obtenu que 100 de son débiteur. Il n'y a donc pas de différence entre cette situation et celle dans laquelle il se trouve après les restitutions ($100 - 100 = 0$).

Imaginons même que la chose ait eu une valeur de 110. En ce cas, l'intérêt négatif sera toujours du même montant ($115 - 110 = 5$). Quant à l'intérêt positif, il aura une valeur négative. En effet, si le contrat avait été correctement exécuté, A n'aurait obtenu que 100, alors que grâce aux restitutions, il peut récupérer 110. La résolution ne lui a donc pas causé un préjudice, mais représente au contraire pour lui un avantage, qui correspond à un préjudice pour le débiteur ($100 - 110 = -10$). Toutefois, comme le créancier n'a commis aucune faute, le débiteur ne peut réclamer réparation de ce préjudice.

III. On pourrait par ailleurs penser que la distinction entre intérêt négatif et intérêt positif se recoupe avec celle de perte subie (*damnum emergens*) et de manque à gagner (*lucrum cessans*), évoquée à l'article 1149 du Code civil. Il n'en est cependant rien (3907).

Ainsi, reprenons le cas où A a vendu une chose d'une valeur de 80 à B pour un prix de 100, les frais de livraison à charge du vendeur s'élevant à 5. Nous avons vu qu'en ce cas, l'intérêt positif de A s'élève à 20, soit un *lucrum cessans* de 15 et un *damnum emergens* de 5.

Quant à l'intérêt négatif, celui-ci se compose au minimum d'un *damnum emergens* de 5. Supposons cependant qu'en concluant la vente avec B, A se soit privé de l'opportunité de conclure peu de temps après une vente de la même chose à C, qui était disposé à l'acquiescer au prix de 120. En ce cas, l'intérêt négatif devrait être accru d'un *lucrum cessans* de 40 ($120 - 80$), diminué des coûts de livraison de 5 s'ils avaient été mis à charge de A, ou à tout le moins de la perte d'une chance de réaliser un tel bénéfice (3908).

(3907) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 422, p. 273 ; L.L. FULLER et W.R. PERDUE, o.c., *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 55 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1013, p. 729 ; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n°s 146 et s., pp. 103 et s.

(3908) Sur le recours à la théorie de la perte d'une chance pour évaluer l'intérêt négatif, voy. *supra*, n° 391.

Damnum emergens et *lucrum cessans* peuvent donc, en fonction des circonstances, être indemnisés aussi bien au titre de l'intérêt positif que de l'intérêt négatif, si l'on entend ce dernier au sens large. Toutefois, il faut être bien conscient que le *lucrum cessans* n'a pas la même consistance dans l'un et l'autre cas. Ainsi, dans notre exemple, il s'élève à 15 dans le cadre de l'intérêt positif et à 35 dans celui de l'intérêt négatif.

IV. Parmi les pertes susceptibles d'être réparées, outre les frais de conclusion et d'exécution effectivement supportés par le créancier, on peut également inclure toutes les pertes subies à l'occasion des restitutions, que nous proposons de nommer *dommage de restitution*.

Le dommage de restitution inclut en principe les pertes de valeur subies par la chose restituée au créancier (3909). Prenons le cas où A livre à B pour le prix de 100 une chose d'une valeur de 95, les frais de livraison de 5 étant à charge de A. La chose est livrée à B moyennant le paiement d'un acompte de 20 mais celui-ci s'abstient d'effectuer tout paiement ultérieur, entraînant la résolution du contrat à ses torts. Toutefois, au moment des restitutions, la chose a été endommagée par cas fortuit et ne vaut plus que 60. En ce cas, l'intérêt négatif est égal à la différence entre la valeur du patrimoine de A avant la conclusion du contrat ($95 + 5 = 100$) et ce qu'il a encore après les restitutions (60), soit 40. Quant à l'intérêt positif, il équivaut à la différence entre le prix que A aurait obtenu en cas d'exécution du contrat (100) et ce qu'il possède à la suite des restitutions (60), soit à nouveau 40. Ce montant couvre donc à la fois les frais d'exécution (5) et la perte de valeur de la chose ($95 - 60 = 35$).

On notera que le dommage de restitution inclut, plus largement, toutes les pertes que le créancier peut être amené à subir par application des règles relatives aux restitutions consécutives à la résolution, telles que le paiement d'une indemnité de jouissance (3910), d'une indemnité couvrant la perte de valeur due à l'usure de la chose (3911) ou encore le remboursement d'impenses (3912).

V. Enfin, nous n'avons raisonné jusqu'à présent qu'en envisageant les pertes et les bénéfices liés à l'objet du contrat (que

(3909) Nous simplifions ici en envisageant un cas où le dommage de restitution est en lien causal avec le manquement commis par le débiteur fautif. Tel ne sera toutefois pas nécessairement le cas. Pour plus de détails, voy. *infra*, n^{os} 446 et s.

(3910) Voy. *infra*, n^o 427.

(3911) Voy. *infra*, n^o 457.

(3912) Voy. *infra*, n^o 461, II.

Pothier qualifiait d'intrinsèques (3913)). Il faut toutefois également prendre en considération les éventuels bénéfices et dommages *extrinsèques*.

Il peut tout d'abord s'agir d'une *perte extrinsèque*. Pour prendre un exemple classique (3914), si un marchand de bestiaux vend à un agriculteur une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, la mort des autres têtes du bétail qui en est résultée constituera une perte devant être indemnisée au titre de l'intérêt positif, puisqu'elle ne se serait pas produite si la chose vendue n'avait pas été affectée d'un vice. On notera que ce préjudice relève pareillement de l'intérêt négatif, puisque cette perte aurait également été évitée si le contrat n'avait pas été conclu du tout (3915).

Le créancier pouvait par ailleurs, en concluant le contrat, espérer obtenir un avantage que le débiteur ne s'est pas engagé à lui fournir mais qui résulte cependant de l'exécution du contrat combinée, le cas échéant, avec des opérations ultérieures. Lorsque la résolution vient priver le créancier de cet avantage, on peut parler de *manque à gagner extrinsèque*. Ainsi, par exemple, le créancier peut acheter une chose sans réaliser de bénéfice au détriment du vendeur mais dans l'espoir de la revendre avec une marge importante à son propre acheteur. On peut également citer le cas où l'exécution du contrat offre au créancier des références qui lui permettraient ensuite de conclure d'autres opérations, etc. Dans tous ces cas, et compte tenu de la portée de la condition de prévisibilité du dommage telle qu'elle est comprise actuellement en droit belge (3916), le créancier pourra demander, au titre de l'intérêt positif, la réparation de ces postes du dommage. Ceux-ci ne relèvent en revanche pas de l'intérêt négatif (3917), puisque le créancier n'aurait par définition pas obtenu ces avantages si le contrat n'avait pas été conclu. On observera enfin que, pour calculer le manque à gagner extrinsèque, il faut veiller à déduire des gains espérés les frais qui auraient dû être exposés pour les obtenir. Comme pour le manque à gagner intrinsèque, il s'agit donc bien d'un bénéfice net ; ces frais pourront toutefois, au cas où ils ont été effectivement exposés, être réparés au titre des pertes extrinsèques (3918).

(3913) Voy. *supra*, n° 385.

(3914) Voy. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 166, p. 189.

(3915) L.L. FULLER et W.R. PERDUE, o.c., *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 75.

(3916) Voy. *supra*, n° 385.

(3917) Sauf perte d'une chance de conclure avec un tiers une opération offrant les mêmes avantages.

(3918) Voy. l'exemple donné par L.L. FULLER et W.R. PERDUE, o.c., *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 82 : si le titulaire des droits de distribution d'un film manque à sa parole en omettant de le remettre à un cinéma, le cinéma pourra réclamer la perte des bénéfices (extrinsèques)

400. Suite – Généralisation des solutions. Ces quelques exemples nous auront permis de mieux cerner les différents types de préjudices pouvant se présenter en cas de résolution du contrat (3919).

I. Parmi ceux-ci, certains ne peuvent être réparés qu'au titre de l'*intérêt positif*. Il s'agit essentiellement du *manque à gagner* résultant de la mauvaise exécution du contrat, qu'il soit intrinsèque (bénéfice net escompté directement de la conclusion du contrat) ou extrinsèque (bénéfice net espéré indirectement de l'exécution du contrat).

II. Certes, une certaine forme de manque à gagner peut également être réparée dans le cadre de l'*intérêt négatif*, mais il faut bien être conscient qu'il présente alors une consistance tout à fait différente. Il s'agit en effet, dans ce cas, des *occasions manquées* du fait de la conclusion du contrat, c'est-à-dire des avantages, directs ou indirects, qui auraient pu être obtenus en cas de conclusion d'une autre opération (3920). Ceux-ci n'auraient donc pas nécessairement la même valeur que le manque à gagner résultant de la mauvaise exécution du contrat ; ils ne peuvent être réparés, sur la base de la théorie de la perte d'une chance, qu'au titre de l'*intérêt négatif*.

III. Entre ces deux extrêmes se trouvent toutes les *pertes* subies par le créancier.

Il peut s'agir de *pertes intrinsèques*, qui se décomposent à leur tour en frais exposés spécifiquement pour la conclusion du contrat

que ce film aurait pu lui rapporter en salle ainsi que les frais (extrinsèques) de publicité exposés pour la promotion du film. Il n'y a pas de double emploi, puisque les bénéfices sont calculés en tenant compte des frais de publicité qui auraient en toute hypothèse dû être exposés. De la même manière, le Bundesgerichtshof considère que le bénéfice indemnisable doit être calculé sous déduction des frais, hypothétiques ou réellement exposés, étant entendu que dans ce dernier cas, ces frais pourront également être indemnisés (voy. BGH, 13 juin 2006, X ZR 167/04, point 16 ; BGH, 17 décembre 2003, XI ZR 146/00, point II, 3).

(3919) Comp. la typologie des principaux postes du dommage proposée par J. BAECK, *Restitutie na vermetiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^{os} 475 et s., pp. 304 et s. (qui part cependant du principe que seul l'intérêt négatif peut en règle être réparé).

(3920) Voy. les explications données par J. BAECK, *Restitutie na vermetiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^{os} 487 et s., pp. 314 et s.

résolu (3921), frais exposés pour son exécution (3922) et pertes subies à l'occasion des restitutions (3923) (le « dommage de restitution »).

Il peut également s'agir de *pertes extrinsèques*, c'est-à-dire, selon la formule de Pothier, de pertes subies « dans les autres biens » du créancier (3924).

L'ensemble de ces pertes est toujours réparable au titre de l'*intérêt négatif*. Ainsi qu'on le devine au travers des exemples donnés ci-avant et comme nous tenterons de le démontrer de manière plus formelle ci-après, ces pertes sont également *réparables au titre de l'intérêt positif à la condition que l'exécution correcte du contrat se soit révélée rentable* ou, à tout le moins, neutre économiquement pour le créancier. À défaut, la perte nette qui aurait en toute hypothèse été subie par le créancier en raison de la mauvaise affaire conclue doit venir en déduction du dommage à la réparation duquel il peut prétendre.

401. Propositions de définition de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif. Nous sommes maintenant en mesure de proposer une définition plus précise des deux modes de calcul du dommage subi en cas de résolution du contrat.

I. L'intérêt négatif désigne le dommage qui subsiste pour le créancier en comparant la situation dans laquelle il se trouve après les restitutions avec celle où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu.

Au sens strict, l'intérêt négatif couvre donc tant les pertes intrinsèques au contrat (frais exposés par le créancier pour la conclusion et l'exécution du contrat ainsi que le dommage de

(3921) Pour des illustrations, voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 476 et s., pp. 305 et s. En sont exclus, en revanche, les frais qui auraient été exposés même en l'absence de conclusion du contrat résolu et ne se rapportent donc pas spécifiquement à celui-ci, telles que des études de marché préparatoires qui conservent leur utilité nonobstant la résolution (comp. dans le même sens *ibid.*, n^o 477, pp. 306 et s., ainsi que C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, o.c., n^o 153, p. 107).

(3922) Voy. les exemples donnés par J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 479 et s., pp. 307 et s.

(3923) Voy. les exemples donnés par J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 485, p. 313.

(3924) Voy. *supra*, n^o 385.

restitution) qu'extrinsèques à celui-ci (c'est-à-dire subies dans ses autres biens).

Au sens large, l'intérêt négatif inclut en outre les occasions manquées, c'est-à-dire la perte d'une chance de conclure une autre opération que le contrat résolu.

Dans la suite de cette étude, sauf précision contraire, l'expression sera toujours entendue au sens strict.

II. L'intérêt positif désigne quant à lui le dommage qui subsiste pour le créancier en comparant la situation dans laquelle il se trouve après les restitutions avec celle où il se serait trouvé si le contrat avait été correctement exécuté (3925).

Le choix de cette définition n'est pas anodin. Les termes « intérêt positif » sont en effet parfois utilisés dans un sens apparenté, mais nettement distinct, pour désigner plutôt le *bénéfice net* attendu de l'exécution du contrat (alors qu'il ne s'agit, comme nous le verrons, que d'un élément du calcul de l'intérêt positif) ou, au contraire, la totalité de la valeur de la *prestation promise* par le débiteur (3926) (ce qui correspond alors au bénéfice de l'exécution forcée et ne peut, dès lors, se cumuler avec la résolution en raison de l'option imposée au créancier par l'article 1184).

D'après la définition proposée, la valeur des restitutions vient donc en déduction du dommage réparable (3927). Cette solution s'explique

(3925) Voy. Hoge Raad, 10 juillet 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, point 3.2.3, avec les conclusions de M. l'avocat général J. SPIER ; Hoge Raad, 24 septembre 2004, ECLI:NL:HR:2004:APP7760, point 4.2, avec les conclusions de M. l'avocat général E.M. WESSELING-VAN GENT ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 711 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 526 ; adde les arrêts de cassation cités *supra*, n° 393.

(3926) Voy. par exemple Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, o.c., pour qui l'intérêt positif « correspond très exactement à l'expression plus familière aux juristes français d'"exécution par équivalent" dont on perçoit tout le sens » (n° 112, p. 165), c'est-à-dire « la valeur de la prestation escomptée par le créancier lésé » (n° 146, p. 210) ou, plus largement « l'équivalent de l'utilité escomptée du contrat » (n° 113, p. 166).

(3927) Voy. sur ce point C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 711 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1030, p. 742 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 192, p. 280. La solution se justifie par le fait que ces restitutions ont la même cause juridique que la réparation du dommage, et doivent donc être prises en considération dans le cadre de cette dernière (voy. *infra*, n° 407). C'est donc à notre sens de manière peu convaincante que l'on a affirmé que « [l]e montant des dommages-intérêts est indépendant des modalités de restitutions et de la date de prise de cours de la résolution » (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 594, p. 909).

par le fait que ces restitutions trouvent leur cause juridique dans la résolution et donc, indirectement, dans le manquement commis par le débiteur. Compte tenu de cette identité de cause avec les dommages-intérêts complémentaires, elles ne sont pas étrangères à la faute commise par le débiteur et doivent, dès lors, être prises en considération par le juge dans l'évaluation du dommage (3928).

Cette solution est confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1985 (3929). Dans cette affaire, les demandeurs avaient cédé aux défenderesses un appartement « Drago 2 N 5 » d'une valeur de 715.000 francs. La convention de cession ayant été résolue aux torts des défenderesses, celles-ci avaient été condamnées à payer aux demandeurs « des dommages-intérêts pour le dommage subi par le fait que l'appartement Drago 2 N 5 n'a pas été remplacé dans leur patrimoine par l'appartement Alborada 3 AC 9, ce fait qui ne s'est pas réalisé étant le but poursuivi par la convention inexécutée ». La cour d'appel paraît bien avoir ainsi accordé aux demandeurs le bénéfice net escompté de la convention. Les demandeurs se pourvurent cependant en cassation en faisant valoir que les dommages-intérêts auraient dû équivaloir à la contre-valeur de l'appartement Drago 2 N 5 « puisque la propriété en a été transférée à la défenderesse ». Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation, après avoir rappelé le caractère rétroactif de la résolution et la possibilité d'accorder des dommages-intérêts complémentaires à celle-ci, décide que, « puisque en raison de la résolution ex tunc du contrat de vente du 14 novembre 1974, la propriété de "l'appartement Drago 2 N 5 ayant été échangé moyennant 715.000 francs" par les demandeurs est considérée en droit n'être jamais passée dans le patrimoine des défenderesses, le moyen ne peut être accueilli ». En d'autres termes, les demandeurs s'étaient certes appauvris de la valeur de l'appartement Drago 2 N 5 en le cédant aux défenderesses, mais ce dommage vanté par les demandeurs avait déjà été effacé par l'effet rétroactif de la résolution, de sorte qu'ils ne pouvaient plus en demander réparation une seconde fois par l'allocation de dommages-intérêts.

402. Formule de calcul de l'intérêt positif. En partant de cette définition de l'intérêt positif (IP) – c'est-à-dire, pour rappel, le montant des dommages-intérêts que le créancier peut obtenir en complément de la résolution (3930) –, il est possible d'établir qu'il équivaut, en règle, à la somme 1^o du bénéfice net (BN), tant

(3928) Sur ce critère de l'identité de la cause, voy. *infra*, n° 407.

(3929) Cass., 13 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, n° 259.

(3930) Voy. *supra*, n°s 393 et s.

intrinsèque qu'extrinsèque, attendu par le créancier du fait de la conclusion du contrat et 2° de l'intérêt négatif (IN) (3931). Si le bénéfice net présente un solde négatif (hypothèse du *bad bargain*), il doit alors venir en déduction de l'intérêt négatif.

En d'autres termes, il s'agit de démontrer que $IP = BN + IN$.

Précisions tout d'abord que la notion de bénéfice « attendu » par le créancier ne doit pas être entendue dans un sens trop subjectif. S'agissant de déterminer l'étendue du dommage réparable au regard des règles de la responsabilité civile, il convient en effet de prendre en considération l'ensemble des conséquences qui se trouvent en lien causal avec l'exécution correcte du contrat (3932). De même, l'intérêt négatif ne comprend pas seulement les pertes envisagées par le créancier mais, plus largement, toutes les pertes en lien causal avec la conclusion du contrat. Par souci d'alléger le langage, nous continuerons cependant à parler de bénéfice « attendu » ou « escompté » par le créancier, ce qui représente le *quod plerumque fit*.

Pour les besoins de la démonstration, nous désignerons par PC la valeur des prestations dues par le créancier en vertu du contrat (hors frais payés à des tiers), PD la valeur des prestations dues par le débiteur en vertu du contrat (hors frais payés à des tiers), FC les frais effectivement exposés par le créancier tant pour la conclusion que pour l'exécution du contrat, PE la valeur des préjudices extrinsèques subis par le créancier et BE le bénéfice extrinsèque espéré par ce même créancier de l'exécution du contrat.

On désignera encore par la lettre R la situation patrimoniale du créancier après les restitutions (mais avant l'octroi des dommages-intérêts), c'est-à-dire la somme des prestations qu'il n'aurait pas encore effectuées avant la résolution du contrat (puisque elles sont demeurées dans son patrimoine sans même devoir être restituées) et du montant des restitutions effectivement reçues.

Nous définirons ensuite le dommage de restitution (DR) comme l'écart entre la prestation à laquelle le créancier était contractuellement tenu et sa situation patrimoniale après les restitutions. Concrètement, un dommage de restitution sera subi lorsque la chose restituée au créancier a perdu de la valeur depuis le moment où elle a été remise par le créancier au débiteur (voire même a entièrement péri), ou encore lorsque le créancier de la restitution sera tenu de verser une indemnité au débiteur dans le cadre des restitutions (indemnité

(3931) On rappellera que l'intérêt négatif est ici entendu au sens strict, à l'exclusion des occasions manquées (voy. *supra*, n° 401).

(3932) Pour une application, voy. *infra*, n° 450.

d'occupation, etc.) (3933). D'après cette définition, $DR = PC - R$ ou, si l'on préfère, $R = PC - DR$.

Par ailleurs, si l'on définit le bénéfice intrinsèque (BI) comme la différence entre ce que le débiteur était contractuellement tenu de fournir au créancier et les dépenses (prestations et frais) que celui-ci aurait dû exposer pour obtenir cette prestation, alors $BI = PD - (PC + FC) = PD - PC - FC$.

Ensemble, le bénéfice intrinsèque (BI) et le bénéfice extrinsèque (BE) constituent le bénéfice net (BN) que le créancier devait retirer de l'opération : $BN = BI + BE$.

Enfin, on a défini ci-avant l'intérêt négatif s.s. (IN) comme la réparation des frais exposés par le créancier, de son dommage de restitution et de ses pertes extrinsèques. En d'autres termes, $IN = FC + DR + PE$.

Nous pouvons maintenant en venir à la démonstration proprement dite.

Nous avons défini l'intérêt positif (IP) comme la différence entre la situation où le créancier se serait trouvé si le contrat avait été correctement exécuté et celle où il se trouve à la suite des restitutions. Le premier terme de cette formule vise l'obtention de la prestation promise par le débiteur (PD), à laquelle il faut ajouter les bénéfices extrinsèques attendus du contrat (BE). Quant au second terme, il est constitué de la situation patrimoniale du créancier ensuite des restitutions (R), diminuée des pertes extrinsèques subies (PE). On peut donc poser que :

$$\begin{aligned}
 IP &= (PD + BE) - (R - PE) \\
 &= (PD + BE) - (PC - DR) + PE \\
 &= PD + BE - PC + DR + PE + (FC - FC) \\
 &= (PD - PC - FC) + BE + (FC + DR + PE) \\
 &= BI + BE + IN \\
 &= BN + IN \text{ (3934)}
 \end{aligned}$$

(3933) Voy. *supra*, n° 399, IV.

(3934) Cette démonstration prend pour base les développements de T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1040, pp. 751 et s., qui s'appuie à son tour sur les travaux de Fuller et Perdue. Cet auteur raisonne sur la base de quatre paramètres : l'intérêt négatif, qui inclut le droit aux restitutions (équivalent pour nous de $FC + R$) ; l'intérêt brut d'exécution, qu'il nomme IP (équivalent pour nous de PD) ; l'intérêt net d'exécution, qu'il nomme INE (équivalent pour nous de BI) ; et l'intérêt médian d'exécution, qu'il nomme IM (équivalent pour nous de IP). À cet égard, l'auteur considère que « l'intérêt négatif est dans son ensemble cumulable avec "l'intérêt net d'exécution", ce qui fait que de façon générale, les juges peuvent ou indemniser le créancier de la totalité de "l'intérêt brut d'exécution" sans rien accorder au titre de l'intérêt négatif ou l'indemniser de l'essentiel de l'intérêt négatif et

L'intérêt positif, à savoir le montant des dommages-intérêts que le créancier peut obtenir en complément de la résolution, est donc bien égal à la somme du bénéfice net escompté et de l'intérêt négatif (hors occasions manquées). On rejoint ainsi le prescrit de l'article 1149 du Code civil, qui permet d'indemniser aussi bien la perte subie par le créancier (IN) que son manque à gagner (BN).

403. Suite – Confirmation apportée par le droit comparé et le droit international. On observera que ces résultats sont confortés par l'examen du droit comparé et du droit international.

Ainsi, s'agissant de la prémisse de départ, on relèvera qu'**en droit allemand**, les dommages-intérêts complémentaires à la résolution sont normalement calculés sur la base de la *Differenztheorie*, conformément à laquelle le dommage réparable est égal à la différence entre la valeur de la prestation promise par le débiteur et celle de la prestation que le créancier est libéré de fournir par l'effet de la résolution (3935) ($IP = PD - PC$). Si l'on se souvient que $R = PC - DR$, on a donc bien $IP = PD - R$ dans la situation la plus simple où $DR = PE = BE = 0$. Par ailleurs, dans le cas où le créancier subit un dommage de restitution ($DR > 0$), la doctrine paraît fixée en ce sens que celui-ci doit venir en

de "l'intérêt net d'exécution" [...]. À chaque fois le résultat est le même, qui est atteint par deux voies différentes – ce qui est parfaitement logique, puisque, par définition, "l'intérêt net d'exécution" (INE) n'est que l'intérêt brut d'exécution (l'intérêt positif, IP) dont on déduit la valeur de l'intérêt négatif (IN) ». Ces propositions se traduisent dans les formules suivantes : $IP = INE + IN$, donc $IP - IN = INE$. Allant plus loin, l'auteur « désignera donc comme "intérêt médian d'exécution", la différence entre "l'intérêt brut d'exécution" et la valeur de la prestation restituée au créancier (le "restitution interest"). La différence entre "l'intérêt médian d'exécution" et "l'intérêt net d'exécution" tient par conséquent à ces dépenses exposées par le créancier qui sont extérieures à la prestation qu'il avait fournie au débiteur (frais d'installation, frais de transport, frais d'exploitation...). On comprend donc très bien que la résolution, en toute logique, est compatible aussi bien avec "l'intérêt médian d'exécution" qu'avec "l'intérêt net d'exécution". La seule chose avec laquelle elle est incompatible est "l'intérêt brut d'exécution" ». À cet égard, l'auteur pose $IM = IP - R$, et en déduit que $IM = INE + IN - R$; or, $IN - R$ « correspond aux dépenses extérieures à la prestation exposées par le créancier ».

Nous avons tenté d'aller au-delà de ces résultats de deux manières. D'une part, nous avons voulu simplifier la terminologie, les expressions « intérêt brut d'exécution », « intérêt net d'exécution » et « intérêt médian d'exécution » nous paraissant difficiles à saisir. Plutôt que de distinguer trois formes d'intérêt positif, il nous paraît préférable de ne retenir que l'intérêt médian d'exécution, qui représente le dommage le plus étendu dont le créancier peut demander réparation en cas de résolution. D'autre part, nous nous sommes efforcé d'intégrer dans les formules dégagées par cet auteur d'autres paramètres. En effet, les formules proposées ne tenaient pas compte du bénéfice extrinsèque (BE) ni des pertes extrinsèques (PE). Enfin, elles présupposent que le créancier s'est entièrement exécuté et que la chose restituée n'a pas perdu de valeur, de sorte que $PC = R$ et que DR est nul, ce qui ne se vérifiera pas toujours en pratique.

(3935) Voy. W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 325, n° 6.

déduction de la valeur de la prestation du créancier (3936). Ceci donne $IP = PD - (PC - DR)$, donc à nouveau $IP = PD - R$, formule qui a servi de point de départ à notre démonstration (3937).

Par ailleurs, dans le cadre de la CVIM, où les dommages-intérêts tendent également à la réparation de l'intérêt positif, on considère que sont ainsi concrètement visés l'avantage que le créancier aurait obtenu en cas d'exécution correcte du contrat (*Erfüllungsinteresse* ou *expectancy interest*, équivalent de BI + BE), la réparation du dommage causé aux autres biens du créancier (*Integritätsinteresse* ou *indemnity interest*, équivalent de PE) et même les dépenses devenues inutiles du fait de l'inexécution du contrat (*Vertrauensinteresse* ou *reliance interest*, équivalent de FC) (3938). Enfin, si l'acheteur manque à l'obligation de restitution qui lui incombe en vertu de la résolution du contrat, il peut également être condamné à des dommages-intérêts (équivalent de DR) (3939). Au total, on a donc $IP = (BI + BE) + (FC + DR + PE) = BN + IN$, de sorte la formule que nous avons proposée pour le calcul des dommages-intérêts après résolution en droit belge apparaît également applicable dans le cadre de la CVIM (3940).

404. Rapports entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif.

Ces développements mathématiques, que d'aucuns jugeront sans doute abscons, nous auront permis d'apporter une réfutation théorique à l'opinion selon laquelle les frais exposés et autres pertes subies par le créancier ne seraient jamais indemnisables au titre

(3936) Voy. W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 325, n° 10.

(3937) Nous laissons délibérément de côté la question des bénéfiques et des pertes extrinsèques. Le droit belge fait en effet figure d'exception en permettant la réparation de toutes les suites de l'inexécution à la seule condition, en pratique vide de sens, qu'elles soient prévisibles dans leur principe (voy. à ce propos *supra*, n° 385). En droit allemand, au contraire, la réparation des suites éloignées de l'inexécution ne peut être admise que dans les limites de la théorie de la causalité adéquate (voy. not. à ce propos D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, o.c.*, n° 638, p. 311).

(3938) Voy. OGH, 14 janvier 2002, 7Ob301/01t (décision de la Cour suprême d'Autriche) ; U. MAGNUS, « Art. 74 CISG », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, o.c.*, n°s 20 et s., pp. 725 et s.

(3939) Voy. R. HORNUNG et C. FOUNTOLAKIS, « Art. 81 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht o.c.*, n° 13, p. 932 ; U. MAGNUS, « Art. 81 CISG », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, o.c.*, n° 16, p. 804.

(3940) Sous réserve de la condition de prévisibilité du dommage, qui reçoit dans la CVIM une portée différente qu'en droit belge. Voy. à cet égard U. MAGNUS, « Art. 74 CISG », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, o.c.*, n°s 31 et s., pp. 727 et s. ; H. SCHÖHNLE et T. KOLLER, « Art. 74 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht, o.c.*, n°s 24 et s., pp. 1008 et s. ; I. SCHWENZER, « Art. 74 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, o.c.*, n°s 45 et s., pp. 855 et s. ; et comp., à propos de l'article 1150 du Code civil, *supra*, n° 385.

de l'intérêt positif (3941). Ils ne sont en outre pas dénués de toute conséquence pratique.

Ainsi, toutes les fois où l'opération conclue par le créancier lui est favorable ou à tout le moins neutre sur le plan économique – ce qui sera normalement le cas, à défaut de quoi il ne l'aurait sans doute pas conclue –, alors son intérêt positif sera *au minimum* égal à son intérêt négatif.

Pour reprendre la formule dégagée ci-avant, si $IP = BN + IN$ et si $BN \geq 0$, alors $IP \geq IN$.

Ce constat nous permet de proposer une relecture des articles 1630, 4°, et 1645 du Code civil. Sachant, en effet, que ces dispositions ne constituent historiquement qu'une application du principe selon lequel le créancier victime de l'inexécution du contrat peut demander la réparation du dommage subi (3942), et si l'on admet que cette réparation doit tendre, même en cas de résolution du contrat, à la compensation de l'intérêt positif (3943), alors ces dispositions, loin de contredire cet objectif, ne font que le confirmer.

En effet, le législateur (et Pothier dont il s'est inspiré) s'est concentré sur le poste du préjudice le plus évident, à savoir les frais exposés par l'acheteur, qui correspondent à l'intérêt négatif ; et, effectivement, pour peu que le bénéfice escompté par l'acheteur ait été au moins égal à zéro, il pourra réclamer entièrement le remboursement de ce poste. Mais la loi n'a pas voulu, ce faisant, exclure l'indemnisation du bénéfice net manqué, pour autant qu'il puisse être établi (3944).

405. Suite – Présomption que l'intérêt positif équivaut au minimum à l'intérêt négatif. Il est même possible d'aller plus loin. Si l'on accepte, en effet, de *présumer* que l'opération conclue était normalement rentable pour le créancier ou devait, au minimum, s'avérer neutre pour celui-ci (3945), alors il pourra toujours réclamer après la résolution des dommages-intérêts égaux,

(3941) Sur cette opinion, voy. *supra*, n° 399, I.

(3942) Telle était historiquement la conception du législateur, à tout le moins en ce qui concerne le dommage intrinsèque : voy. *supra*, n° 385.

(3943) Voy. *supra*, n°s 393 et s.

(3944) Dans le même sens, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIV, *o.c.*, n° 294.

(3945) Compte tenu notamment du bénéfice extrinsèque espéré.

à tout le moins, aux frais et aux pertes subies du fait du contrat, c'est-à-dire à l'intérêt négatif s.s. On parviendrait ainsi à éviter les difficultés souvent rencontrées dans la preuve de l'étendue de l'intérêt positif (3946).

Une telle présomption de rentabilité (*Rentabilitätsvermutung*) est admise **en droit allemand**, où elle permet au créancier de faire valoir à titre de dommage minimal (*Mindestschaden*) les dépenses qu'il a effectuées pour la conclusion et l'exécution du contrat et dont l'inexécution du débiteur l'a frustré (3947). Il s'agit toutefois d'une présomption nuancée. D'une part, elle peut toujours être renversée par le débiteur (3948). D'autre part, elle repose sur une présomption d'équivalence de la valeur des prestations au sein d'un contrat synallagmatique. Elle permet donc de présumer que les frais inhérents à l'exécution du contrat seront compensés par la prestation du débiteur, et doivent donc être indemnisés par celui-ci. En revanche, on ne peut aller jusqu'à supposer que les participants au circuit économique agissent de manière rentable et que les dépenses effectuées par le créancier pour les opérations subséquentes seront compensées par les résultats de ces opérations (3949). En d'autres termes, le Bundesgerichtshof opère une distinction qui correspond approximativement à celle élaborée par Pothier entre pertes intrinsèques et les pertes extrinsèques, seule l'indemnisation des premières pouvant être réclamée sans devoir prouver que la contrepartie promise par le débiteur aurait suffi à les compenser.

Il peut paraître délicat de transposer une telle présomption en droit belge, celle-ci impliquant en effet à première vue une dérogation aux principes légaux relatifs à la charge de la preuve contenus aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire. On notera toutefois que l'introduction de présomptions *juris tantum* d'origine prétorienne n'est pas un phénomène totalement inconnu dans notre

(3946) Voy. à ce propos *supra*, n° 391.

(3947) Voy. BGH, 12 mars 2009, VII ZR 26/06, point 19 ; BGH, 13 juin 2006, X ZR 167/04, point 16 ; BGH, 31 mars 2006, V ZR 51/05, point 24 ; BGH, 22 octobre 1999, *BGHZ*, vol. 143, p. 41, point III, 1 ; V. EMMERICH, « Vorb. § 281 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5e éd., München, C.H. Beck, 2007, n° 38.

(3948) BGH, 13 juin 2006, X ZR 167/04, point 16 ; BGH, 22 octobre 1999, *BGHZ*, vol. 143, p. 41, point III, 1. On notera que, depuis la réforme du droit des obligations de 2002, le créancier peut également réclamer le remboursement des pertes subies sur la base du § 284 du BGB, auquel cas le débiteur ne peut renverser la présomption de rentabilité, mais le créancier ne peut de son côté réclamer en outre le bénéfice net manqué (V. EMMERICH, « Vorb. § 281 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, o.c., n° 39 ; voy. également BGH, 20 juillet 2005, VIII ZR 275/04, point II, 1, d)).

(3949) Voy. BGH, 13 juin 2006, X ZR 167/04, point 16.

droit (3950). À cet égard, la possibilité de réclamer le remboursement de l'intérêt négatif s.s. en présumant la rentabilité du contrat pour le créancier ne pourrait-elle se fonder sur une application analogique des articles 1630, 4°, et 1645 du Code civil à toutes les actions en résolution, ainsi que sur la présomption d'équivalence des prestations prévue à l'article 1104 ? Pour ceux qui hésiteraient à s'engager dans cette voie, la présomption de rentabilité pourrait, à tout le moins, être retenue à titre de présomption de l'homme, abandonnée par l'article 1353 à la prudence des magistrats. On sait, à cet égard, qu'en pratique, la distinction entre une véritable présomption *juris tantum* et une simple présomption de l'homme s'avère parfois ténue (3951).

On ajoutera enfin que l'admission d'une telle présomption de rentabilité nous paraît préférable à la reconnaissance au créancier d'un droit d'option entre la réparation de l'intérêt positif et celle de l'intérêt négatif (3952). En effet, outre qu'une telle option ne nous paraît trouver aucun fondement en droit positif belge, elle permettrait en pratique au créancier de réclamer la réparation de l'intérêt négatif dans le cas où celui-ci excède l'intérêt positif. Or, nous avons vu qu'un tel système permettrait ainsi au créancier de tirer prétexte de l'inexécution de son débiteur pour lui faire supporter la charge d'une mauvaise affaire (*bad bargain*) et, ainsi, de se trouver dans une situation *plus favorable* que si le contrat avait été correctement exécuté par le débiteur. Il s'agirait donc d'infliger une véritable *peine privée* au débiteur en l'absence de toute volonté claire du législateur en ce sens, ce qui ne nous paraît guère admissible eu égard au principe de légalité des délits et des peines (3953).

406. Cas particulier – Frais de remplacement. Parmi les postes du dommage pouvant entrer en considération dans la réparation de l'intérêt positif, les *frais de remplacement* méritent une attention particulière. Ces termes sont toutefois ambigus et doivent dès lors être précisés.

I. L'expression peut, tout d'abord, désigner les dépens et autres dommages-intérêts visés aux articles 1143 et 1144 du Code civil.

(3950) On pense ainsi à la reconnaissance des obligations de résultat en matière contractuelle ainsi que, en matière quasidélictuelle, à la règle selon laquelle la méconnaissance d'une obligation légale déterminée fait présumer la faute, sauf cause de justification (voy. à ce propos *supra*, n° 342).

(3951) Comp. ainsi, à propos de l'autorité de la chose jugée, *supra*, n° 293, II, A.

(3952) En faveur d'une telle option, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 1063, p. 770.

(3953) Voy. *supra*, n° 392.

On sait, en effet, qu'en cas d'inexécution du débiteur, le créancier a le droit d'obtenir le *remplacement* – en principe, moyennant une autorisation judiciaire préalable –, c'est-à-dire que la prestation promise soit effectuée par un tiers aux frais du débiteur.

La doctrine contemporaine considère à juste titre que cette sanction particulière constitue une forme d'exécution forcée en nature et que, en raison de l'option imposée par l'article 1184, elle est, dès lors, incompatible avec la résolution (3954). Parmi les différences marquantes entre ces deux institutions, on relèvera que le remplacement n'est pas limité aux contrats synallagmatiques, qu'il ne requiert pas de manquement grave justifiant la résolution et qu'il laisse, en principe, subsister le contrat.

II. Le remplacement peut toutefois également se rencontrer, dans un sens non technique, en cas de résolution du contrat. Il n'est pas rare, en effet, que le créancier tente de limiter le préjudice que lui cause l'inexécution du débiteur en concluant une seconde opération avec un tiers poursuivant une fin analogue au contrat résolu. En ce cas, on entend par frais de remplacement le coût représenté pour le créancier par la différence entre le prix de l'opération de substitution et celui de l'opération initiale.

Ainsi entendus, les frais de remplacement constituent une manière pour le créancier de *prouver l'étendue du dommage* que la résolution lui a causé (3955).

Supposons par exemple que A vende à B des marchandises pour un prix de 100. Après avoir obtenu la résolution de la vente aux torts de B qui est resté en défaut de payer le prix, A revend les marchandises à C mais ne parvient plus à en obtenir que 90. Les frais de remplacement, qui s'élèvent à 10 ($100 - 90 = 10$), peuvent s'expliquer deux manières. Si l'on peut établir qu'au moment où la première vente a été conclue, les marchandises valaient objectivement 90, alors cette opération aurait représenté un bénéfice net de 10 pour le créancier et la résolution lui a causé un manque à gagner. Si l'on suppose au contraire que lors de la première vente, les marchandises valaient objectivement 100, alors la deuxième vente au prix de 90 peut s'expliquer par une chute du cours

(3954) Pour un examen détaillé de cette question, voy. S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 249 et s., pp. 344 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 556, pp. 834 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^{os} 518 et s., pp. 495 et s.

(3955) Voy. dans le même sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^o 1047, p. 757.

de la marchandise survenue depuis lors. Le créancier a donc encouru dans ce cas une perte de 10 qui ne se serait pas produite si le contrat avait été correctement exécuté. Dans l'un et l'autre cas, pour autant qu'il soit établi qu'au moment de la seconde vente la marchandise ne vaut que 90, le créancier peut donc obtenir l'indemnisation de ces « frais de remplacement » au titre de l'intérêt positif.

On trouve confirmation de ce raisonnement à l'article 75 de la **CVIM**. On sait, en effet, que l'article 74 de la Convention prévoit l'octroi de dommages-intérêts tendant à la réparation de l'intérêt positif même en cas de résolution (3956). L'article 75 concrétise ce principe dans les termes suivants :

« Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74 » (3957).

Puisqu'il ne s'agit pas d'un véritable remplacement au sens des articles 1143 et 1144 du Code civil mais seulement d'un mode d'évaluation du dommage, il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'opération de substitution ait été effectivement conclue. Ainsi, l'article 76 de la CVIM autorise le créancier à calculer son dommage sur la base du prix courant des marchandises (au moment de leur prise de possession par le créancier ou, à défaut, au moment de la résolution) lorsqu'aucune opération de substitution n'a été conclue (3958).

On gardera cependant à l'esprit qu'en l'absence en droit belge de disposition équivalente aux articles 74 à 76 de la CVIM, la différence entre le prix stipulé dans le contrat résolu, d'une part, et celui de l'opération de substitution ou le prix du marché, d'autre part, ne constitue qu'une *présomption de l'homme* de l'existence d'un dommage, qui demeure soumise à l'appréciation des tribunaux.

(3956) Voy. *supra*, n° 394.

(3957) Voy. également l'article 7:37 du **NBW** ; l'article 164 de la proposition de **DCEV** ; l'article 7.4.5 des **Principes d'Unidroit 2010**.

(3958) Voy. également l'article 7:36 du **NBW** et, pour une application, Hoge Raad, 24 septembre 2004, ECLI:NL:HR:2004:APP7760, point 4.3, avec les conclusions de M. l'avocat général E.M. WESSELING-VAN GENT ; l'article 165 de la proposition de **DCEV** ; l'article 7.4.6 des **Principes d'Unidroit 2010**.

Ainsi, dans une affaire tranchée par un arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 2011, le demandeur en cassation avait obtenu la résolution d'une cession d'actions pour un prix de 300.000 EUR et n'était parvenu à revendre ensuite les titres que pour un prix de 175.000 EUR. Le juge du fond avait cependant écarté l'existence de tout dommage aux motifs que le demandeur était libre de revendre les actions au prix de son choix et qu'il n'était pas tenu d'accepter l'offre de 175.000 EUR. Interprétant soupagement ces motifs, la Cour de cassation, après avoir rappelé que la charge de la preuve du dommage incombe à celui qui en demande la réparation, considère que « [l]e juge d'appel, qui fait ainsi savoir qu'il n'est pas prouvé que la valeur des actions, dont le demandeur disposait à nouveau ensuite de la résolution du contrat de vente, était inférieure au prix négocié avec la défenderesse dans le cadre du contrat résolu, a légalement justifié sa décision de ne pas attribuer en tant qu'indemnité complémentaire la différence de prix résultant de la seconde vente et n'a pas violé l'article 149 de la Constitution » (3959). Par conséquent, pour établir son dommage, le demandeur aurait dû prouver que l'opération résolue constituait pour lui une bonne affaire (c'est-à-dire une cession conclue à un prix supérieur à la valeur objective des actions) ou, à tout le moins, qu'il était impossible de conclure une opération de substitution aux mêmes conditions (en raison par exemple de l'évolution défavorable de la valeur des actions survenue dans l'intervalle).

Par ailleurs, les frais de remplacement devront toujours être minutieusement analysés sous l'angle du *lien causal* avant d'être indemnisés. C'est ainsi, par exemple, qu'en cas d'achat d'un véhicule de remplacement, l'acheteur pourra réclamer au vendeur les frais d'immatriculation du nouveau véhicule, qu'il est amené à payer une seconde fois en raison des vices du premier véhicule, mais non les frais d'assurance ou la taxe de circulation, puisque ces derniers frais auraient également été dus si le premier véhicule avait été livré sans vice (3960).

On observera enfin que l'opération de substitution qui génère les frais de remplacement ne consiste pas nécessairement en l'achat ou en la revente d'une chose par la victime de l'inexécution. Ainsi, par exemple, lorsque le vendeur livre une chose viciée à l'acheteur, celui-ci subit un *trouble de jouissance* qu'il peut chercher à réparer en concluant un contrat de bail (par exemple, la location d'une

(3959) Cass., 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 544, *R.P.S.*, 2011, p. 444, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE et la note de D. LECLERCQ (nous soulignons).

(3960) Voy. BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, points 33 et 34.

voiture de remplacement). Un tel trouble constitue un manque à gagner au sens où nous l'avons défini, puisque l'usage de la chose représentait un bénéfice escompté de la conclusion du contrat de vente (3961). Il est dès lors également indemnisable au titre de l'intérêt positif (3962).

III. Cette problématique des opérations de substitution conclues par le créancier nous conduit cependant à une nouvelle difficulté. Que se passe-t-il, en effet, si l'opération de substitution effectivement conclue est suffisamment avantageuse pour accorder au créancier tout ou partie du bénéfice escompté de l'opération résolue ?

Supposons ainsi que A vende à B pour un prix de 100 des marchandises acquises par A à un prix courant de 90 et que, après résolution de la vente aux torts de B, A parvienne néanmoins à revendre les marchandises à C pour un prix de 100. B peut-il se prévaloir du bénéfice de 10 réalisé par A sur la seconde vente pour refuser d'indemniser A du bénéfice net de 10 que devait lui rapporter la vente résolue ?

407. Cas particulier – Prise en compte des avantages perçus par le créancier – Principes. Cette dernière question renvoie en réalité à celle, plus large, de la prise en considération des avantages perçus par le créancier qui trouvent leur cause dans l'inexécution du débiteur, mieux connue en néerlandais sous le nom de doctrine de l'imputation des avantages (*voordeelstoerekening*).

À cet égard, on sait que notre Cour de cassation décide, de manière générale, que pour évaluer le dommage, le juge doit normalement se placer à la date à laquelle il statue ; toutefois, il ne peut tenir compte d'événements postérieurs à la faute qui sont étrangers à la fois à cette faute et à ce dommage (3963).

(3961) Voy. *supra*, n° 402.

(3962) BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, points 25 et s. ; BGH, 28 novembre 2007, VIII ZR 16/07, point 8. Dans cette dernière affaire, le remboursement des frais de location d'une voiture de remplacement est cependant écarté, parce qu'ils ont été exposés après que l'acheteur a causé un accident au véhicule et renoncé à le réparer : même si le vendeur n'avait pas manqué à ses obligations, le trouble de jouissance se serait donc également produit de la même manière, de sorte qu'il ne se trouve pas en lien causal avec la faute commise par le vendeur (point 14).

(3963) Voy. D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, o.c., pp. 43 et s. ; D. SIMOENS, « Latere gebeurtenissen, al dan niet vreemd aan de schade : alternatieven voor de vaste cassatieregel », note sous Cass., 2 mai

Pris littéralement, cet enseignement ne va pas sans susciter des difficultés d'application. Si l'on envisage par exemple le cas classique où la faute de l'auteur cause le décès d'une personne et où la veuve se remarie ensuite, il paraît délicat d'affirmer que ce remariage soit étranger tant à la faute qu'au dommage. En effet, il n'est pas totalement étranger à la faute, puisque, dans une société où le mariage est monogamique, le remariage n'a été rendu possible que par le décès du premier époux. Par ailleurs, il est permis de douter que ce remariage (en ce compris le soutien financier apporté par le nouvel époux) soit totalement étranger au dommage, dans la mesure où la veuve se plaint précisément de la perte de revenus causée par le décès de son premier époux. Pourtant, la Cour de cassation décide de manière constante que l'auteur de la faute ne peut tirer profit du remariage de la veuve pour limiter l'étendue de son obligation de réparation (3964).

Il faut donc s'efforcer de préciser la règle applicable. À cet égard, il semble que, pour apprécier l'incidence des sommes perçues par la victime après la faute, on puisse se référer à un autre courant jurisprudentiel bien établi décidant qu'en l'absence de disposition légale réglant la question (3965), la victime ne peut cumuler les dommages-intérêts dus par l'auteur de la faute avec l'indemnité versée par un tiers – ou, en d'autres termes, que le juge ne peut tenir compte de cet événement postérieur à la faute que constitue le versement de cette indemnité – qu'à la condition que cette indemnité ait à *la fois* une cause et un objet différents de l'obligation de réparation (3966).

La règle générale se trouve de la sorte précisée. Elle nous paraît dès lors pouvoir s'énoncer ainsi : dans la fixation du montant des dommages-intérêts, le juge ne peut tenir compte des versements de sommes d'argent à la victime intervenus après la date de la faute qui sont à *la fois* étrangers à la faute, en ce sens qu'ils ont

2001, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 46 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n^{os} 1125 et s., pp. 1608 et s. ; pour une application, Cass., 23 avril 2012, *Pas.*, 2012, n^o 247, *A.C.*, 2012, n^o 247, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER.

(3964) Voy. à ce propos D. SIMOENS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, n^{os} 10 et s., pp. 48 et s., et références citées.

(3965) Comme c'est notamment le cas dans le domaine des soins de santé ou des accidents de travail.

(3966) Sur cette jurisprudence, voy. les lumineuses conclusions de M. l'avocat général délégué P. DE KOSTER avant Cass., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, n^o 228, p. 903 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n^{os} 1086 et s., pp. 1545 et s.

une autre cause que celle-ci, et au dommage, en ce sens qu'ils ont un autre objet que la réparation de celui-ci. Réciproquement, le juge doit tenir compte dans l'évaluation du dommage de la réparation déjà intervenue par le fait de versements effectués par des tiers qui *soit* ne sont pas étrangers à la faute, et trouvent donc leur cause dans celle-ci, *soit* ne sont pas étrangers au dommage, et ont donc pour objet de réparer celui-ci.

La jurisprudence récente de la Cour de cassation nous paraît confirmer cette interprétation. Ainsi, faisant le lien entre les deux règles, la Cour commence par rappeler que « [p]our évaluer le dommage, le juge ne peut tenir compte d'événements postérieurs à la faute et étrangers à cette faute et au dommage, susceptibles d'améliorer ou d'aggraver la situation de la personne lésée » avant de décider que tel est bien le cas d'une nouvelle relation nouée après le sinistre par la veuve de la victime décédée. En effet, l'amélioration de la situation de la veuve du fait des revenus du nouveau partenaire « est uniquement la conséquence de sa nouvelle relation et non de l'infraction mise à charge du responsable » ; en d'autres termes, elle ne trouve pas sa *cause* dans cette infraction (3967). D'autre part, « [l]a contribution du nouveau partenaire à l'entretien de la veuve ne tend pas à indemniser le dommage qu'elle subit en raison de ladite infraction » ; en d'autres termes, elle n'a pas le même *objet* (3968).

C'est cette même différence d'objet et de cause qui justifie qu'aient été considérés comme étrangers à la faute et au dommage le remariage de la veuve (3969), le bénéfice d'une pension de survie (3970), l'application d'un régime fiscal plus favorable à la suite du décès de l'épouse (3971) ou l'octroi d'allocations familiales majorées pour orphelins (3972). De manière générale, il en va de même des revenus de remplacement dans la mesure où ils sont dépourvus de caractère indemnitaire ou, à tout le moins, ne visent pas à réparer le même dommage que celui causé par la faute (3973). Inversement, le fait pour

(3967) On observera que le mot « cause » est ici entendu dans un sens plus étroit que dans le cadre de la théorie de l'équivalence des conditions (comp. *supra*, n° 344).

(3968) Voy. Cass., 15 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 132.

(3969) Voy. à ce propos D. SIMOENS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, nos 10 et s., pp. 48 et s., et références citées.

(3970) Cass., 15 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 133 ; Cass., 4 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 383 ; Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 156 ; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 386 ; Cass., 21 janvier 1998, *Pas.*, 1998, n° 38 ; voy. également, pour déterminer l'étendue de la subrogation, Cass., 3 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 443.

(3971) Cass., 8 février 1999, *Pas.*, 1999, n° 671.

(3972) Cass., 22 février 2005, *Pas.*, 2002, n° 106.

(3973) Voy. Cass., 13 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 595 ; Cass., 8 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 502 (décision également intéressante pour la définition de la cause du revenu de

un employé, qui résilie immédiatement le contrat de travail en raison d'un motif grave imputable à l'employeur alors qu'il se trouvait déjà en période de préavis, de trouver un nouvel emploi ne constitue pas un événement postérieur étranger au dommage (3974) ; en effet, on peut considérer que les avantages conférés par ce nouvel emploi avaient le même objet que les dommages-intérêts réclamés, à savoir compenser l'absence de rémunération jusqu'à la fin de la période de préavis.

Plus difficile à analyser est la jurisprudence relative au cas où le dommage est atténué par des prestations bénévoles, soit de la victime – qui consent alors des efforts accrus –, soit d'un tiers. En pure logique, il faudrait normalement constater, dans les deux cas, que cette prestation a bien pour objet de réparer le même dommage que l'indemnité due par l'auteur de la faute, et devrait donc venir en déduction de celle-ci. Telle n'est toutefois pas la solution consacrée par la Cour de cassation. S'agissant de la victime (3975), on pourrait être tenté de justifier cette jurisprudence par l'idée qu'une demande d'indemnisation des efforts accrus qu'elle a dû consentir pour conserver (une partie de) ses revenus n'a pas le même objet que les revenus qui lui sont ainsi versés (3976). S'agissant du tiers, la Cour a considéré que celui-ci pouvait à certaines conditions agir en réparation contre l'auteur de la faute (3977), ce qui implique logiquement que la valeur de sa prestation bénévole vienne en déduction du dommage de la victime, à peine de condamner l'auteur à indemniser deux fois le même dommage (3978) ; mais, dans un cas où le tiers bénévole n'avait introduit aucune demande d'indemnisation à l'encontre de l'auteur, elle a d'autre part décidé que le tiers ne pouvait pas prétendre réduire le dommage de la victime en arguant de l'aide bénévole dont elle avait bénéficié (3979). En réalité, ces solutions particulières, qui ne reposent

remplacement) ; Cass., 19 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 202, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué DE KOSTER ; Cass., 29 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 609 ; Cass., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 228, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué DE KOSTER ; Cass., 26 juin 2002, *Pas.*, 2002, n° 381.

(3974) Cass., 13 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 93, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général.

(3975) Voy. à ce propos D. SIMOENS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2003, n° 22, p. 50, et références citées.

(3976) Comp. l'explication donnée par M. l'avocat général délégué P. DE KOSTER dans ses conclusions avant Cass., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 228, p. 903 : la victime ne peut demander en tant que telle une indemnité pour la perte de revenus compensés par la reprise du travail, mais biens pour les efforts accrus consentis pour cette reprise, car la rémunération payée par l'employeur et l'indemnité versée pour réparer ces efforts n'ont pas le même objet.

(3977) Voy. Cass., 6 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 600, avec les conclusions de M. le procureur général J. DU JARDIN.

(3978) Voy. en ce sens les conclusions précitées de M. le procureur général J. DU JARDIN, point 12.

(3979) Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 146, *A.C.*, 2009, n° 146, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE.

plus entièrement sur le critère de l'identité d'objet et de cause des prestations, nous paraissent avant tout reposer sur des considérations d'équité.

408. Suite – Application dans le domaine de la résolution. C'est en gardant à l'esprit ce critère de l'identité d'objet et de cause qu'il convient d'aborder les quelques décisions de la Cour de cassation sur la question de la prise en considération de l'avantage retiré par le créancier d'une nouvelle opération conclue après la résolution d'un premier contrat.

I. On peut tout d'abord citer un arrêt du 30 janvier 2004 (3980). Dans cette affaire, le bailleur se plaignait de dégâts locatifs causés par le locataire. Celui-ci se défendait en faisant valoir que le bailleur avait été en mesure de revendre l'immeuble sans que ceux-ci n'aient eu d'incidence négative sur le prix. Séduit par cette défense, le juge du fond avait ordonné un complément d'expertise aux fins d'établir dans quelle mesure les dégâts locatifs avaient eu effectivement une incidence défavorable sur la valeur de revente du bien. Cette décision fut cassée sur pourvoi du bailleur. Après avoir rappelé que « si le juge doit évaluer au moment où il statue le montant de l'indemnité qu'il alloue en raison de dégâts locatifs, il ne peut tenir compte, dans cette évaluation, des événements postérieurs aux manquements du locataire et étrangers à ceux-ci ou (3981) au dommage lui-même, qui auraient amélioré ou aggravé la situation du bailleur », la Cour considère « qu'en décidant de tenir compte de la revente de l'immeuble, événement étranger aux manquements du locataire et au dommage lui-même, pour apprécier celui-ci, le jugement attaqué viole les dispositions légales invoquées en cette branche du moyen » (à savoir les dispositions du Code civil relatives à la responsabilité contractuelle, à la restitution des lieux loués et aux dégâts locatifs) (3982).

(3980) Cass., 30 janvier 2004, *Pas.*, 2004, n° 54, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général DE RIEMAECKER résumées en note (1). On notera que les motifs de l'arrêt ne permettent pas, à eux seuls, de s'assurer que la demande de dommages-intérêts était formée à la suite de la résolution du contrat ; ceci ressort uniquement des mots-clefs de l'arrêt, établis comme on le sait par le ministère public, qui reprennent le terme « résolution ». Cela étant, même si la résolution du bail n'avait pas été prononcée, le raisonnement n'en resterait pas moins identique sous l'angle des dommages-intérêts, puisque nous savons qu'ils tendent dans les deux cas à la réparation de l'intérêt positif (voy. *supra*, n° 393).

(3981) Compte tenu de la jurisprudence de la Cour et de la suite de l'arrêt, cette conjonction de coordination devrait plutôt se lire « et ».

(3982) Comp., en sens contraire, Cass. fr., 18 juillet 2001, n°99-20.084 (deuxième moyen).

La solution n'était sans doute pas évidente, puisque le ministère public concluait au contraire au rejet du grief en considérant que « le juge peut [...] tenir compte des événements ultérieurs qui, bien qu'étrangers à l'acte illicite, exercent une influence sur le dommage qui en résulte » et que « tel était le cas en l'espèce dès lors que le dommage se rapporte à des dégâts locatifs et que la dépréciation éventuelle de l'immeuble suite à ces dégâts exerce une influence sur le dommage ».

Prise au sens strict, la condition que la revente ne soit pas étrangère au dommage apparaît effectivement remplie. Formulée en ces termes, elle apparaît en effet tellement aisée à satisfaire qu'on pourrait même penser que, *par définition*, tout événement favorable postérieur à la faute vient réduire le dommage et, ainsi, influencer son étendue. La même observation a pu être formulée à l'égard du remariage de la veuve, dont le juge ne peut pourtant tenir compte (3983). En réalité, les choses s'éclairent à notre sens si on substitue au critère, difficile à manier, de l'extranéité à la faute et au dommage, celui de la cause et de l'objet du versement perçu par la victime. Ainsi, la revente de l'immeuble n'a ni pour cause (juridique) (3984) le manquement commis par le locataire, ni pour objet de réparer le dommage subi par le bailleur. C'est pour cela que le juge n'est pas autorisé à en tenir compte.

II. On trouve confirmation de ce critère dans un arrêt du 2 février 1996 (3985). La faute d'un médecin entraîne la mort d'un agriculteur. Sur l'action de la veuve, le juge du fond lui accorde la réparation de son préjudice économique consistant dans « la privation de la partie des bénéfices de l'exploitation agricole résultant de l'activité professionnelle propre de son mari décédé », mais refuse de tenir compte de la cession de l'exploitation agricole par la veuve au motif que « cet événement survenu entre le moment de la réalisation du dommage et celui où la cour d'appel apprécie le montant de ce dommage, est étranger à la faute et au dommage » que doit réparer le médecin. La Cour de cassation estime que le juge du fond a, ce faisant, légalement justifié sa décision. À nouveau, on peut s'étonner que la Cour ait considéré que la cession de l'exploitation ait été étrangère au dommage consistant précisément en la perte des bénéfices de cette exploitation ; mais cette décision se comprend mieux si l'on garde à l'esprit que cette

(3983) Voy. *supra*, n° 407.

(3984) Il peut s'agir d'une prémisses économique ou psychologique, mais non du fondement juridique proprement dit.

(3985) Cass., 2 février 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 70.

cession n'avait ni pour cause (juridique) ni pour objet de réparer le dommage de la veuve.

III. Un arrêt du 3 décembre 1981 pourrait, à cet égard, apparaître comme une note discordante (3986). Dans cette affaire, la Cour a admis que, lorsque le propriétaire d'un immeuble partiellement détruit par suite de travaux effectués sur un fonds voisin vend cet immeuble à un prix au moins égal à la valeur vénale que le bien aurait conservée sans le sinistre, il peut s'agir d'un événement qui n'est pas étranger au dommage et qui peut dès lors être pris en considération pour évaluer le préjudice. Toutefois, la Cour prend bien soin d'indiquer que sa décision se justifie « eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause » ; or, précisément, l'immeuble n'avait pas été revendu à un tiers quelconque, mais bien... à l'auteur du dommage. L'arrêt attaqué avait en effet considéré que, « ayant été placé dans une situation préjudiciable non voulue par lui, soit la destruction partielle du cinéma, le propriétaire a choisi de remédier à cette situation préjudiciable par une vente consentie à un prix au moins égal à la valeur vénale que le bien aurait conservée sans le sinistre, alors qu'il lui était loisible de poursuivre en justice un autre mode de réparation ». Dans de telles circonstances, on peut effectivement admettre que le prix ait eu, au moins partiellement, pour objet de réparer le dommage, ce qui justifiait la prise en considération de cet élément dans l'évaluation du préjudice.

IV. Enfin, l'application de ces principes dans le domaine de la résolution trouve encore confirmation dans deux importants arrêts du 26 janvier 2007 (3987). Dans ces deux affaires, une vente (dans le premier cas d'un immeuble et dans le second d'actions) avait été résolue aux torts de l'acheteur. Le vendeur était néanmoins parvenu à revendre le bien à un tiers en obtenant un supplément par rapport au prix convenu avec le premier acheteur. Celui-ci prétendait alors déduire ce supplément du dommage invoqué par le vendeur (à savoir, dans le premier cas, des intérêts sur le prix de vente jusqu'à la date de la vente au tiers et l'indemnisation des frais supplémentaires et efforts consentis pour la nouvelle vente ; dans le second, des intérêts de retard). Dans le premier cas, la cour d'appel d'Anvers avait suivi l'argumentation de l'acheteur et considéré que le supplément de prix obtenu par le vendeur compensait son dommage subi ensuite du manquement commis par l'acheteur. Dans le second, la cour d'appel de Gand avait au contraire refusé de tenir compte de la plus-value réalisée par le vendeur lors de l'évaluation de son dommage.

(3986) Cass., 3 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 460.

(3987) Cass., 26 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n^{os} 49 et 51.

La décision de la Cour de cassation adopte, dans les deux cas, une structure identique. Elle commence par décider que les dommages-intérêts complémentaires à la résolution « ont pour but de placer le créancier dans la situation dans laquelle il se trouverait si le débiteur avait exécuté son obligation ». Il s'agit, nous l'avons vu, de la consécration du principe de la réparation de l'intérêt positif (3988). Elle rappelle ensuite que le juge « ne peut prendre en considération des données postérieures au manquement et qui sont étrangères à ce manquement et au dommage même et qui ont amélioré ou aggravé la situation du créancier ». Enfin, elle casse l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers et rejette au contraire le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Gand, indiquant ainsi que le supplément de prix obtenu par le vendeur grâce à la revente du bien est à son estime étranger aussi bien à la faute qu'au dommage (3989). Ces décisions reposent à notre sens plus précisément sur la considération qu'un tel supplément de prix n'a ni pour cause le manquement de l'acheteur, ni pour objet de réparer le dommage causé par ce manquement.

Le principe qui se dégage de la la jurisprudence de la Cour de cassation est donc clair : le juge ne peut, en principe, tenir compte dans l'évaluation du dommage subi par le créancier des opérations conclues par celui-ci avec des tiers après le manquement commis par le débiteur, parce que de telles opérations n'ont normalement ni pour cause ce manquement, ni pour objet de réparer le dommage causé par celui-ci (3990).

409. Suite – Limites. Ce principe n'est cependant pas sans limite, comme la lecture de l'article 1760 du Code civil le laisse déjà présager. Cette disposition prévoit en effet qu'« [e]n cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus ». Il n'est donc pas question pour le bailleur de pouvoir réclamer le

(3988) Voy. *supra*, n° 393.

(3989) Comp. dans le même sens, en cas d'exercice de l'action estimatoire, Cass., 10 mars 2011, *Pas.*, 2011, n° 187.

(3990) Voy. dans le même sens Hoge Raad, 10 juillet 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, point 3.7, avec les conclusions de M. l'avocat général J. SPIER, qui refuse de diminuer le dommage subi par le créancier du fait de la résolution du montant des avantages que celui-ci a retirés de conventions conclues avec des tiers après la résolution, aux motifs que ces dernières constituent la conséquence de ses propres efforts. – Comp. le commentaire, p. 925, de l'article III. – 3:702 du **DCFR**, et le commentaire, p. 278, de l'article 7.4.1 des **Principes d'Unidroit 2010**, qui imputent au contraire les avantages tirés de l'opération de substitution sur le dommage subi du fait de l'inexécution du contrat résolu.

loyer jusqu'à l'expiration du terme initialement convenu s'il parvient à relouer les lieux dans l'intervalle. Cette disposition peut toutefois se comprendre de deux manières.

I. D'une part, la possibilité pour le juge de tenir compte de cet événement postérieur à la faute pourrait s'expliquer par la *nature particulière du dommage* dont le créancier demande réparation, qui devra à chaque fois être examinée attentivement.

Dans le cas de l'article 1760, on suppose que le bailleur se plaint au premier chef d'un chômage locatif, c'est-à-dire du dommage subi du fait de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de relouer immédiatement le bien. Dans un tel cas de figure, il peut sembler raisonnable d'admettre que le nouveau bail a bien le même objet que l'indemnité réclamée au locataire défaillant, à savoir de mettre fin au chômage locatif de l'immeuble, et doit ainsi entrer en ligne de compte dans l'évaluation du préjudice (3991).

L'article 1760 réserve toutefois les « autres dommages-intérêts qui ont pu résulter de l'abus », qui ne peuvent donc être compensés par les avantages tirés de la conclusion d'un nouveau bail. Ainsi, par exemple, si le locataire défaillant a également causé des dégâts locatifs, il ne pourra, à notre sens, échapper à la réparation en démontrant que le bailleur est néanmoins parvenu à relouer les lieux au même prix sans avoir procédé aux réparations ; ce serait, d'une part, méconnaître le principe de la libre disposition de l'indemnité (3992) et, d'autre part, perdre de vue que le nouveau bail n'a pas pour objet de réparer les dégâts locatifs (3993).

II. D'autre part, l'article 1760 peut également se lire à la lumière du principe imposant au créancier de prendre des *mesures raisonnables en vue de limiter son dommage* (3994).

(3991) Voy. dans le même sens l'arrêt du 13 février 2006 (*supra*, n° 407) dans lequel la Cour a considéré que le fait pour un travailleur de trouver un nouvel emploi n'était pas étranger au dommage consistant en une indemnité compensatoire de préavis.

(3992) Voy. à ce propos R. JAFFERALI, *o.c.*, *J.T.*, 2012, n° 31, pp. 260 et s. et références citées.

(3993) Comp. l'arrêt du 30 janvier 2004 commenté *supra*, n° 408, I.

(3994) Voy., à propos de ce principe, Cass., 17 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 290, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER ; R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12 et s. ; D. SIMOENS, « Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking : twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 425 et s. ; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Groningen et Oxford, Intersentia, 2003, nos 53 et s., pp. 46 et s.

Ainsi, à un bailleur normalement diligent et prudent soucieux de faire fructifier son patrimoine immobilier, il incombe de ne pas laisser son immeuble abandonné mais, au contraire, de le relouer dans un délai raisonnable (3995). On peut comprendre en ce sens la référence faite par l'article 1760 au « *temps nécessaire à la relocation* » (3996). De même, dans les ventes de marchandises périssables ou sujettes à une fluctuation rapide du prix, on considère qu'il pèse une véritable obligation sur l'acheteur de se fournir auprès d'un tiers en cas de manquement du vendeur à son obligation de délivrance, et ce, afin de limiter son dommage (3997).

Dans de tels cas, le nouveau contrat n'est pas étranger au dommage, puisqu'il a précisément pour objet de limiter celui-ci, de sorte que le juge doit en tenir compte dans l'évaluation du préjudice subi (3998). En revanche, si le créancier va au-delà des exigences de la bonne foi et déploie ainsi des efforts particuliers pour réaliser un bénéfice nonobstant le manquement commis par le débiteur – comme lorsqu'il parvient à revendre le bien à un prix avantageux nonobstant les manquements de l'acheteur ou les dégâts causés par le locataire (3999) –, le débiteur ne pourra prétendre en tirer profit (4000).

C. – Résolution aux torts réciproques des parties.

410. Position du problème. Lorsque le contrat est résolu aux torts réciproques des parties et que se pose la question de l'étendue des dommages-intérêts accordés à chacune d'elles, trois solutions sont théoriquement envisageables (4001).

(3995) Voy. R. KRUTHOF, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1989, n° 30, p. 46.

(3996) Voy. en ce sens F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXV, *o.c.*, n° 379, p. 421, pour qui la loi a fixé le montant de l'indemnité en fonction du temps objectivement nécessaire pour la relocation, plutôt que du temps effectivement écoulé jusqu'à ce que le bien soit reloué, afin d'éviter que le locataire ne soit à la merci du mauvais vouloir ou de la négligence du bailleur. Voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 512, p. 326.

(3997) Voy. S. STILNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 444, pp. 583 et s.

(3998) Voy. R. KRUTHOF, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1989, n° 36, p. 51.

(3999) Voy. les arrêts des 30 janvier 2004 et 26 janvier 2007, *supra*, n° 408.

(4000) Voy. R. KRUTHOF, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1989, n° 36, p. 51 ; voy. dans le même sens l'indemnisation des efforts accrus de la victime pour maintenir ses revenus, *supra*, n° 407.

(4001) Comme l'observe T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 991, pp. 716 et s.

La première consiste à priver chaque partie du droit aux dommages-intérêts complémentaires à la résolution (déchéance du droit à réparation) (4002). À l'inverse, il pourrait être envisagé d'accorder à chaque partie la réparation intégrale du dommage qu'elle a subi du fait de l'inexécution commise par l'autre, sans tenir compte de son propre manquement (réparations intégrales croisées). Enfin, une voie médiane, empruntée par la jurisprudence belge, consiste à décider que la résolution aux torts réciproques ne porte pas atteinte, dans son principe, au droit de chaque partie d'obtenir la réparation de son dommage, mais que l'étendue du droit à réparation est fixée, quant à elle, par la technique du partage de responsabilité (4003). Jusqu'à présent, la part de responsabilité supportée par chaque partie est déterminée par la gravité des fautes qu'elles ont commises (4004).

(4002) En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1103, p. 2234.

(4003) Voy. Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 126, point 14 ; Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202 ; Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606 ; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 113 ; Cass., 15 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 300 ; Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 128 ; Cass., 7 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 135 (somm.) ; Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 555 ; conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, p. 618 ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 463, p. 297 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 401, p. 285 ; P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 29, p. 689 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 17, p. 242 et n° 28, p. 251 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 210, p. 298 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome 1^{er}, *o.c.*, n° 594, p. 909.

(4004) Voy. Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 126, point 14 ; Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202 ; Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606 ; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 113 ; Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 128 ; Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 555 ; P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 29, p. 690. – La jurisprudence pourrait cependant évoluer dès lors que, dans le domaine voisin de la contribution à la dette entre coauteurs, qui constitue la règle de droit commun, la Cour de cassation décide désormais que le critère de la gravité de la faute ne peut plus être pris en considération, seul important le degré de contribution de chaque faute au dommage (voy. Cass., 3 mai 2013, *Pas.*, 2013, n° 278 ; Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 548 ; Cass., 4 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 81). Ce critère a récemment été appliqué dans le domaine du partage de responsabilité, supplantant apparemment celui de la gravité de la faute (voy. Cass., 14 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 612, spéc. p. 2224). La survivance de ce dernier critère dans le domaine de la résolution aux torts réciproques des parties s'explique cependant peut-être par l'idée que, dans ce cas, la faute de chaque partie a contribué de manière identique au prononcé de la résolution et donc au dommage (voy. également *infra*, n° 412). – En toute hypothèse, en cas de concours entre une faute intentionnelle et une faute non intentionnelle, la totalité de la responsabilité devrait être mise à charge de l'auteur de la première (voy. *supra*, n° 341 ainsi que J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 463, p. 297 ; on notera que cette règle, valable en matière de partage de responsabilité, est en revanche écartée par la Cour pour ce qui concerne la contribution à la dette entre coauteurs : voy. Cass., 2 octobre 2009, précité).

Il est toutefois permis de se demander si cette jurisprudence ne mériterait pas d'être affinée en fonction de la nature du préjudice allégué et du lien causal unissant celui-ci à la faute (4005).

411. Principe – Partage de responsabilités. Certes, la plupart des postes du préjudice dont le demandeur en réparation peut se prévaloir ont pour *cause immédiate la résolution du contrat*. Dès lors que celle-ci trouve, par hypothèse, sa propre cause dans les fautes réciproques des parties et que la théorie de l'équivalence des conditions ne distingue pas entre les causes médiate et immédiates (4006), on aboutit ainsi à la conclusion que le dommage consécutif à la résolution trouvera, en règle, sa cause dans les fautes commises par chaque partie, ce qui justifie l'application des règles relatives au partage de responsabilité.

Pour reprendre la terminologie proposée ci-avant (4007), il en va certainement ainsi du manque à gagner tant intrinsèque (BI) qu'extrinsèque (BE), puisque la résolution a privé le créancier des avantages qu'il devait pouvoir retirer du contrat. De même, le dommage de restitution (DR) ne se manifeste qu'en cas de restitutions, lesquelles découlent également de la résolution. Enfin, les frais de conclusion et d'exécution du contrat (FC) ne sont constitutifs de dommage pour le créancier que parce que la résolution les a privés de toute utilité ; si, au contraire, le contrat avait été correctement exécuté, soit ces frais n'auraient pas été exposés, soit ils auraient trouvé leur contrepartie dans l'exécution correcte du contrat et ne constitueraient dès lors pas un préjudice (4008).

412. Remarque – Difficultés d'application de la théorie de l'équivalence des conditions. On observera au passage que l'application du test ordinaire de la condition *sine qua non* (4009) pourrait susciter la fausse impression que tous ces postes de dommage sont au contraire sans lien causal avec la faute. Soit en effet un contrat conclu entre A et B et résolu aux torts des deux parties. Sans la faute de A,

(4005) Dans le même sens, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^{os} 991 et s., pp. 717 et s.

(4006) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, o.c., n^o 1095, p. 1561.

(4007) Voy. *supra*, n^o 402.

(4008) On suppose ici, par simplicité, que le contrat ne constituait pas un *bad bargain* pour le créancier (voy. *supra*, n^o 404).

(4009) Soit le fait de vérifier si, sans la faute, le dommage se serait néanmoins produit de la même manière : voy. à cet égard la jurisprudence constante de la Cour de cassation citée *supra*, n^o 344.

le contrat aurait néanmoins été résolu – aux torts exclusifs de B –, de sorte que le dommage aurait donc été subi par A de la même manière. Est-ce à dire, pour autant, que ce dommage n'aurait pas été causé par les manquements de A ? Rien n'est moins sûr : car, en appliquant le même raisonnement à la faute de B, on aboutirait à la conclusion identique que le contrat aurait été également résolu (cette fois, aux torts exclusifs de A), en sorte que les manquements de B ne constitueraient pas non plus la cause du dommage subi par A. En définitive, chacune des parties serait en tort, mais aucune ne serait responsable du dommage causé à l'autre !

En réalité, cet apparent paradoxe trouve son origine dans la circonstance que le test de la condition *sine qua non* a été développé pour mettre en évidence l'existence des *causes nécessaires, mais non suffisantes* du dommage (4010). Il fonctionne dès lors parfaitement dans le cas d'une *responsabilité concurrente*, soit le cas le plus courant où plusieurs fautes concourent, ensemble, à causer le dommage, mais où aucune n'aurait suffi, à elle seule, à le provoquer. Cette hypothèse doit être distinguée de celle d'une *responsabilité cumulative*, soit le cas où plusieurs fautes constituent chacune une *cause suffisante, mais non nécessaire* du dommage – où, en d'autres termes, chacune des fautes a pu causer simultanément le même dommage indépendamment des autres fautes (4011). Dans un tel cas de figure, le test de la condition *sine qua non* est tenu en échec (4012) ; pour établir l'existence du lien de causalité, il faut alors à notre sens faire abstraction de l'ensemble des fautes et ensuite vérifier séparément, pour chacune d'elle, si, en présence de celle-ci, le dommage se serait ou non produit. On aboutit ainsi à la conclusion – conforme à l'intuition – qu'en cas de résolution aux torts réciproques des parties, le

(4010) Voy. M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 11, p. 14. On notera que cette nécessité n'est que relative, puisqu'il n'est pas exclu que le dommage ait pu, dans l'absolu, également être causé par d'autres faits, qui ne se sont cependant pas produits *in concreto* (*ibid.*, n° 10, p. 13), ce qui a conduit certains auteurs à douter du caractère nécessaire de la cause (voy. ainsi J. DE CODT, *o.c.*, *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, n° 4, p. 41).

(4011) Pour illustrer l'hypothèse de la responsabilité cumulative, on cite souvent le cas d'école où deux pyromanes mettent le feu aux deux extrémités du même immeuble au même instant, ou bien celui où, illégalement déferée à un peloton d'exécution composé de plusieurs soldats, la victime est abattue par deux balles tirées simultanément.

(4012) Voy. à ce propos A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et London, Martinus Nijhoff Publishers, 1969, nos 7-130 et s., pp. 82 et s. ; B.S. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4^e éd., Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 105 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *Bijzondere overeenkomsten, o.c.*, n° 98, p. 82.

manquement commis par chacune d'elles se trouve bien en lien causal avec la résolution et le préjudice qui en est résulté (4013).

Cette distinction entre responsabilité concurrente et responsabilité cumulative nous conduit par ailleurs à repousser les distinctions supplémentaires proposées par T. Génicon (4014). Raffinant encore l'analyse, cet auteur suggère en effet de distinguer trois situations : (i) les parties commettent parallèlement des manquements graves justifiant chacun à lui seul la résolution ; (ii) les parties commettent des manquements qui se conjuguent véritablement sans que l'on puisse dire que le manquement d'une seule, prise isolément, aurait suffi à justifier la résolution ; et (iii) une partie commet un manquement justifiant la résolution tandis que l'autre commet un manquement nettement moins grave. S'agissant du dommage lié à la disparition du contrat, il considère que dans le cas (i), chaque partie doit être déchue de son droit à réparation car la résolution trouve sa cause exclusive dans la faute du demandeur en réparation, « l'action de l'autre n'étant pas une condition sine qua non de la survenance de mon dommage que j'aurais de toute façon subi » ; dans le cas (ii), il y aurait lieu à un partage de responsabilité ; enfin, dans le cas (iii), l'auteur de la faute la plus grave serait déchu de son droit à réparation tandis que son cocontractant obtiendrait réparation intégrale de son dommage.

Cette analyse ne nous convainc pas. En effet, le cas (i) représente une forme de responsabilité cumulative où, bien que le test de la condition *sine qua non* soit inopérant, il n'est pas moins évident que la faute de chaque partie constitue une cause de la résolution du contrat. Quant aux cas (ii) et (iii), ils représentent à notre sens tous deux une forme de responsabilité concurrente et ne se distinguent que par la gravité des fautes commises (4015). Dans ce cas également, les fautes de chaque partie constituent donc les causes du dommage,

(4013) Une telle conclusion n'est possible qu'en raison du caractère constitutif du jugement de résolution (voy. à ce propos *infra*, n° 429) : c'est en effet à ce moment-là (ou, le cas échéant, à une date antérieure en raison de l'effet rétroactif de la résolution) que les manquements commis par chacune des parties produisent simultanément leurs conséquences préjudiciables, à savoir la disparition du contrat. Si, au contraire, le contrat avait pris fin de plein droit par la faute d'une des parties, la faute de l'autre ne pourrait constituer une cause supplémentaire du dommage.

(4014) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^{os} 994 et s., pp. 718 et s.

(4015) Vainement objecterait-on que dans le cas (iii), la résolution aurait de toute façon été prononcée aux torts de l'auteur de la faute la plus grave si la faute la plus légère n'avait pas été commise, de sorte que celle-ci ne se trouverait pas en lien causal avec la disparition du contrat. En effet, il nous paraît douteux que le contrat puisse être résolu aux torts des deux parties sans constater pour chacune d'elle que sa faute – prise isolément (responsabilité cumulative) ou en combinaison avec la faute de l'autre (responsabilité concurrente) – était suffisamment grave pour entraîner la résolution.

ce qui justifie l'application d'un partage de responsabilité dans tous les cas.

413. Exception – Postes du dommage étrangers à la disparition du contrat. Un tel partage de responsabilité ne se justifie cependant pas pour tous les postes du dommage, et en particulier pour ceux qui sont étrangers à la disparition du contrat. En effet, de tels préjudices trouvent exclusivement leur cause dans le manquement commis par l'une des parties et doivent dès lors être intégralement réparés par celle-ci. Concrètement, sont ici visées les *perles extrinsèques*, c'est-à-dire celles subies dans d'autres biens que ceux faisant l'objet du contrat (4016).

Ainsi, en s'inspirant de l'exemple classique élaboré par Pothier, supposons que A vende à B une vache atteinte d'une maladie contagieuse qui contamine les autres têtes du troupeau de B. B étant par ailleurs resté en défaut de payer le prix, la vente est résolue aux torts des deux parties. Si A ou B se plaint du manque à gagner que leur a causé la disparition du contrat, l'indemnisation de ce dommage donnera lieu à un partage de responsabilité, car il trouve sa cause dans les fautes des deux parties. En revanche, la perte des autres vaches du troupeau appartenant à B est indépendante de la résolution du contrat et se serait également produite si le contrat avait été maintenu ; elle ne trouve donc pas sa cause, fût-ce partiellement, dans le retard de paiement de B. Néanmoins, elle ne se serait pas produite si A n'avait pas manqué à sa garantie des vices cachés ; elle trouve donc sa cause – exclusive – dans la faute de A et doit donc être intégralement réparée par celui-ci.

IV. – Effets entre parties

414. Plan. Suivant, pour la facilité du lecteur, un plan similaire à celui que nous avons adopté dans le domaine des nullités, nous aborderons les effets de la résolution entre parties en commençant par les restitutions (A). Après une section introductive dans laquelle nous aborderons le principe des restitutions, leur fondement, l'office du juge en la matière, leur objet et leur forme (1), nous examinerons successivement le sort des fruits (2), des

(4016) Voy. en ce sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^{os} 994bis et s., pp. 719 et s. ; sur la notion de perte extrinsèque, voy. *supra*, n^o 385.

contrats successifs et aléatoires (3) et enfin des moins-values et plus-values affectant la chose à restituer (4). Nous concluons en abordant les effets de la résolution entre parties étrangers aux restitutions proprement dites (B).

A. – Restitutions

1. – Principe et fondement

415. Principe. Nous avons vu qu'afin de renforcer l'efficacité technique de la sanction, la résolution se voit reconnaître un effet rétroactif qui, compte tenu de l'interdépendance des engagements synallagmatiques, remontera, en règle, jusqu'à la date de conclusion du contrat (4017). Cet effet rétroactif se manifeste d'abord sous la forme des restitutions qui en constituent la traduction concrète (4018). Celles-ci contraindront chaque partie à rendre ce qu'elles ont reçu en exécution du contrat résolu.

À cet égard, tout comme en matière de nullité (4019), la dissolution rétroactive du contrat laisse intacte la nature synallagmatique du rapport sous-jacent (4020), de sorte que les obligations de restitutions devront être exécutées trait pour trait. Le créancier d'une chose pourra dès lors retarder l'exécution de ses propres obligations de restitution, au titre de l'*exception d'inexécution*, tant que cette chose ne lui aura pas été remise (4021). Toutefois,

(4017) Voy. *supra*, n^{os} 374 et s.

(4018) *Contra* : C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^{os} 505 et s., p. 306, et n^{os} 598 et s., pp. 367 et s., cet auteur s'efforçant de dissocier les deux idées (mais comp. n^o 619, p. 379, où elle admet que « L'action en restitution n'est [...] pas indépendante de l'action en résolution »). Elle avance ainsi que les restitutions ne seraient dotées que d'un effet immédiat. Même si cette vision est théoriquement envisageable – encore qu'elle ne soit pas exempte de toute confusion entre réalité matérielle et discours juridique (voy. *supra*, n^{os} 55 et s.) –, il n'en demeure pas moins que les restitutions visent à rétablir le *statu quo ante* et que, dans cette mesure, elles s'inscrivent parfaitement dans la logique de la rétroactivité.

(4019) Voy. *supra*, n^o 243.

(4020) Voy. dans le même sens l'article III. – 3:510, alinéa 1^{er}, du **DCFR** ; l'article 1162, alinéa 1^{er}, du **Projet Catala** ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 33 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 146, p. 160 ; *contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 108, p. 73.

(4021) Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, n^o 586, *R.G.D.C.*, 2006, p. 39, note P. WÉRY ; Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n^o 19 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 17, p. 242 ; F. GLANSDORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 32, p. 99, note n^o 179 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 146, p. 161 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n^o 5 ; T. STAROSSELETS, o.c., *R.G.D.C.*, 2005, n^o 18, note n^o 83, p. 461 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding*

le seul fait que le créancier n'offre pas spontanément de restituer au débiteur la chose reçue par le créancier en vertu du contrat ne dispense pas le juge d'ordonner les restitutions découlant de la résolution (4022). L'exception d'inexécution ne peut donc entrer en jeu qu'après que la résolution a été prononcée et les restitutions ordonnées. On notera par ailleurs qu'outre l'exception d'inexécution, les rapports de restitution peuvent également donner lieu à l'exercice d'un droit de rétention (4023).

Ici également, la portée exacte des restitutions suscite de nombreuses difficultés que les pages suivantes tenteront d'élucider. La question se présente en outre sous un jour plus complexe qu'en matière de nullité puisque les règles de la responsabilité contractuelle seront, à chaque fois, susceptibles de perturber le cours normal des restitutions.

À cet égard, il convient de préciser d'emblée que « [L]e manquement contractuel d'une partie, qui justifie la résolution du contrat à ses torts, n'affecte pas son droit aux restitutions qu'implique cette résolution et n'est susceptible d'entraîner que sa condamnation éventuelle à des dommages et intérêts en réparation du dommage causé par cette faute » (4024). En d'autres termes, les restitutions auxquelles le créancier est tenu ne constituent pas en tant que tel pour lui un dommage réparable dont le débiteur pourrait être privé à titre de réparation du préjudice causé par sa faute ; elles représentent plutôt une conséquence naturelle que la loi attache à la résolution. Cela étant, il se peut que, dans certains cas, les dommages-intérêts alloués au créancier égalent en valeur, et même excèdent les restitutions auxquelles il est tenu du fait de la résolution.

van overeenkomsten, o.c., n° 213, p. 302 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 563, p. 845 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 680, p. 594 ; **en droit allemand**, la solution est expressément prévue par le § 348 du BGB ; voy. également l'article 7.3.6, alinéa 1^{er}, des **Principes d'Unidroit 2010**.

(4022) Voy. Cass. fr., 25 février 2010, n°s 08-20.751 et 08-21.601.

(4023) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 422, p. 180 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 146, p. 161 ; voy. désormais les articles 73 et suivants des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(4024) Voy. Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.G.D.C.*, 2011, p. 445, note A. DE BOECK (deuxième moyen) ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 211, p. 144 ; P.A. FORTIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 17, p. 242 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 906, p. 655 ; **en droit allemand**, voy. de même W. ERNST, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 325, n° 10.

416. Fondement personnel – Enrichissement sans cause. Comme en matière de nullité (4025), différents fondements ont été avancés pour justifier le régime des restitutions entre parties sur un plan technique.

Les faveurs de la doctrine vont à cet égard souvent à la théorie de l'enrichissement sans cause (4026). Certes, au moment où la prestation est exécutée, le paiement est bien doté d'une cause ; mais, du fait de la résolution du contrat, cette cause viendrait à disparaître rétroactivement, ce qui justifierait la restitution par chaque partie de ce qu'elle a reçu.

On a parfois objecté que l'enrichissement intervenu n'est pas sans cause puisqu'il trouve sa justification à la fois dans le contrat et sa résolution (4027). L'explication, ainsi présentée, ne nous convainc pas pleinement : car, précisément, ces deux causes ne s'annulent-elles pas, la résolution venant faire disparaître rétroactivement le contrat ? Tout au plus le propos pourrait-il être nuancé en soulignant que la disparition du contrat n'est pas complète, puisque le créancier peut encore obtenir des dommages-intérêts de nature contractuelle complémentaires à la résolution (4028). Il n'en demeure pas moins que l'exécution partielle donnée au contrat doit quant à elle en principe s'effacer, afin de corriger le déséquilibre entre les parties.

En réalité, si la théorie de l'enrichissement sans cause nous paraît devoir être écartée, c'est plutôt en raison de son *caractère subsidiaire*, qui implique qu'elle ne puisse trouver à s'appliquer lorsqu'il existe un autre fondement légal aux restitutions (4029), ce qui, comme nous le verrons, est bien le cas en l'espèce.

(4025) Voy. *supra*, n° 245.

(4026) M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 53, p. 401 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 213, p. 302 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 593, p. 908 ; pour une application implicite aux restitutions consécutives à la résolution, voy. Cass., 27 mars 1972, *Pas.*, 1972, p. 693, commenté *infra*, n° 433 ; voy. également C.C., 19 décembre 2013, n° 176/2013, point B.6.

(4027) Voy. L. Cornelis, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 61, p. 262 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 19, p. 244 ; voy. également C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 617, p. 379.

(4028) Voy. *supra*, n° 380.

(4029) De même, en **droit allemand**, bien que la théorie de l'enrichissement sans cause n'y présente pas un caractère subsidiaire, on considère néanmoins que les dispositions relatives aux effets de la résolution (§§ 346 et s. du BGB), qui poursuivent un but identique à celles relatives à l'enrichissement sans cause, excluent nécessairement l'application de

On peut y ajouter un argument d'ordre technique. D'un arrêt du 27 mars 1972 (4030), il paraît en effet résulter que, pour l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause, l'enrichissement du débiteur de la restitution doit être apprécié de manière subjective. Cette règle risque toutefois de conduire à des résultats curieux lorsque la restitution en nature de la chose est encore possible mais que celle-ci ne présente qu'une utilité subjective réduite, voire nulle, pour le débiteur de la restitution. Dira-t-on en ce cas qu'il n'est tenu qu'à la restitution d'une somme d'argent, voire à aucune restitution ? La solution serait surprenante, compte tenu du primat généralement admis de la restitution en nature (4031). De manière plus générale, on a reproché au double plafond imposé par la théorie de l'enrichissement sans cause d'empêcher la réalisation de l'objectif de remise en *pristin état* (4032).

On relèvera encore que le choix de l'enrichissement sans cause comme fondement des restitutions poserait à nouveau la délicate question de savoir si l'existence d'un enrichissement et d'un appauvrissement corrélatif doit être appréciée séparément pour chaque prestation, ou globalement, seule une éventuelle différence de valeur entre les prestations devant être restituée (4033).

417. Suite – Paiement indu. Comme alternative à la théorie de l'enrichissement sans cause, on peut penser notamment à celle du paiement indu. L'idée avancée est assez similaire : au moment où il intervient, le paiement serait dû en vertu du contrat ; mais, à la suite de la résolution de ce dernier, il deviendrait rétroactivement indu (4034).

Des objections d'ordre technique peuvent être avancées à l'encontre de ce fondement. Ainsi, la distinction entre la bonne et la mauvaise foi de *accipiens* paraît difficile à manier dans le contexte de la résolution (4035), dès lors que le créancier dispose toujours d'une option entre celle-ci et l'exécution forcée. De plus,

ces dernières même à titre complémentaire (R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorb. § 346, n° 2).

(4030) Cass., 27 mars 1972, *Pas.*, 1972, p. 693, commenté plus en détail *infra*, n° 433.

(4031) *Voy. infra*, n° 423.

(4032) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 920, p. 663.

(4033) *Voy., mutatis mutandis, supra*, n° 245.

(4034) L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 55, p. 258 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 156, p. 172 ; M.E. STORME, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 101 et s., n° 3 ; B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.W.*, 2011-2012, n° 7, p. 651 ; art. 116, alinéa 3, du **Projet Terré**.

(4035) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 19, p. 244 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 920, p. 663.

le juge conserve en principe un pouvoir d'appréciation souverain en la matière, de sorte que même après la commission d'un manquement grave, aucune des parties ne peut être assurée que les paiements reçus après cette date devront nécessairement être restitués (4036). Par ailleurs, on a déjà souligné que la théorie du paiement indu était peu appropriée pour justifier les restitutions, même partielles, en présence d'une obligation de faire ou de ne pas faire (4037). Enfin, conférer à chaque partie un droit à répétition de l'indu pourrait donner l'impression qu'il s'agit de deux actions certes réciproques mais indépendantes l'une de l'autre, alors que nous avons vu que les obligations de restitution se trouvent au contraire dans un rapport synallagmatique (4038).

Plus fondamentalement, on peut se demander si le choix de la théorie du paiement indu comme source des restitutions n'occulte pas à l'excès le caractère sanctionnateur de la résolution (4039). La restitution n'est en effet pas un processus automatique, comme s'il fallait rendre ce qu'on a reçu par inadvertance, et l'effet rétroactif ne constitue pas une conséquence nécessaire de la résolution : il s'agit plutôt d'un renforcement de l'efficacité de cette sanction destinée à rétablir l'équilibre entre les parties en effaçant l'exécution asymétrique du contrat (4040).

418. Suite – Fondement autonome. Par conséquent, il apparaît préférable de considérer que les restitutions trouvent un fondement autonome dans le mécanisme de la résolution (4041).

La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît ainsi que « la résolution entraîne la restitution ou le paiement en équivalent des choses ou des services qui, ensuite du contrat, ont été consommées ou

(4036) Même en écartant la théorie du paiement indu, nous retrouverons toutefois cette difficulté pour l'application de l'article 549 du Code civil : voy. *infra*, n° 425.

(4037) Voy. *supra*, n° 246.

(4038) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 35 ; sur le caractère réciproque des obligations de restitution, voy. *supra*, n° 415.

(4039) Voy. à ce propos *supra*, n° 374.

(4040) Voy. *supra*, n° 375.

(4041) P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 9, p. 674 (*adde* n° 39, p. 696) ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 19, p. 244 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n°s 922 et s., pp. 664 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 526, p. 584 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 620, p. 381 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 680, p. 593 ; voy. également T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 11.

dont une des parties a bénéficié alors que l'autre partie n'en aurait pas eu la contrepartie » (4042). Dans un arrêt ultérieur, elle décide également que la résolution « implique » le droit aux restitutions (4043).

En **France**, l'existence d'un fondement autonome aux restitutions est attestée par le fait que de nombreux arrêts de la Cour de cassation statuant sur la question de l'étendue des restitutions sont rendus sous le visa des articles 1184 et/ou 1234 du Code civil (4044).

De même, **en droit allemand**, les restitutions trouvent leur fondement dans le § 346 du BGB plutôt que dans les règles de l'enrichissement sans cause (4045). Certains auteurs y voient même une suite du contrat résolu, transformé en rapport de liquidation par l'effet de la résolution (4046).

L'obligation de procéder aux restitutions constitue donc une obligation nouvelle qui trouve sa source dans le jugement prononçant la résolution (4047). Ceci permet notamment d'expliquer que la prescription de l'obligation de restitution ne commence à courir qu'à dater de ce jugement (ou de la notification de la résolution, lorsque celle-ci est extrajudiciaire), n'étant pas exigible antérieurement (4048). Si, au contraire, cette obligation remontait à la date de conclusion du contrat, on courrait le risque que son délai de prescription se trouve déjà expiré – ou du moins indûment raccourci – à la date de ce jugement, dès lors que le droit positif belge paraît hostile à la reconnaissance de l'adage *contra*

(4042) Cass., 4 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 305, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER (le moyen était pris de la violation des articles 1104, 1183, 1184 et 1964 du Code civil).

(4043) Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *R.G.D.C.*, 2011, p. 445, note A. DE BOECK (deuxième moyen, pris de la violation des seuls articles 1183 et 1184 du Code civil).

(4044) Voy. ainsi Cass. fr., 15 mars 2011, n° 09-72.006 ; Cass. fr., 25 janvier 2011, n° 10-30.471 ; Cass. fr., 31 mars 2010, n° 08-14.009 ; Cass. fr., 9 novembre 2009, n° 08-18.232 ; Cass. fr., 30 septembre 2008, *Bull.*, 2008, I, n° 216 ; Cass. fr., 19 décembre 2007, n° 07-12.824 ; Cass. fr., 30 octobre 2007, *Bull.*, 2007, IV, n° 231 ; Cass. fr., 15 mai 2007, *Bull.*, 2007, I, n° 193 ; Cass. fr., 8 mars 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 128

(4045) D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15^e éd., München, C.H. Beck, § 133, n° 1141, p. 386.

(4046) W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorb. § 323, n° 5 ; voy. à ce propos *supra*, n° 364.

(4047) Voy. en ce sens C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 28, p. 172 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 877, p. 630 ; voy. de même, en matière de nullités, *supra*, n° 247.

(4048) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 904, p. 654 ; V. SAGAERT, *o.c.*, *R.W.*, 2000-2001, n° 15, p. 262.

non valentem agere non currit praescriptio (4049). Cela étant, le fait que la dette de restitution ne naisse qu'avec le jugement prononçant la résolution n'empêche pas de lui reconnaître, à de nombreux égards, un effet rétroactif en vertu duquel elle sera réputée être née antérieurement (4050), et ce, conformément à l'approche fonctionnelle que nous défendons (4051).

419. Fondement réel. Tout comme en matière de nullité (4052), la résolution ne se limite pas à donner naissance à une obligation personnelle de restitution dans le chef de chacune des parties. Même entre parties, elle a également pour effet d'anéantir les effets réels du contrat et, ainsi, de permettre d'agir en revendication des choses dont la propriété avait été transmise en exécution du contrat (4053). Une telle action présente surtout un intérêt dans les rapports avec les tiers, particulièrement en cas de concours (4054). Encore faut-il bien sûr, pour qu'une telle action soit possible, que le bien se trouve encore dans le patrimoine du défendeur et y soit demeuré individualisé, sous réserve du mécanisme de la subrogation réelle (4055).

420. Office du juge – Pouvoir de prononcer d'office la résolution. Avant d'aborder l'office du juge quant aux restitutions proprement dites, il convient d'examiner dans quelle mesure la résolution elle-même peut être prononcée à l'initiative du juge.

(4049) Voy. Cass., 30 juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 370 (mais voy. l'arrêt de condamnation prononcé dans la même affaire par C.E.D.H., 7 juillet 2009, *Stagno C. Belgique*, n° 1062/07).

(4050) Voy., par exemple, sur ce que la dette de restitution découlant d'une résolution prononcée après la faillite constitue néanmoins une dette dans la masse, *infra*, n° 466.

(4051) Voy. *supra*, n° 5 et s.

(4052) Voy. *supra*, n° 248.

(4053) Voy. Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 622, point 1 (« Lorsqu'un contrat de vente est résolu ou annulé avec effet rétroactif, les parties sont alors replacées dans la situation qui existait antérieurement et le vendeur est censé avoir toujours été le propriétaire ») ; Cass., 13 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, n° 259 (« en raison de la résolution *ex tunc* du contrat de vente [...], la propriété [...] est considérée en droit n'être jamais passée dans le patrimoine des défenderesses ») ; J. BAECK, « Retroactiviteit of relativiteit? », *R.G.D.C.*, 2009, pp. 359 et s., n° 5, p. 361 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 900, p. 650 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 518, p. 577 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 652, p. 400.

(4054) Voy. *infra*, n° 464.

(4055) J. BAECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2009, n° 5, p. 361.

Nous avons vu que la résolution est une sanction facultative offerte par la loi au créancier (4056). Celui-ci peut donc choisir en principe librement entre la résolution et l'exécution forcée du contrat, pour autant, précise l'article 1184 du Code civil, que celle-ci soit possible ; en cas d'impossibilité, le créancier ne peut donc solliciter que la résolution. Mais, hors cette hypothèse, le droit d'opter pour la résolution du contrat appartient en principe exclusivement au créancier, et ne pourrait dès lors être exercé d'initiative par le juge (4057). À la différence de la nullité, la résolution ne peut donc en règle être élevée d'office par le juge (4058).

Comme exception à ce principe, on cite généralement le cas de l'*abus de droit*.

Ainsi, dans un arrêt du 16 janvier 1986, la Cour de cassation a admis que le juge du fond prononce la résolution d'un bail d'une durée de neuf ans dans un cas où le locataire avait fautivement mis fin à l'occupation de l'immeuble au cours de la troisième année du bail et où le bailleur sollicitait l'exécution forcée du contrat (4059). Pour retenir l'existence d'un abus de droit, le juge du fond avait reproché au bailleur de vouloir se prévaloir indéfiniment d'un bail purement fictif et de vouloir retirer un avantage disproportionné de la situation alors que le locataire lui avait fait des propositions raisonnables de résiliation du bail.

Lorsque le créancier abuse du droit de demander l'exécution forcée, le juge aurait donc le droit de lui imposer d'opter pour la résolution de la convention (4060). Cette conclusion ne nous paraît toutefois pouvoir être accueillie qu'avec nuance.

(4056) Voy. *supra*, n° 354.

(4057) Voy. Cass., 15 février 2007, *Pas.*, 2007, n° 92 ; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 79 (le juge ne peut prononcer d'office la résolution lorsque seule la nullité lui est demandée) ; Cass., 30 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 69 ; Cass., 15 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 181 (qui relève toutefois que l'option du créancier suppose que l'exécution en nature soit encore possible) ; Cass., 22 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1267 ; Cass., 5 septembre 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 17, *R.W.*, 1980-1981, col. 1323, avec les conclusions de M. l'avocat général BALLEST ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 357, p. 258 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 878, p. 460 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 231, pp. 321 et s. ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 291, p. 246.

(4058) Comp. *supra*, n° 249.

(4059) Voy. Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, n° 317.

(4060) Voy. not. S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 310, pp. 432 et s. ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 292, p. 247.

I. Ainsi, *l'existence d'un abus* du droit de solliciter l'exécution forcée du contrat ne doit pas être admise trop aisément, spécialement sur la base de considérations générales sans lien avec les circonstances concrètes de la cause.

Un arrêt du 30 janvier 2003 offre à cet égard un éclairage intéressant (4061). Dans cette affaire où le locataire avait fautivement quitté les lieux au cours de la septième année d'un bail de neuf ans, le juge du fond avait déclaré abusive la demande en exécution forcée du bail formée par le bailleur en se référant à l'arrêt précité du 16 janvier 1986. L'arrêt est cependant cassé par la Cour qui rappelle que, pour retenir l'existence d'un abus de droit, « le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause ». Comme le soulignait le second moyen, les énonciations de l'arrêt attaqué étaient en l'occurrence trop générales et ne se rapportaient dès lors pas aux circonstances concrètes de la cause.

Cela étant, l'un des éléments qui avaient permis de retenir l'existence d'un abus du droit de demander l'exécution forcée du contrat dans l'arrêt du 16 janvier 1986 – à savoir le fait que celle-ci octroierait au créancier un avantage disproportionné par rapport aux inconvénients qui en résulteraient pour le preneur – nous paraît devoir être réexaminé à la lumière de l'étendue des dommages-intérêts auxquels le créancier peut prétendre en cas de résolution du contrat.

Si l'on admet, en effet, que les dommages-intérêts complémentaires visent à couvrir l'intérêt positif de manière à placer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté (4062), on aboutit alors à la conclusion que *la résolution accorde, en règle, au créancier le même avantage que l'exécution forcée du contrat*, alors que cette dernière impose en outre des inconvénients particuliers au débiteur, liés à l'exécution en nature du contrat. Sauf le cas où le créancier pourra justifier d'un intérêt à l'exécution en nature de la convention, il nous semble dès lors que l'existence d'un abus du droit de demander l'exécution forcée pourra être assez aisément démontrée.

(4061) Cass., 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 69.

(4062) Voy. *supra*, n° 393.

Toutefois, même en cas de résolution, la réparation de la totalité de l'intérêt positif pourra, en fonction des circonstances, être constitutive d'abus de droit (4063).

II. Cela étant, il est permis de s'interroger sur le *respect du principe dispositif* lorsqu'à titre de sanction d'un abus de droit, le juge impose la résolution du contrat alors que le créancier se bornait à en demander l'exécution forcée.

En s'inspirant de la doctrine processualiste française, on a soutenu que lorsque l'exception d'abus de droit est opposée par le défendeur à l'action, l'objet du litige en serait ainsi élargi de sorte que le juge qui prononce sur cette base la résolution non sollicitée par le demandeur ne statuerait pas pour autant *ultra petita* (4064). Cette conception souple du principe dispositif ne nous paraît toutefois pas pouvoir être reçue en droit belge, compte tenu du texte de l'article 1138, 2^o, du Code judiciaire qui n'a égard qu'à l'objet de la demande. La prudence commande dès lors que le créancier auquel le débiteur reproche d'abuser de son droit en sollicitant l'exécution forcée de la convention introduise, à titre subsidiaire, une demande tendant à la résolution de celle-ci. À défaut, le juge qui constate l'abus ne pourrait que rejeter la demande d'exécution forcée sans pouvoir pour autant prononcer la résolution, en l'absence de demande en ce sens.

Nous trouvons une certaine confirmation de cette solution dans un arrêt du 6 janvier 2011 qui décide que « [l]orsque, exerçant l'option que lui confère l'article 1184 du Code civil, une partie choisit abusivement de forcer l'autre partie à l'exécution d'une convention au lieu d'en demander ou d'en accepter la résolution avec dommages-intérêts, la réparation de cet abus peut consister en la privation du droit pour cette partie d'obtenir l'exécution forcée » (4065). Dans cette affaire, le juge du fond avait retenu un abus de droit dans le chef du preneur qui avait décidé de se maintenir dans une galerie commerciale en cours de rénovation et refusé l'offre de résiliation formulée par

(4063) Voy. en ce sens Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, n^o 375 où l'indemnité forfaitaire de résiliation de bail, d'une durée de six mois, a été réduite à trois mois, parce que le bailleur avait tardé à agir en résolution.

(4064) S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 313, p. 436 ; voy. également D. MOUGENOT, « L'office du juge en matière de baux », *Le bail. Actualités et dangers*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 277 et s., n^o 35, pp. 305 et s.

(4065) Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n^o 12, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES.

le bailleur moins de deux ans avant la fin du bail. Il avait, à titre de sanction, rejeté purement et simplement l'action en exécution forcée du preneur. Certes, dans son pourvoi, celui-ci ne reprochait pas au jugement attaqué de ne pas avoir prononcé la résolution du bail à défaut de lui accorder son exécution forcée, mais seulement d'avoir rejeté pour le tout sa demande plutôt que de lui octroyer au moins des dommages-intérêts égaux à ce que le bailleur lui avait offert pour résilier le bail. Cela étant, la réponse de la Cour, même si elle ne se réfère pas expressément au principe dispositif, confirme en tout cas qu'en l'absence de demande en résolution du bail, le juge qui estime la demande d'exécution forcée abusive peut se borner à rejeter celle-ci.

421. Suite – Pouvoir d'ordonner d'office les restitutions.

Tout autre est la question de savoir si, saisi d'une demande en résolution qu'il déclare fondée, le juge est autorisé à ordonner d'office les restitutions découlant de cette résolution alors qu'aucune demande expresse en ce sens n'a été introduite.

En France, on semble considérer que les restitutions constituent une conséquence légale et automatique de la résolution, qui devraient dès lors être prononcées même lorsqu'elles ne sont pas demandées (4066). Une solution similaire a été défendue en Belgique aux motifs que la demande de restitution serait virtuellement comprise dans la demande en résolution (4067).

Cette solution, qui ne nous paraît pas compatible avec la conception stricte du principe dispositif imposé par l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, a été condamnée par la Cour de cassation qui a en effet estimé « [q]u'en l'absence d'une demande de la demanderesse en restitution de la bande transporteuse, les juges d'appel qui ont déclaré fondée la demande tendant à la résolution du contrat n'étaient pas tenus de condamner la défenderesse à cette restitution » (4068). On peut même aller jusqu'à considérer qu'ils *ne peuvent* prononcer une telle condamnation aux restitu-

(4066) Voy. en ce sens l'article 1162-2, alinéa 1er, du **Projet Catala** ; Cass. fr., 25 février 2010, n° 08-20.751 et 08-21.601 ; Cass. fr., 29 janvier 2003, n° 01-03.185 ; C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2010, n° 198, p. 29 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 903, p. 653 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 526, p. 585 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 48.

(4067) T. STAROSSELETS, o.c., *R.G.D.C.*, 2005, n° 5, p. 457.

(4068) Cass., 21 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 203 ; L. CORNELIS, o.c., *Sancties en nietigheid*, n° 63, p. 264 ; J.-F. GERMAIN, o.c., *Manuel de la vente*, n° 795, p. 341 ; voy. également dans le même sens, en matière de nullités, *supra*, n° 252.

tions, en l'absence de demande en ce sens (4069). Il incombe donc à la partie qui sollicite la résolution de conclure d'emblée sur les restitutions qui peuvent en découler, ou du moins de demander au juge de réserver à statuer sur ce point (4070).

422. Objet des restitutions. En règle, les restitutions obligent chaque partie à restituer ce qu'elles ont reçu en exécution du contrat résolu (4071). Les développements que nous avons consacrés à cette question en matière de nullités peuvent ici trouver application par analogie (4072).

Ainsi, par exemple, le vendeur qui perçoit le prix augmenté de la TVA doit restituer celle-ci à l'acheteur, bien qu'il l'ait versée entre-temps au fisc, puisqu'il s'agit bien d'une somme reçue de son cocontractant (4073). En revanche, lorsqu'en exécution du contrat résolu des sommes sont payées directement par une partie à un tiers, telle l'Administration fiscale, elles ne doivent pas être restituées par le cocontractant, puisque lui-même ne les a jamais reçues (4074). Néanmoins, dès lors que la résolution produit également ses effets à l'égard des tiers (4075), ceux-ci seront, en règle (4076), tenus de restituer directement ces sommes à la partie qui les a décaissées. En outre, en l'absence d'une telle restitution (en raison par exemple de l'insolvabilité du tiers), le créancier de la restitution subira une perte dont, si la résolution a été causée par la faute de son cocontractant, il pourra demander réparation à ce dernier (4077).

(4069) Voy. ainsi, à propos des pouvoirs de l'arbitre, Antwerpen, 8 juin 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 181.

(4070) À cet égard, il a été jugé que « commet une faute préjudiciable envers son client l'avocat qui, dans une procédure de résolution de vente omet de conclure sur les restitutions chiffrées consécutives » (Cass. fr., 15 mai 2007, *Bull.*, 2007, I, n° 193).

(4071) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 927, p. 667 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 622, p. 382.

(4072) Voy. *supra*, n° 253.

(4073) Voy. Cass. fr., 26 juin 1990, *Bull.*, 1990, IV, n° 190 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 424, p. 181.

(4074) Voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 424, p. 181 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 514, p. 574.

(4075) Voy. *infra*, n° 463

(4076) Les droits d'enregistrement ne sont toutefois restituables qu'à la condition que l'action en résolution ait été introduite dans l'année du contrat (art. 209, 3°, C. dr. enr.).

(4077) Sur ce que le dommage réparable en cas de résolution inclut les frais payés à des tiers lors de l'exécution du contrat, voy. *supra*, n°s 399 et s.

423. Forme et étendue des restitutions. Comme en matière de nullités (4078), les parties sont en principe tenues de procéder aux restitutions *en nature* (4079). Conformément au droit commun, les frais de la restitution doivent en règle être supportés par celui qui y procède (4080). Si, toutefois, cette partie n'est autre que le créancier qui a obtenu la résolution, ces frais constitueront en principe pour lui un dommage dont il pourra demander réparation (4081). Lorsque la restitution porte sur une somme d'argent, le nominalisme monétaire trouvera, conformément au droit commun, à s'appliquer (4082). Enfin, s'agissant de choses de genre autres que de l'argent, leur restitution en nature interviendra *in genere*, c'est-à-dire qu'elle portera sur une quantité identique de choses semblables, étant entendu que le débiteur de la restitution ne pourra en principe se prévaloir de la perte de la chose en vertu de l'adage *genera non pereunt* (4083).

La restitution en nature est toutefois écartée lorsqu'elle s'avère impossible (4084) – sous réserve d'une éventuelle subrogation

(4078) Voy. *supra*, n° 255.

(4079) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 177, p. 190 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 20, p. 244 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 798, p. 342 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 518, p. 577 ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 197, p. 215 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 7, p. 457 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 213, p. 302 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 680, p. 594.

(4080) Art. 1248 du Code civil ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 411, p. 262 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 201 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 238, p. 255 ; pour une critique de *lege feranda* de cette solution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 930, pp. 670 et s. ; **en droit allemand**, R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 346, n° 18.

(4081) Il s'agit en effet d'une dépense relevant de l'intérêt négatif qui est, en principe, indemnisable : voy. *supra*, n° 404.

(4082) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *o.c.*, n° 424, p. 181 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 934, p. 674 ; art. 1163-2 du **Projet Catala**.

(4083) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 510, p. 571 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 90 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 200, p. 218 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 14. Sur la portée de cet adage, voy. P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, n°s 28 et s., pp. 262 et s.

(4084) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 24, p. 248 ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 8, p. 458 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 213, p. 302 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 680, p. 594. – Sur le cas, limite, de la résolution d'un contrat de service comportant l'obligation de fabriquer et

réelle (4085) – ou constitutive d’abus de droit (4086). En ce cas, la restitution par équivalent s’impose. Celle-ci implique de restituer *une somme d’argent égale à la valeur de la chose* qui aurait dû être restituée, sans que le juge ne soit tenu par les éventuelles stipulations conventionnelles qui auraient fixé le prix de la chose (4087). Telle est du moins la solution généralement admise en droits belge et français.

À cet égard, on relèvera que certains systèmes juridiques précisent que, bien que la prestation impossible à évaluer en nature doive en principe être restituée par équivalent sur la base de sa valeur objective, cette obligation ne vaut que pour autant que l’exécution reçue ait représenté (subjectivement) un avantage pour le bénéficiaire (4088). Ainsi, par exemple, si A effectue des travaux pour B pour un prix de 100 et que la main d’oeuvre vaut objectivement 100 d’après les standards du marché mais que B demande la résolution parce que les travaux ne sont pas conformes à la commande passée et ne présentent dès lors pour lui qu’une utilité de 0, B ne devrait être tenu de restituer que 0 et non 100. À notre sens, cependant, si l’on part du principe que la prestation doit être évaluée indépendamment des stipulations contractuelles, il n’y a pas lieu de se départir d’une évaluation objective de la prestation. Néanmoins, dans l’exemple précité, l’obligation pour B de restituer 100 par équivalent, alors que les travaux n’ont pas

de livrer un bien, cons. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 937, pp. 676 et s.

(4085) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 942, p. 679. Sur cette institution, voy. *supra*, note n° 2377.

(4086) F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 8, p. 458 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 680, p. 594.

(4087) Voy. Cass. fr., 8 mars 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 128 ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 196, p. 134 ; A. BÉNABENT, « La révision du passé entre les parties », *Rev. contrats*, 2008, pp. 15 et s., n° 13, p. 18 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 940, p. 677 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n°s 528 et s., pp. 585 et s. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 66 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 149, p. 166 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 38 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 213, p. 302 ; comp., avec des nuances importantes, l’article 173 de la proposition de DCEV (et, pour une critique sévère de cette disposition, M. LEHMANN, « Article 173 », *Common European Sales Law (CESL)*, *o.c.*, n°s 64 et s., pp. 703 et s.). – Pour l’évaluation concrète d’une prestation de service, voy. également les indications utiles données par T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 943, p. 681.

(4088) Voy., **en droit néerlandais**, l’article 6:272, alinéa 2, du NBW ; l’article 7.3.6, alinéa 2, des **Principes d’Unidroit 2010** et le commentaire, p. 269 ; comp. l’article 173.3 de la proposition de DCEV ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 238, p. 158.

augmenté la valeur de son patrimoine puisqu'ils devront être repris à zéro par un autre entrepreneur conformément au cahier des charges, constitue une perte de 100 dont il peut demander réparation au titre de l'intérêt négatif (4089).

On notera par ailleurs qu'en **droit allemand**, le § 346, alinéa 2, 2^e phrase, du BGB prévoit qu'en cas de restitution par équivalent, sa valeur doit être déterminée *sur la base de celle de la contre-prestation stipulée*, plutôt que de manière objective (4090). Dans cette mesure, les stipulations contractuelles survivent donc à la résolution du contrat. Ainsi, par exemple, si A vend à B une chose d'une valeur de 90 pour un prix de 100 et qu'après la résolution du contrat, B ne peut plus restituer la chose à A pour l'avoir revendue entre-temps à C, il devra restituer à A, non une somme de 90 équivalente à la valeur de la chose, mais bien une somme de 100 égale au prix convenu. On notera que cette règle est cependant tempérée à plusieurs titres. Ainsi, si B a revendu la chose à C pour un prix supérieur (par exemple de 110), c'est cette somme que A pourra réclamer sur la base de du § 285 du BGB qui prévoit un mécanisme de subrogation réelle (4091). Par ailleurs, si la prestation à restituer est atteinte d'un vice, A ne pourra obtenir qu'une fraction de la somme due, celle-ci étant toujours calculée sur la base de la valeur convenue et non de la valeur réelle de la chose (4092). Ces règles d'évaluation de la prestation impossible à restituer en nature, qui ont été vivement critiquée par certains auteurs (4093), sont donc prévues par un texte exprès, qui ne connaît pas d'équivalent en droit belge. Au demeurant, leur transposition en Belgique se heurterait à la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique décidant que « le contrat résolu ne peut plus servir de fondement aux droits et obligations des parties » (4094).

(4089) Sur l'inclusion de principe l'intérêt négatif dans le dommage réparable, voy. *supra*, n° 404.

(4090) « Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen ». Voy. de même l'article III. – 3:512, alinéa 2, du **DCFR**. Sur la justification et la portée de cette règle, cons. BGH, 19 novembre 2008, VIII ZR 311/07 ; voy. également BGH (déc.), 14 juillet 2011, VII ZR 113/10, point 4.

(4091) R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 346, n° 47.

(4092) BGH (déc.), 14 juillet 2011, VII ZR 113/10, points 9 et s. ; R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 346, n° 21.

(4093) Voy. R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 346, n° 44.

(4094) Voy. les références citées *infra*, n° 462.

2. – *Fruits et indemnité de jouissance*

424. Principe de restitution des fruits. Quel sort faut-il réserver aux fruits produits par la ou les choses à restituer ensuite de la résolution du contrat ? Des opinions radicalement opposées ont à cet égard été défendues. Ainsi, pour certains, la remise en pristin état imposerait la restitution pure et simple de tous les fruits (4095). Pour d'autres, au contraire, il y aurait lieu de procéder à une compensation forfaitaire des intérêts du prix et des fruits de la chose, de sorte que seules les prestations elles-mêmes devraient en définitive être restituées, en réservant toutefois le cas où la résolution serait prononcée pour défaut de paiement du prix par l'acheteur : en ce dernier cas, celui-ci devrait restituer la totalité des fruits perçus, puisque le vendeur n'a de son côté pas pu percevoir les intérêts du prix (4096).

À notre sens, les textes épars qui paraissent envisager une compensation des intérêts et des fruits (4097) ne suffisent pas à justifier une telle compensation dans le domaine de la résolution pour inexécution (4098). Puisque la résolution a pour effet d'effacer rétroactivement les transferts de propriété intervenus (4099), mieux vaut admettre, par application de l'article 546 du Code civil,

(4095) Voy. ainsi C.J.C.E., 18 décembre 1986, *Commission / Zoubek*, C-426/85, point 8 (faisant application du droit belge en vertu d'une clause de droit applicable) ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 154 ; art. III. – 3:510, alinéa 5, du **DCFR**, et le commentaire, p. 895, qui y voit « an obvious requirement of justice. Without this obligation there would, in a case where fruits have been produced, be no adequate restitution. Moreover the results of termination would be entirely arbitrary depending on whether notice of termination was given before or just after fruits had been produced » ; art. 172.2 de la proposition de **DCEV**.

(4096) Voy. P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 26, pp. 250 et s. ; F. GLANSDORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 37, pp. 103 et s. ; R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., nos 466 et s., pp. 280 et s. ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 947, p. 774 (garantie d'éviction). Adde J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 219, p. 147, se fondant sur l'absence d'effet rétroactif de la résolution (sur cette opinion, voy. *infra*, nos 537 et s.).

(4097) Voy. art. 1652, alinéa 3 (interprétation de la volonté présumée des parties dans le contrat de vente), 1673 (disposition propre à la vente à réméré, qui s'explique par l'absence d'effet rétroactif de la condition entre parties : voy. *supra*, n° 187) et 1682 (disposition relative à la rescision pour lésion, dont nous avons vu cependant qu'elle reposait sur une présomption de bonne foi : voy. *supra*, n° 258).

(4098) Voy. de même S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 229, p. 247.

(4099) Voy. *supra*, n° 419.

que la restitution porte également sur les accessoires de la chose tels que les fruits et produits (4100).

À ce principe, deux tempéraments doivent cependant être apportés. L'un se rapporte à la protection du possesseur de bonne foi, l'autre à la possibilité pour le créancier de demander des dommages-intérêts complémentaires à la résolution.

425. Protection du possesseur de bonne foi. On sait qu'en vertu de l'article 549 du Code civil, le possesseur de bonne foi tenu de restituer la chose au *verus dominus* est néanmoins autorisé à conserver les fruits produits par celle-ci.

Certains ont mis en doute que cette disposition puisse trouver à s'appliquer dans les relations entre parties contractantes, et en particulier dans le cadre des restitutions consécutives à la résolution du contrat. À leurs yeux, celle-ci ne concernait que les rapports réels à l'exclusion des rapports personnels (4101). L'objection n'est toutefois pas déterminante, dès lors que la résolution produit aussi ses effets sur le plan réel (4102). Du reste, dans un arrêt du 2 octobre 2008, la Cour de cassation n'a pas hésité à se référer à cet article dans les rapports entre les parties à un contrat nul (4103). Certes, la nullité et la résolution n'obéissent pas exactement à la même logique, mais nous avons vu que dès lors que la première constitue une sanction plus radicale que la seconde, les exceptions à l'effet rétroactif de l'une doivent *a fortiori* valoir dans le cadre de l'autre (4104). Rien n'empêche dès lors d'appliquer l'article 549 aux restitutions consécutives à la résolution du contrat (4105).

(4100) Comp., en matière de nullité, *supra*, n° 256.

(4101) Voy. Cass. fr., 22 juillet 1992, *Bull.*, 1992, III, n° 263 (qui se fonde sur l'effet rétroactif de la résolution pour conclure à l'obligation de restitution des fruits même par le possesseur de bonne foi) ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 26, p. 250 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 37, p. 103.

(4102) Voy. *supra*, n° 419.

(4103) Voy. *supra*, n° 259.

(4104) Voy. *supra*, n° 378, III.

(4105) P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 879, p. 463, note n° 36 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 230, p. 247. On notera que certains auteurs aboutissent au même résultat par application de l'article 1378 du Code civil. La référence à celui-ci nous paraît toutefois inappropriée dès lors que les restitutions consécutives à la résolution du contrat ne trouvent pas leur fondement dans les règles du paiement indu (voy. *supra*, n° 417).

On a également fait valoir que le concept de possesseur de bonne ou de mauvaise foi et de titre vicié seraient inadaptés à l'hypothèse de la résolution du contrat (4106). Cet argument ne nous convainc toutefois pas. La bonne foi se définit en effet comme l'ignorance des vices dont le titre de propriété du possesseur est affecté (article 550 du Code civil). La mauvaise foi consiste donc en la connaissance de la précarité de son titre. Or, ce concept apparaît tout à fait transposable au domaine de la résolution qui, de la même manière que la nullité, est susceptible de faire tomber le titre du possesseur.

Enfin, de manière générale, la *ratio legis* de l'article 549 – à savoir le souci d'éviter l'injustice consistant à réclamer la restitution des fruits à celui qui de bonne foi les a consommés au jour le jour (4107) – commande également d'en admettre l'application aux restitutions consécutives à la résolution du contrat.

La seule question qui se pose est alors de déterminer si la connaissance de la précarité du titre n'est acquise qu'au moment de l'introduction de l'action en résolution ou si elle doit remonter dès la commission du manquement grave justifiant la résolution (ou, le cas échéant, du manquement entrant dans les prévisions de la clause résolutoire expresse). En effet, dès lors que le créancier dispose toujours d'une option entre l'exécution forcée et la résolution, il pourrait être soutenu que ni ce créancier ni le débiteur ne peuvent savoir avec certitude qu'ils seront appelés à restituer la chose avant que le créancier n'ait exercé son option (4108).

En réalité, la réponse à cette question dépend de l'intensité de la croyance que le possesseur doit avoir dans la qualité de son titre pour qu'il puisse être considéré de bonne foi. On peut, à cet égard, raisonner par analogie avec la bonne foi requise pour pouvoir se prévaloir de l'article 2279 du Code civil. Dans ce dernier cas, « la bonne foi requise chez le possesseur [...] est la croyance absolue que son auteur était propriétaire du bien qu'il lui a transmis ; [...] tout doute sur le droit de propriété de l'auteur est exclusif de la bonne foi du possesseur et constitutif de sa mauvaise foi, de même que tout indice

(4106) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 26, p. 250 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 921, pp. 663 et s. ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 37, p. 103 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 154 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 19.

(4107) Voy. *supra*, n° 257.

(4108) Voir même avant la décision du juge, puisque celui-ci dispose d'ordinaire d'un pouvoir souverain d'appréciation. Pour cette objection, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 921, p. 664.

ou toute information rendant suspecte la possession de l'auteur, ou aussi la connaissance d'actes qui attestent de la part du véritable propriétaire l'intention d'exercer ses droits » (4109). Plus récemment, la Cour de cassation a décidé que « [l]a bonne foi du possesseur de la chose volée ou perdue qui a acheté cette chose dans les circonstances visées à l'article 2280 du Code civil suppose que le possesseur a pu croire que celui qui lui a transmis la chose en était le propriétaire. La bonne foi peut être exclue dès lors que le possesseur n'a pas pu le croire, même s'il n'a pas eu connaissance de l'origine illicite de la chose » (4110). Elle a également considéré que « Le détenteur du gage n'est pas de bonne foi lorsqu'il savait ou devait savoir que le bailleur de gage n'avait pas le pouvoir de donner en gage » bien que « Sauf circonstances particulières, il ne pèse sur le détenteur du gage en cause aucune obligation de vérification » (4111).

Il apparaît donc que la bonne foi du possesseur est assez aisée à renverser et qu'elle doit l'être dès que celui-ci a pu raisonnablement concevoir des doutes quant à la solidité de son titre. Par conséquent, il nous semble que dans le cadre de la résolution, la bonne foi du possesseur – qu'il soit créancier ou débiteur – doit être exclue dès que celui-ci a connaissance de la commission, par lui-même ou par son cocontractant, d'un manquement susceptible d'entraîner la résolution du contrat, quand bien même le créancier n'aurait pas encore exercé l'option qui lui est reconnue (4112). En effet, dès le moment de cette connaissance, le possesseur doit savoir qu'il pourrait être amené à devoir restituer la chose et, partant, ne peut plus légitimement continuer à consommer les fruits dans la croyance qu'il ne devra pas en rendre compte (4113).

(4109) Cass., 3 juin 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, pp. 300 et s. ; voy. de même J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 899, p. 1881 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 299.1, p. 691.

(4110) Cass., 16 décembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 747.

(4111) Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 697.

(4112) Voy. dans le même sens J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 26, p. 19 ; J. DEL CORRAL, « Wie zaait, maait... Over de toepassing van artikel 549 B.W. », note sous Cass., 2 octobre 2008, *R.W.*, 2009-2010, pp. 618 et s., n° 8, pp. 620 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 231, p. 249.

(4113) Comp. Cass., 17 décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 115, qui impose en matière de nullité une obligation de restitution des fruits à dater de l'indue possession lorsque le possesseur avait connaissance du vice, alors que, tout comme la résolution (voy. *supra*, n° 356), la nullité ne peut en règle être prononcée que par un juge (voy. *supra*, n° 227), de sorte que le possesseur ne pouvait avoir la certitude qu'il devrait restituer qu'à dater de l'introduction d'une action en justice.

Par ailleurs, la bonne foi est exclue lorsque le contrat (tel le contrat de dépôt) ne permettait pas au débiteur de la chose de consommer les fruits (4114).

426. Incidence des règles de la responsabilité. Reste à examiner l'impact que l'inexécution commise par le débiteur peut avoir sur l'obligation des parties de restituer les fruits (4115).

On sait, en effet, que le créancier victime de l'inexécution peut réclamer de son débiteur, outre la résolution, des dommages-intérêts destinés à réparer l'intérêt positif, c'est-à-dire à le placer dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté (4116). Cet intérêt positif comprend donc le bénéfice net escompté de l'opération (4117). Or, précisément, ce bénéfice net inclut la différence positive entre les fruits produits par la chose que le créancier est contraint de restituer du fait de la résolution et ceux produits par la chose qu'il reçoit en retour (4118).

Supposons par exemple que A cède à B des actions et que B obtienne ensuite la résolution de cette vente en raison de certains manquements commis par A. A et B devraient normalement se restituer, respectivement, les intérêts sur le prix et les dividendes sur les actions depuis les manquements commis par A. Toutefois, si l'on suppose que le rendement de l'argent était à cette période de 2% et que le rendement des actions du fait des dividendes était quant à lui de 5%, ces restitutions croisées privent dès lors B d'un bénéfice de 3% dont il peut demander réparation sous forme de dommages-intérêts complémentaires à la résolution.

On trouve une confirmation de cette solution à l'article 1630, 2°, du Code civil, qui prévoit que, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur la restitution « des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ». En effet, si le contrat avait été correctement exécuté, l'acheteur serait resté en possession de la chose et aurait donc pu conserver les fruits. La disposition du Code est toutefois trop générale parce qu'elle ne tient pas compte du fait que le dommage subi par l'acheteur en raison de la restitution des fruits est diminué par la restitution des intérêts du

(4114) Voy., *mutatis mutandis*, *supra*, n° 257.

(4115) Comp. C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 124.

(4116) Voy. *supra*, n° 393.

(4117) Voy. *supra*, n° 402.

(4118) Voy. BGH, 14 avril 2010, VIII ZR 145/09, point 27.

prix du vendeur. En effet, cette restitution ayant une cause juridique identique à la restitution des fruits – à savoir l'inexécution commise par le vendeur –, elle n'est pas étrangère à la faute et doit, dès lors, être prise en considération dans l'évaluation du dommage (4119).

427. Indemnité de jouissance. Dès lors qu'il est acquis que les fruits doivent en principe être restitués avec la chose qui les a produits, il reste à examiner si cette obligation de restitution implique également celle de verser au créancier de la restitution de la chose une indemnité destinée à compenser l'usage que son cocontractant en a fait pendant la durée de vie du contrat (4120).

On sait que, confrontée à cette même question dans le domaine des nullités, la Cour de cassation de France a, par un arrêt en chambre mixte rendu le 9 juillet 2004, décidé que l'effet rétroactif de la nullité s'opposait au versement d'une telle indemnité (4121). Par une série d'arrêts ultérieurs, elle a étendu cette jurisprudence au domaine de la résolution (4122). Tout au plus admet-elle qu'une indemnité d'occupation soit due à dater de l'arrêt prononçant la résolution (4123).

En Belgique, au contraire, nous avons vu que la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 2 octobre 2008 rendu en matière de nullité – mais dont la généralité des termes permet d'en étendre sans peine la portée au domaine de la résolution – que « [d]oivent être restitués au propriétaire non seulement les fruits perçus par le possesseur de mauvaise foi, mais également ceux que le propriétaire aurait perçus si l'indue possession ne l'en avait empêché » (4124).

(4119) Comp. *supra*, n° 408.

(4120) Sur cette question, sans prendre parti, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 531, p. 588.

(4121) Voy. *supra*, n° 259.

(4122) Cass. fr., 15 mars 2011, n° 09-72.006 ; Cass. fr., 25 janvier 2011, n° 10-30.471 ; Cass. fr., 31 mars 2010, n° 08-14.009 ; Cass. fr., 9 novembre 2009, n° 08-18.232 ; Cass. fr., 30 septembre 2008, *Bull.*, 2008, I, n° 216 ; Cass. fr., 19 décembre 2007, n° 07-12.824 ; Cass. fr., 30 octobre 2007, *Bull.*, 2007, IV, n° 231 ; Cass. fr., 15 mai 2007, *Bull.*, 2007, I, n° 193 ; voy. déjà auparavant Cass. fr., 11 mars 2003, *Bull.*, 2003, I, n° 74 ; voy. également J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 216, p. 146 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 879, p. 463. **En droit néerlandais**, voy. de même C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, *o.c.*, n° 522a, qui réserve cependant l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

(4123) Cass. fr., 27 mars 2012, n° 11-14.874.

(4124) Voy. *supra*, n° 259 ; voy. de même l'article III. – 3:513, alinéa 1^{er}, du **DCFR** ; l'article 174 de la proposition de **DCEV** (et, à propos de cette disposition, *supra*, note n° 2438) ;

Cette solution est conforme à l'objectif de la résolution qui est, en principe, de remettre les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été exécuté (4125). Sur la base de ce principe, le créancier de la restitution peut donc en règle réclamer à son cocontractant une indemnité d'occupation calculée sur la base de la valeur locative de la chose, puisque c'est bien celle-ci qui permet de déterminer l'étendue des fruits que ce créancier aurait perçus si l'indue possession ne l'en avait empêché.

On notera que cette solution est en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de cassation applicable en cas de dissolution du contrat par application de la théorie des risques. Or, le rapprochement se justifie parfaitement dès lors que, tout comme la théorie des risques, le régime de la résolution repose, au moins pour partie, sur l'interdépendance des obligations synallagmatiques (4126). En l'occurrence, nous avons déjà mentionné un arrêt du 9 novembre 1995 en vertu duquel, lorsque les risques sont demeurés sur la tête du vendeur (4127) et que la chose vient à périr par cas fortuit, le vendeur, quoique tenu à la restitution du prix, « a droit à la contre-valeur de la jouissance de la chose par l'acheteur » (4128). La même solution se dégage, implicitement, d'un arrêt du 4 février 2005 (4129).

Bien sûr, tout comme les fruits ordinaires, cette indemnité d'occupation n'est due que sous réserve des tempéraments que la bonne foi et la réparation de l'intérêt positif du créancier peuvent y apporter (4130).

3. – *Contrats successifs et aléatoires*

428. Point de départ : jurisprudence de la Cour de cassation. La question de la date à laquelle la résolution pour inexécution d'un contrat successif peut remonter est devenue une difficulté

l'article 1164-2 du **Projet Catala** ; l'article 95, alinéa 1^{er}, du **Projet de la Chancellerie**.

(4125) Voy., spéc. à propos de l'indemnité de jouissance, BGH, 28 novembre 2007, VIII ZR 16/07, point 10.

(4126) Voy. *supra*, n° 372.

(4127) Tel serait le cas, selon cette décision, en cas de clause de réserve de propriété, ce qui est discutable : voy. à ce propos *supra*, n° 265, III.

(4128) Cass., 9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1014.

(4129) Cass., 4 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 67 (deuxième moyen publié sur www.juridat.be).

(4130) Voy. *supra*, n°s 425 et s.

classique (4131), même si l'on surestime parfois son importance pratique compte tenu de la possibilité pour le créancier d'obtenir des dommages-intérêts complémentaires à la résolution (4132). À cet égard, la consultation de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique suscite inmanquablement chez l'observateur l'impression d'une certaine confusion (4133). Si l'on tente, en effet, d'aborder celle-ci sans opinion préconçue, et en laissant provisoirement de côté la question des contrats aléatoires (4134), pas moins de cinq courants différents s'en dégagent sans qu'aucun ne paraisse être définitivement abandonné aujourd'hui.

429. Premier courant – Résolution remontant à la demande en justice. Selon un premier courant, la résolution d'un contrat successif ne remonte, en règle, que jusqu'au jour de la demande en justice sans que les circonstances dans lesquelles ce principe doit être écarté ne soient précisées (4135).

Cette solution, qui ne fait l'objet d'aucune motivation particulière (4136), ne paraît pas pouvoir se justifier par l'effet déclaratif du jugement de résolution (4137).

(4131) Comme on le verra ci-après (n° 436), la problématique examinée dans la présente section n'est en réalité pas spécifique aux contrats successifs. Cette catégorie juridique étant cependant fréquemment utilisée dans la pratique, il ne paraît pas inadéquat de la prendre pour point de départ de la réflexion.

(4132) Voy. *infra*, n° 438.

(4133) Pour le même constat dans la jurisprudence française, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 826, p. 591 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., nos 544 et s., pp. 599 et s.

(4134) Voy. à ce propos *infra*, nos 439 et s.

(4135) Voy. Cass., 1^{er} mars 2012, n° C.11.0056.N, point 2 (inédit) ; Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 375 (sur le caractère aléatoire du contrat, voy. *infra*, n° 439) ; Cass., 8 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 82, *R.C.J.B.*, 1990, p. 379, note M. FONTAINE ; Cass., 29 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1199, avec les conclusions contraires de M. le premier avocat général R. DECLERCQ, alors avocat général (décision cassant un jugement ayant fait remonter la résolution du bail jusqu'à la date où les locataires avaient fautivement quitté les lieux) ; Cass., 24 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 581 (résolution du bail « pour l'avenir », c'est-à-dire en réalité au jour de la demande en justice) ; Cass., 28 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1051 ; P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, o.c., n° 14, p. 678 (aux motifs que c'est à ce moment que l'option du créancier est exercée en faveur de la résolution). – On notera que certains auteurs ont tenté d'interpréter souplement cette jurisprudence en considérant que la date d'introduction de la demande en justice était retenue, parce qu'elle correspond approximativement à la date du manquement (voy. *infra*, n° 435).

(4136) Sous réserve de l'arrêt du 24 janvier 1980 qui justifie la solution retenue par l'idée que « les prestations effectuées en exécution de la convention ne sont pas susceptibles de restitution » ; voy. à ce propos *infra*, n° 430.

(4137) Voy. dans le même sens les réflexions de L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, o.c., *R.C.J.B.*, 1986, n° 80, note (1), pp. 293 et s.

En effet, sans même devoir examiner la question de savoir si, en règle, les jugements rétroagissent par nature au jour de la demande en justice (4138), il nous paraît qu'un sort particulier doive en toute hypothèse être réservé au jugement de résolution, compte tenu à la fois du caractère en principe judiciaire de celle-ci et de sa fonction sanctionnatrice (4139). En effet, le juge saisi d'une demande en résolution ne se borne pas à constater l'existence d'une situation juridique préexistante ; habilité par la demande du créancier qui a opté pour la résolution (4140), le juge statue sur l'opportunité de celle-ci et décide ou non de l'infliger au débiteur à titre de réparation d'un manquement grave qui a rompu l'équilibre contractuel.

Par conséquent, le jugement de résolution doit plutôt être considéré comme un jugement *constitutif* d'une situation juridique nouvelle (4141). Cela n'exclut pas, bien évidemment, qu'un tel jugement se voie reconnaître un effet rétroactif, mais le fondement et la portée de ce dernier doivent dès lors être recherchés, non dans les effets des jugements en général, mais dans les objectifs de la résolution (4142).

Or, pour quels motifs les contrats successifs devraient-ils être traités différemment des contrats instantanés, et pourquoi la date d'introduction de la demande en justice devrait-elle être retenue comme critère pertinent ? Il en va d'autant plus ainsi dans le cas – loin d'être rare en pratique – où la résolution, sans perdre son caractère de sanction, résulte, non d'une décision du juge, mais du seul créancier (4143).

(4138) Question que nous avons écartée de notre champ d'investigation, parce qu'elle dépasse largement le domaine du droit général des contrats : voy. *supra*, n° 4.

(4139) Sur ces deux aspects, voy. *supra*, n°s 356 et 374.

(4140) Nous avons vu en effet que la résolution ne peut être prononcée sans demande en ce sens de la part du créancier : voy. *supra*, n° 420.

(4141) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 165, p. 120 ; comp. également *supra*, n° 418 ; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 109, p. 123 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 581, p. 357.

(4142) Dans le même sens, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 166, p. 122.

(4143) Sur ces hypothèses, voy. *supra*, n° 359 et s. P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 34, p. 692, suggère en ce cas de retenir comme critère la date d'expiration du délai donné par le créancier dans la mise en demeure lorsque celle-ci exprime la décision de résoudre le contrat à cette expiration ou, à défaut, la date de notification de la résolution.

430. Deuxième courant – Rétroactivité écartée par l'impossibilité des restitutions. Selon un second courant, concernant essentiellement le contrat de bail, la rétroactivité de la résolution est écartée dans la mesure où elle imposerait de procéder à des restitutions impossibles, ce qui serait le cas de la restitution de la jouissance de la chose (4144).

Ce critère peut aboutir en pratique, en fonction des circonstances, soit à une résolution sortissant ses effets *ex nunc* (4145), soit, au contraire, à une résolution *ex tunc* remontant jusqu'au moment où les locataires ont effectivement quitté les lieux, ce qui peut se produire tant avant (4146) qu'après (4147) l'introduction de la demande en justice.

La doctrine a vivement critiqué cette solution, sans néanmoins parvenir à infléchir la jurisprudence de la Cour. On a fait observer, à juste titre, que la restitution de la jouissance de la chose n'est pas véritablement impossible, puisqu'à défaut de pouvoir intervenir en nature, elle pourrait être effectuée sans peine par équivalent (4148). En réalité, cette conception paraît procéder d'une

(4144) Voy. Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 326, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 19 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 678 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 179 ; Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général ; Cass., 31 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 288 ; Cass., 16 juin 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1129 ; conclusions contraires de M. le premier avocat général R. DECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 29 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1199 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, o.c., n° 1391, p. 803 ; R. CASSIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 10, p. 175 ; Y. HANNEQUART, « La Condition », *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, o.c., n° 350, p. 458 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXV, o.c., n° 375, p. 422 ; V. SAGAERT et M. SOMERS, o.c., *T. Not.*, 2008, n° 25, p. 93 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 592, pp. 905 et s., spéc. p. 906 (mais comp. n° 593, p. 907) ; **en France**, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 255, p. 243.

(4145) Voy. en ce sens l'arrêt du 16 juin 1955 (occupation des lieux loués par le locataire au moins jusqu'au 27 mars 1953, date du jugement de première instance prononçant la résolution ; résolution produisant ses effets à compter du 1^{er} avril 1953).

(4146) Voy. ainsi l'arrêt du 31 janvier 1991 (expulsion des locataires le 7 mai 1987, demande en résolution le 28 janvier 1988, résolution remontant au 7 mai 1987).

(4147) Voy. ainsi l'arrêt du 19 novembre 2009 (demande en résolution le 22 décembre 2006, occupation des lieux jusque juillet 2007, cassation de la décision faisant remonter la résolution au 22 décembre 2006).

(4148) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 275, p. 182 ; C. CAUFFMANN, o.c., *Droit des contrats*, n° 13, p. 163 ; L. CORNELIS et V. SAGAERT, o.c., *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, n° 11, p. 296 ; A. DE BOECK, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, p. 450 ; P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 11, p. 675 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 315, p. 437 ; P.A. FORIERS, o.c., *La*

confusion, déjà dénoncée, entre réalité matérielle (une prestation a été effectuée et ne peut être physiquement restituée à l'identique) et réalité juridique (cette prestation peut néanmoins être restituée en valeur) (4149).

Au surplus, on a également souligné que le critère de l'impossibilité des restitutions ne permettait pas, en tant que de tel, de réserver un sort particulier aux contrats successifs. D'une part, en effet, la restitution (en nature) peut également s'avérer impossible dans les contrats instantanés, notamment dans le cas de la prestation d'un service (4150) ou de la remise d'une chose qui a péri, que ce soit par cas fortuit ou par le fait du débiteur de la restitution (4151). D'autre part, la restitution (en nature) s'avère concevable dans les contrats successifs portant sur la fourniture de certains types de biens (eau, pétrole, électricité, etc.) (4152).

Les développements qui précèdent n'ont pas pour objet d'écarter en toutes circonstances la solution consistant à faire remonter la résolution jusqu'au moment où le locataire a quitté les lieux. Mais une autre justification que celle avancée par la Cour de cassation doit être recherchée.

mise en vente d'un immeuble, n° 6, p. 228 ; M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 44, p. 398 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 816, p. 581 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 541, p. 597 ; I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 20, p. 194 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 15, p. 460 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 218, p. 308 ; M.E. STORME, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 101 et s., n° 12 ; voy. déjà, en matière de nullité, *supra*, n° 260.

(4149) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 816, p. 581 ; sur la distinction entre ces deux niveaux d'analyse, voy. *supra*, n° 57, II.

(4150) Voy. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 14, pp. 164 et s. ; L. CORNELIS et V. SAGAERT, *o.c.*, *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, n° 11, p. 296 ; A. DE BOECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 450 ; P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 11, p. 676 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 538 et s., pp. 595 et s. ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 15, p. 460 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 218, p. 309.

(4151) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 275, p. 183. Voy. à ce propos *infra*, n° 446 et s. – On évoque également l'hypothèse de la remise d'un bien de consommation consommé par le débiteur de la restitution (M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 41, p. 397), mais il nous semble que, dans un tel cas, la restitution n'est pas impossible en vertu de l'adage *genera non pereunt* (voy. à ce propos *supra*, n° 423).

(4152) Voy. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 13, p. 163 ; M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 41, p. 397 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 815, p. 580 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 789, p. 340 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 540, pp. 596 et s.

431. Troisième courant – Combinaison des deux courants précédents. On observera que les deux courants précédemment épinglés se rejoignent dans les décisions énonçant que la résolution remonte en règle, quant à ses effets, à la demande en justice, à moins que les prestations effectuées en exécution de la convention après cette demande ne soient pas susceptibles de restitution (4153).

La synthèse opérée n'est toutefois qu'apparente. Reprenons l'exemple du bail.

Soit le locataire a quitté les lieux *après* l'introduction de la demande en justice, auquel cas la date de celle-ci est en fait indifférente : la solution consiste en réalité à faire remonter la résolution jusqu'au moment où le locataire a cessé de bénéficier de la jouissance des lieux (comme dans les décisions relevant du deuxième courant). Elle se heurte dès lors à l'objection, déjà examinée, selon laquelle la restitution de cette jouissance pourrait être opérée par équivalent.

Soit le locataire a quitté les lieux *avant* l'introduction de la demande en justice. En ce cas, il semble que la résolution ne puisse remonter avant cette dernière (4154). La solution se rapproche dès lors des décisions rattachées au premier courant sans que l'on saisisse clairement pour quels motifs la possibilité de restitution en nature serait moins significative lorsqu'elle concerne des prestations antérieures à la demande en résolution.

En définitive, ce troisième courant de jurisprudence suscite donc à notre sens plus de questions qu'il n'en résout.

432. Quatrième courant – Rétroactivité illimitée. Bien que la classification du contrat d'entreprise dans la catégorie des contrats successifs demeure discutée (4155), il nous semble

(4153) Cass., 23 juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 351 ; Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 179 ; Cass., 28 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 635 (cassation d'un jugement n'ayant fait produire ses effets à la résolution qu'à dater de ce jugement) ; voy. également les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345.

(4154) Voy. en ce sens l'arrêt du 10 avril 1997.

(4155) Certains auteurs considèrent en effet que la notion de contrat successif suppose que la durée constitue un élément essentiel d'une ou plusieurs obligations essentielles du contrat (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 68, p. 131 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 75, p. 99), ce qui ne serait pas le cas du contrat d'entreprise de construction (P. VAN OMMESLAGHE, *ibid.*, p. 132). La question pourrait sans doute être

approprié de les inclure dans la discussion dès lors que la Cour de cassation semble faire de l'impossibilité de restitution en nature le critère décisif pour soumettre les contrats successifs à un régime dérogatoire à l'effet rétroactif de la résolution. Puisque le contrat d'entreprise implique également la même impossibilité de restituer (en nature) des prestations accomplies, il paraît intéressant de vérifier le sort qui leur est réservé dans la jurisprudence de la Cour.

À cet égard, une quatrième tendance paraît s'exprimer dans un arrêt du 6 juin 1996 (4156).

Dans cette affaire, après avoir prononcé la résolution d'un contrat d'entreprise aux torts réciproques de l'entrepreneur et des maîtres de l'ouvrage, le juge du fond avait condamné ces derniers à payer le solde des factures de l'entrepreneur en estimant que la résolution n'opère « qu'à partir de l'introduction de la procédure » et que, dès lors, « les parties sont tenues de respecter intégralement le contrat et, en conséquence, de payer le prix convenu ». Cette décision est cassée par la Cour qui rappelle que « la résolution d'un contrat synallagmatique a pour effet que les parties doivent être replacées dans la même situation que celle dans laquelle elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté ; que le contrat résolu ne peut plus servir de fondement aux droits et obligations des parties ». Aucune limitation n'étant apportée pour le cas où les prestations ne sont pas susceptibles de restitution en nature, il semble donc résulter de cette décision que les maîtres de l'ouvrage n'auraient, dans l'optique de la Cour, pu être condamnés à payer à l'entrepreneur qu'une indemnité calculée sur la base de la valeur objective des travaux effectués (4157).

Cette décision paraît donc s'inscrire dans la perspective d'une rétroactivité illimitée, même dans le cas où les prestations ne sont pas susceptibles de restitution en nature (4158).

débatte, compte tenu non seulement de l'ampleur que ces contrats peuvent prendre en pratique, étant souvent divisés en plusieurs phases successives, que de la possibilité reconnue par le législateur que le contrat prenne fin avant le terme convenu (art. 1794 et 1795 du Code civil) ; en faveur de la qualification de contrat successif, voy. M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 38, note n° 53, p. 396. De manière plus générale, sur les difficultés à proposer un critère de distinction satisfaisant entre contrats successifs et contrats instantanés, voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 818, pp. 583 et s.

(4156) Cass., 6 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 219.

(4157) Comp. la thèse défendue par les maîtres de l'ouvrage devant le juge du fond (paiement des travaux exécutés sur la base des prix courants).

(4158) Voy. en ce sens G. BAERT, *Aanmeming van werk*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 2001, nos 896 et s., pp. 302 et s.

433. Cinquième courant – Souci d'éviter un déséquilibre entre les parties. Enfin, il faut avoir égard au courant initié par un arrêt du 24 mars 1972 et repris ensuite par d'autres décisions (4159). Après avoir rappelé que la résolution opère en principe *ex tunc*, que les parties doivent être replacées dans le même état que si elles n'avaient pas contracté et que le contrat résolu ne peut plus constituer pour les parties une source de droits et d'obligations (enseignements repris par l'arrêt précité du 6 juin 1996), la Cour nuance son propos comme suit :

« Attendu que la résolution ne peut, il est vrai, avoir pour effet d'annuler les prestations réciproques effectuées en exécution du contrat, lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de restitution ;

Attendu toutefois que la résolution entraînera la restitution ou le paiement en équivalent des choses ou des services qui ensuite du contrat ont été consommées ou dont une partie a bénéficié alors que l'autre partie n'en aurait pas eu la contrepartie ».

Il semble que ces motifs, dont la signification exacte ne s'impose pas avec la force de l'évidence, soient sous-tendus par l'idée d'équilibre entre les prestations (4160).

Ainsi, le premier attendu viserait le cas où, au moment de la résolution, les deux parties se sont déjà exécutées trait pour trait mais où les prestations d'au moins l'une des parties ne sont pas restituables en nature (4161). En ce cas, les restitutions seraient exclues dans le chef des deux parties (première règle) (4162), ce qui rappelle la solution résultant du deuxième courant.

Si, toutefois, il existe une asymétrie dans l'exécution, en ce sens qu'une partie a effectué une prestation mais « n'en aurait pas eu la contrepartie », alors cette prestation sera néanmoins restituable par équivalent au cas où la restitution en nature ne serait pas possible (parce qu'il s'agit d'un service, ou d'une chose

(4159) Voy. Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 4 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 305, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER ; Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693.

(4160) Voy. dans le même sens M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 5, p. 384.

(4161) Si cette lecture est exacte, la formulation utilisée est alors imprécise. Sur la base d'une lecture littérale, on pourrait en effet croire que le mot « elles » renvoie aux « prestations réciproques », alors qu'il peut ne viser que celles d'une seule partie.

(4162) On notera que le terme « annuler » utilisé par la Cour dans la formulation de la règle doit être pris ici dans son sens non technique, la question étant tout à fait étrangère à la problématique des nullités (voy. de même M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 5, p. 384).

consommée), et ce, afin de restaurer l'équilibre rompu (deuxième règle).

Au vrai, la compréhension de ces attendus n'est pas rendue plus aisée par l'application qui en est faite par la Cour (4163).

I. Ainsi, l'arrêt du 24 mars 1972 poursuit en relevant que « l'arrêt constate, d'une part, que le demandeur a fourni des plans et devis au défendeur et, d'autre part, que le défendeur n'a pas utilisé ces documents ». Selon la Cour, l'arrêt attaqué « en déduit légalement, en application de l'article 1184 du Code civil, que le demandeur n'a pas droit aux honoraires conventionnellement stipulés pour ces plans et devis, mais que le défendeur doit lui restituer ceux-ci ».

Il n'est guère facile d'interpréter cette décision. Il semble qu'en l'espèce, le demandeur (architecte) était le seul à avoir exécuté ses obligations au moment de la résolution ; cette exécution s'était traduite par l'établissement et la remise de plans et devis au défendeur (maître de l'ouvrage) sans être payé par celui-ci. On se situait donc dans l'hypothèse d'une exécution asymétrique du contrat et l'architecte devait donc, en vertu de la deuxième règle dégagée ci-avant, pouvoir réclamer la restitution, par équivalent, de la valeur de sa prestation de service. La Cour décide cependant que le maître de l'ouvrage peut se borner à restituer les plans et devis. A-t-elle considéré de la sorte que l'objet de la prestation de l'architecte ne consistait pas tant en la réalisation d'un service immatériel, mais en la remise d'une chose matérielle (les plans et devis), susceptible d'une restitution en nature ? Mais en ce cas, à quoi bon formuler deux attendus de principe relatifs aux prestations non susceptibles de restitution en nature ? Plus vraisemblablement, la décision s'explique par une autre règle, non formellement exprimée dans l'arrêt. Celui-ci se justifierait en effet par une application implicite de la théorie de l'enrichissement sans cause, qui fixe à l'obligation de restitution une double limite, soit à la fois la valeur de l'appauvrissement et celle de l'enrichissement (4164). La Cour aurait en l'espèce décidé de se baser sur la valeur subjective de l'enrichissement (4165) et, dès lors qu'il était constaté que les plans et devis ou – plus généralement – les services de l'architecte n'avaient été d'aucune utilité pour le maître de l'ouvrage, celui-ci n'était tenu qu'à la restitution du très faible accroissement de son patrimoine dont

(4163) Dans les commentaires qui suivent, nous laissons provisoirement de côté les aspects liés au caractère éventuellement aléatoire des contrats concernés : voy. à ce propos *infra*, n^{os} 439 et s.

(4164) Cette théorie constitue à notre sens un fondement inadéquat pour fixer l'étendue des restitutions (voy. *supra*, n^o 416).

(4165) Comp. sur ce point *supra*, n^o 423.

il avait bénéficié, à savoir la remise de quelques feuilles de papier (les plans et devis), indépendamment de l'appauvrissement (le travail) qu'elles avaient représenté pour l'architecte (4166).

II. Dans l'arrêt du 4 juin 2004, la vente de la nue-propiété d'un immeuble moyennant paiement d'une rente viagère avait été résolue aux torts des acheteurs-débirentiers. Ici également, il existait un déséquilibre dans l'exécution, puisque la venderesse-crédirentière avait exécuté la totalité de ses obligations en transférant la nue-propiété de l'immeuble tandis que ses cocontractants n'avaient pas encore achevé de payer la rente. En se référant à la seconde règle dégagée en 1972, l'arrêt attaqué, approuvé par la Cour, en déduit que la venderesse-crédirentière était tenue de restituer la totalité des arrérages perçus, et rejette dès lors le pourvoi de cette dernière qui tendait à ne faire jouer la résolution qu'*ex nunc*.

Bien que la Cour s'exprime ici en des termes similaires à ceux utilisés en 1972, on perçoit néanmoins un certain glissement. En effet, la Cour ne cite que la *deuxième règle* relative aux restitutions, et passe en revanche sous silence la première règle. Cette référence isolée à la deuxième règle semble toutefois curieuse dès lors qu'elle n'était énoncée que comme exception à la première. Comme celle-ci, elle suppose en effet une prestation non restituable en nature (ou, pour le dire dans les termes de la Cour de cassation, « des choses ou des services qui, ensuite du contrat, ont été consommées ou dont une des parties a bénéficié »). Or, en l'espèce, tant la nue-propiété que les arrérages apparaissaient restituables en nature. Dans cette mesure, l'énoncé de la deuxième règle apparaît presque comme un *obiter dictum*, étranger à la solution du litige, celle-ci devant plutôt être recherchée dans le principe général, énoncé juste avant dans l'arrêt, selon lequel les parties doivent être replacées dans la situation qui était la leur avant la conclusion du contrat (4167).

III. Enfin, dans l'arrêt du 8 février 2010, les parties avaient conclu un bail à vie, le loyer ayant été versé pour sa totalité par la demanderesse le jour de la conclusion du bail. Un premier jugement avait prononcé la résolution du contrat aux torts de la demanderesse avec effet au jour de la date d'introduction de la demande. Cette décision, non critiquée devant la Cour, ne pouvait dès lors être contrôlée par

(4166) Voy., semble-t-il en ce sens, la note (1) sous l'arrêt, *Pas.*, 1972, p. 694. Cette décision irait cependant en ce cas à l'encontre de l'opinion doctrinale selon laquelle la valeur de l'enrichissement doit s'apprécier de manière objective (voy. à ce propos J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 45, p. 29).

(4167) Comp., dans un sens analogue, les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER avant cet arrêt, point 8, qui, après avoir rappelé les règles dégagées par l'arrêt de 1972, estime qu'en l'espèce « la restitution des arrérages ou de leur équivalent est possible ».

celle-ci. Un second jugement avait ensuite statué sur la demande de la demanderesse tendant à la restitution de la partie du loyer qui couvrait la période postérieure à la résolution. Tout en écartant la qualification de contrat à prestation successive, le juge du fond avait rejeté cette demande en se fondant sur le caractère aléatoire du contrat. Après avoir cette fois rappelé les deux règles énoncées par l'arrêt du 24 mars 1972 et écarté toute incidence du caractère aléatoire du contrat, la Cour de cassation estima que le juge du fond ne justifiait pas ainsi légalement sa décision.

En l'occurrence, il semble que la Cour ait fait une application de la seconde règle dégagée en 1972. En effet, pour la période antérieure à la résolution – qui ne faisait pas l'objet du pourvoi –, l'exécution de la convention était symétrique, puisque la demanderesse avait payé (anticipativement) le loyer et que le défendeur lui avait fait bénéficier de la jouissance des lieux. En revanche, pour la période postérieure à la résolution, le loyer payé anticipativement par la demanderesse se trouvait soudain privé de contrepartie, et devait dès lors, dans cette mesure, être restitué (deuxième règle) (4168).

434. Recherche d'un fondement théorique. Si l'on excepte l'arrêt du 6 juin 1996 (quatrième courant), l'ensemble des décisions examinées ont pour point commun le souci de limiter l'effet rétroactif de la résolution des contrats successifs. La mesure de cette limitation donne cependant lieu à des résultats très différents

(4168) On notera que, prise littéralement, la deuxième règle énoncée en 1972 pourrait donner l'impression de ne pas être applicable dans le cas où la prestation effectuée sans contrepartie serait restituable en nature. En effet, après avoir énoncé la première règle qui commande le maintien des choses en l'état lorsque l'une des prestations est impossible à restituer en nature, la Cour ne retient comme exception que le cas de « la restitution ou [du] paiement en équivalent des choses ou des services qui, ensuite du contrat, ont été consommés ou dont une des parties a bénéficié alors que l'autre partie n'en a pas eu la contrepartie ». Deux conditions seraient donc exigées cumulativement pour qu'il puisse y avoir restitution : il faudrait (i) une prestation non restituable en nature et (ii) dépourvue de contrepartie. Or, en l'espèce, la demanderesse, qui avait presté sans contrepartie, avait effectué un paiement parfaitement restituable en nature, puisqu'il s'agissait d'une somme d'argent. Comment dès lors justifier la restitution d'une partie de ce loyer, en dérogation à la première règle ? La deuxième règle est toutefois susceptible d'une interprétation plus large, conforme à l'idée qui la sous-tend, à savoir éviter le maintien d'un déséquilibre entre les parties. À cet effet, il est nécessaire de considérer que les termes « dont une partie a bénéficié » s'appliquent aux « choses » (et non uniquement aux services) et que celles-ci incluent une somme d'argent. La règle appliquée en l'espèce par la Cour devrait donc se lire : « Si la résolution ne peut avoir pour effet d'annuler les prestations réciproques effectuées en exécution du contrat lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de restitution, elle entraîne toutefois la restitution [...] des choses [dont], ensuite du contrat, [...] une des parties a bénéficié alors que l'autre n'en a pas eu la contrepartie ». Pour éviter ces analyses grammaticales subtiles, l'énoncé de la règle gagnerait sans doute à être précisé.

en pratique, selon que l'on ait égard à la date d'introduction de la demande en justice (premier et troisième courants), à la possibilité de procéder à une restitution en nature des prestations (deuxième et troisième courants) ou encore à l'existence d'un déséquilibre dans l'exécution du contrat (cinquième courant).

La doctrine a tenté de mettre de l'ordre dans ces solutions divergentes en s'efforçant surtout de leur donner un fondement théorique satisfaisant (4169).

Certes, on reconnaîtra sans peine que l'écartement de la rétroactivité facilite la tâche des parties et du juge, puisqu'il leur épargne un délicat travail d'évaluation des prestations, lorsque celles-ci ne sont pas restituables en nature (4170). Dans cette mesure, on peut dire que cette démarche ne procède pas tellement d'une difficulté technique, aisément surmontable – les prestations impossibles à restituer en nature pouvant toujours l'être par équivalent (4171) –, mais plutôt d'un choix relevant de la politique juridictionnelle (4172). Des considérations de pure opportunité sont toutefois insuffisantes en soi pour imposer une solution en droit (4173).

Dès lors, on a avancé l'idée que la limitation dans le temps des effets de la résolution pourrait se justifier par le souci de respecter l'équivalence des prestations telle qu'elle a été voulue par les parties (4174). Toutefois, cette justification apparaît également insuffisante puisque, précisément, cette équivalence a pu être remise en cause par l'inexécution défectueuse de la part du débiteur (4175).

En réalité, le maintien partiel du contrat résolu nous paraît devoir être fondé sur l'application d'un double critère, tenant compte à la fois de l'exécution correcte du contrat et de sa divisibilité (4176).

(4169) Comp. cependant la position des auteurs qui estiment devoir abandonner la question à l'appréciation souveraine du juge du fond : voy. en ce sens B. VAN DEN BERGH, *o.c.*, *R.W.*, 2011-2012, n° 6, pp. 650 et s.

(4170) Voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 576, p. 620.

(4171) Voy. *supra*, n° 430

(4172) Voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 542, p. 598.

(4173) Comp. *supra*, n° 31.

(4174) Voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 576, p. 620 ; R. JAMBU-MERLIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 28, p. 297.

(4175) Voy. en ce sens C. Cauffmann, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 13, p. 163.

(4176) Voy. dans le même sens, de manière très synthétique, l'article 116 du **Projet Terré**.

435. Premier critère – Proportionnalité de la sanction.

Tout d'abord, l'éviction partielle de l'effet rétroactif se justifie par l'idée que la résolution risque d'être prononcée alors même que le contrat peut, pendant une certaine période, avoir été parfaitement exécuté de part et d'autre (4177). Si, par exemple, un contrat de bail est exécuté pendant sept années à la satisfaction mutuelle des parties, pourquoi le remettre entièrement en cause au seul motif que le locataire cesse de payer le loyer au cours de la huitième année ? On retrouve ici l'idée que la résolution, pour être proportionnée au manquement qu'elle sanctionne, ne remonte pas nécessairement jusqu'à la conclusion du contrat, mais seulement jusqu'à l'inexécution (4178). Dès lors, la limitation dans le temps des effets de la résolution ne doit plus nécessairement être conçue comme une exception à un principe qui voudrait que le contrat se trouve effacé comme s'il n'avait jamais été conclu ; au contraire, elle apparaît conforme à la logique fonctionnelle de l'institution, dont l'objectif est de restaurer l'équilibre rompu par l'inexécution commise par le débiteur.

Ainsi, si cette inexécution affecte, dès l'origine, les prestations du débiteur – si par exemple le bailleur a mis à la disposition du locataire un logement non conforme ou si le locataire s'abstient dès l'origine de payer le loyer –, alors l'équilibre global des prestations se trouve perturbé et celles-ci doivent être restituées depuis la conclusion du contrat (4179). Il en va de même dans le cas où une partie a déjà exécuté à l'avance ses obligations (tel que le paiement du prix total de livraisons successives) alors que

(4177) Voy. P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 12, p. 676 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 129, p. 144 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 677, p. 591. De même, **en droit allemand**, le droit de résolution est en principe remplacé, dans les contrats successifs (*Dauerschuldverhältnisse*), par un droit de résiliation immédiat : voy. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *o.c.*, § 26, pp. 415 et s.

(4178) Voy. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 28, p. 174 ; A. DE BOECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 451 ; M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 45, p. 398 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 255, p. 244 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 567, p. 614 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 881, p. 464 ; voy. déjà *supra*, n° 377.

(4179) Voy. Cass. fr., 30 avril 2003, *Bull.*, 2003, III, n° 87 (« si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat ») ; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 276, p. 183.

son cocontractant n'exécute pas les siennes (4180). Mais si, au contraire, le contrat a reçu une exécution partielle à la satisfaction mutuelle de toutes les parties, rien ne justifie alors de remettre en cause ces événements sous prétexte d'une inexécution ultérieure du débiteur (4181). En résumé, l'effet rétroactif de la résolution se manifesterait donc « à chaque fois qu'une prestation sera exécutée sans recevoir sa contrepartie » (4182).

Dans cette mesure, la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, si elle n'apparaît pas entièrement satisfaisante d'un point de vue théorique, a au moins le mérite de faire remonter la résolution du contrat jusqu'à un moment qui correspond approximativement au moment où l'équilibre contractuel se trouve perturbé (4183). Ainsi, l'introduction de la demande en justice (premier et troisième courants) suivra normalement de près le moment où le débiteur aura commencé à manquer à ses obligations. Quant à l'existence d'un déséquilibre dans l'exécution (cinquième courant), il représente également un critère pertinent pour décider d'ordonner les restitutions dans la mesure où ce déséquilibre résulte d'une inexécution de la convention par l'une des parties. Plus délicat, en revanche, est le critère purement mécanique de la possibilité de procéder aux restitutions en nature (deuxième et troisième courants). Il se peut en effet que le locataire soit demeuré dans les lieux alors même que l'équilibre contractuel se trouve rompu, soit qu'il néglige de payer le loyer, soit que le bailleur reste en défaut de remédier aux manquements justifiant la résolution. Dans un tel cas de figure, on n'aperçoit pas pour quels motifs cette inexécution défectueuse ne pourrait pas être effacée par une restitution, le cas échéant par équivalent, des prestations.

(4180) Voy. en ce sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 881bis, p. 635 ; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, o.c., § 26, p. 417.

(4181) Voy. Cass. fr., 10 novembre 2009, n° 08-19.990 (« en cas de résolution judiciaire d'un contrat synallagmatique à exécution successive, celui-ci n'est résolu que pour la période à partir de laquelle l'un des contractants n'a pas rempli ses obligations »).

(4182) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 873, p. 627 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 129, p. 144. Voy., dans le même sens, l'article 1160-1, alinéa 3, du **Projet Catala** (« Si le contrat a été partiellement exécuté, les prestations échangées ne donnent pas lieu à restitution ni indemnité lorsque leur exécution a été conforme aux obligations respectives des parties ») et, sur le même moule, l'article 147 du **Projet de la Chancellerie** ; l'article III. - 3:511, alinéa 1^{er}, du **DCFR** (« There is no obligation to make restitution under this Sub-section to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other ») et le commentaire, pp. 898 et s. ; l'article 172.3 de la proposition de **DCEV**.

(4183) Voy. dans le même sens P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 9, p. 231.

436. Second critère – Prise en compte de la divisibilité du contrat. Le premier critère pertinent pour déterminer l'effet dans le temps de la résolution est donc l'apparition du manquement commis par le débiteur. En règle, et compte tenu des exigences de proportionnalité de la sanction, la résolution ne devrait pas remonter avant la commission de ce manquement.

Ce critère doit cependant être doublé d'un second, qui est celui de la *divisibilité* des prestations (4184). En effet, l'effet rétroactif de la résolution ne peut être limité qu'à la condition que la partie du contrat qui se trouve ainsi seule anéantie soit séparable de la partie qui se trouve au contraire maintenue.

On le comprend aisément en supposant un vendeur ayant exécuté la totalité de ses obligations tandis que l'acheteur interrompt définitivement ses paiements après le versement de quelques tranches du prix. Si la résolution ne devait remonter que jusqu'à la date du

(4184) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 299 et s., pp. 196 et s. ; C. CAUFFMANN, o.c., *Droit des contrats*, n^o 15, p. 165 ; L. CORNELIS et V. SAGAERT, o.c., *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, n^o 12, p. 297 ; A. DE BOECK, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, p. 451 ; P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n^o 12, p. 676 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, o.c., n^o 57, pp. 135 et s. ; M. FONTAINE, o.c., *R.C.J.B.*, 1990, n^{os} 46 et s., p. 399 ; P.A. FORTIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 8, p. 230 ; J.-F. GERMAIN, o.c., *Manuel de la vente*, n^o 790, p. 340 ; F. GLANSDORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 42, p. 108 ; T. STAROSSELETS, o.c., *R.G.D.C.*, 2005, n^o 15, p. 460 ; I. SAMOY et A. MAES, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, n^o 21, p. 195 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 220, p. 311 ; M.E. STORME, o.c., *R.G.D.C.*, 1991, pp. 101 et s., n^o 13 ; W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, o.c., p. 129 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n^o 593, pp. 907 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n^o 677, p. 591 ; **en France**, voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 399, p. 284 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n^o 317, p. 440 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n^o 255, p. 243 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n^{os} 557 et s., pp. 607 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n^o 881, pp. 464 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 122, p. 136 ; dans la proposition de **DCEV**, art. 117 et 137 ; dans les **Principes d'Unidroit 2010**, l'article 7.3.7, et le commentaire, pp. 272 et s. – Comp. la critique de T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^{os} 843 et s., pp. 602 et s., principalement motivée par le souci de ne pas reconnaître la figure de la résolution partielle (voy. à ce propos *infra*, n^o 482), et le critère alternatif en définitive assez similaire qu'il propose, n^{os} 856 et s., pp. 609 et s., à savoir la distinction entre contrats à utilité continue et contrats à utilité globale ; comp. également C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^o 476, p. 288, qui, tout en rejetant l'idée d'une résolution (partielle) limitée dans le temps des contrats successifs, considère que ceux-ci donnent naissance à une pluralité de rapports d'obligations en principe indépendants l'un de l'autre et dont seuls ceux qui ont été inexécutés sont frappés par une résolution (totale), ce qui revient largement au même. Par ailleurs, le fait de savoir si la divisibilité du contrat est de nature temporelle ou matérielle ne nous paraît pas essentiel, s'agissant surtout d'une question de présentation du problème sans incidence concrète sur sa solution (voy. *infra*, n^o 479).

manquement, c'est-à-dire du dernier versement, elle serait impuissante à accorder satisfaction au vendeur. En effet, l'acheteur ne serait en ce cas pas tenu de restituer la chose, puisque sa délivrance, intervenue avant la date du manquement, ne serait pas remise en cause. Dût-on même considérer que cette délivrance serait privée de sa cause (au sens non technique du terme) du fait de l'absence de paiement des dernières tranches du prix, il serait impossible, en raison de l'indivisibilité de la chose livrée, de procéder à une restitution partielle de celle-ci, proportionnelle aux versements effectués. La seule solution pour rétablir l'équilibre consiste donc à effacer l'ensemble des obligations de l'acheteur, soit à la fois les paiements effectués (qui lui seront restitués) et ceux demeurés en souffrance, et, corrélativement, d'ordonner la restitution de la chose.

La solution est en revanche tout autre en présence d'un bail. Si, après la septième année, le locataire cesse soudain d'effectuer le paiement du loyer, il est parfaitement possible de séparer les sept premières années du bail, parfaitement exécutées de part et d'autre, et la période postérieure, caractérisée quant à elle par une situation de déséquilibre. Seule cette seconde période devra donc être effacée pour rétablir l'équilibre, en imposant au locataire de restituer par équivalent la jouissance des lieux dont il a bénéficié.

On notera que le critère de la divisibilité a été consacré par deux arrêts de la **Cour de cassation de France** décidant, au visa des articles 1183 et 1184 du Code civil, que « dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats » (4185).

Le critère de la divisibilité permet donc de dépasser la distinction – au demeurant malaisée (4186) – entre contrats successifs et instantanés, ces derniers étant également susceptibles de faire l'objet d'une résolution aux effets limités dans le temps à la condition qu'ils soient divisibles (4187). Comme dans l'appréciation de

(4185) Cass. fr., 13 janvier 1987, *Bull.*, 1987, I, n° 11 ; Cass. fr., 3 novembre 1983, *Bull.*, 1983, I, n° 252 ; voy. également Cass. fr., 8 octobre 2009, n° 08-17.437 ; Cass. fr., 2 décembre 2008, n° 07-16.707 ; Cass., 20 novembre 1991, *Bull.*, 1991, III, n° 285 ; sur les consécutions antérieures du critère de la divisibilité, voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 558, p. 608.

(4186) Voy. *supra*, note n° 4155.

(4187) Voy. C. CAUFFMANN, o.c., *Droit des contrats*, n° 16, p. 166 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 7, p. 229 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 570, p. 616 ; I. SAMOY et A. MAES, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, n° 24, p. 196 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 677, p. 592.

l'étendue de la nullité (4188), ce critère devra s'apprécier à la fois de manière subjective et objective (4189).

À cet égard, s'il peut être démontré que la *durée du contrat* constituait une condition de l'équilibre global du contrat, en ce sens par exemple que des conditions financières avantageuses constituaient la contrepartie d'un contrat de longue durée, il faudra normalement conclure à l'indivisibilité de la convention, qui devra être intégralement résolue même si le manquement commis ne concerne qu'une partie de l'exécution du contrat (4190).

Par ailleurs, le fait que l'une des prestations constitue un *prix global* n'implique pas nécessairement que le contrat soit indivisible, bien qu'il s'agisse d'un indice fort de la volonté des parties en ce sens (4191).

437. Mise en œuvre de ces critères. La commission du manquement perturbateur de l'équilibre contractuel et la divisibilité du contrat constituent donc les deux critères permettant de fixer la date-charnière jusqu'à laquelle la résolution verra ses effets remonter.

Pour la période antérieure à ce moment, les prestations exécutées seront donc maintenues pour autant qu'elles soient divisibles du reste du contrat. Pour la période postérieure, au contraire, la résolution produira son effet rétroactif et imposera de restituer les éventuelles prestations qui auraient été accomplies par l'une des parties (4192).

(4188) Comp. *supra*, n° 310.

(4189) I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 24, p. 196 ; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n°s 864 et s., pp. 616 et s.

(4190) Voy., sur cette hypothèse, M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 49, p. 400 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 580, p. 622 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 63 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 126, p. 141 ; voy. également J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 319, p. 444. Le seul fait que le contrat ait été conclu à durée déterminée ne permet cependant pas de conclure automatiquement que la durée ferait partie de l'équilibre global du contrat : voy. à ce propos T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 846, p. 604.

(4191) Voy. ainsi, à propos de la divisibilité du pas-de-porte dans le bail, G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 1385, p. 798 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXV, *o.c.*, n° 378, p. 423 ; comp., à propos de la divisibilité d'un bail à vie conclu moyennant un loyer unique, *infra*, n° 441.

(4192) *Contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n°s 310 et s., pp. 202 et s., qui estime que, pour des motifs pratiques, aucune restitution ne devrait jamais intervenir, sans préjudice des dommages-intérêts complémentaires à la résolution. Cette opinion nous paraît problématique, ne serait-ce parce que la partie qui a

À cet égard, on enseigne parfois que, lorsque la résolution ne remonte pas jusqu'à la conclusion du contrat, l'exécution forcée demeurerait possible pour les obligations échues avant la date jusqu'à laquelle remontent les effets de la résolution (4193). La situation envisagée nous paraît cependant exclue si l'on applique le double critère précité. En effet, s'il demeure des prestations exigibles inexécutées, la résolution nous paraît devoir nécessairement remonter *avant* celles-ci afin d'effacer le déséquilibre contractuel, de sorte que la possibilité d'une exécution forcée de ces obligations ne se conçoit plus (4194).

Reste à examiner le sort des prestations effectivement atteintes par la résolution. Si elles ne sont pas susceptibles d'être restituées en nature, elles devront alors l'être par équivalent (par exemple, dans le cas d'un bail, sous la forme d'une indemnité correspondant à la valeur locative des lieux) (4195).

438. Incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution. On rappellera enfin que le créancier peut toujours obtenir l'octroi de dommages-intérêts complémentaires à la résolution, destinés à lui octroyer le bénéfice de l'intérêt positif (4196). Or, ceux-ci peuvent dans certains cas de figure priver de tout intérêt pratique la question de la date à laquelle la résolution produit ses effets.

Envisageons ainsi un bail d'une durée de 3 ans portant sur un immeuble d'une valeur locative mensuelle de 100 moyennant un loyer de 120. Ce contrat représente donc pour le bailleur un bénéfice net mensuel d'une valeur de 20. Après avoir payé ponctuellement le loyer pendant un an, le locataire cesse ensuite tout paiement et le bailleur obtient alors la résolution aux torts de celui-ci.

Le bailleur sera sans doute enclin à demander que la résolution ne produise ses effets que pour l'avenir. Ainsi, il pourra conserver les douze mois de loyers payés, pour un total de 1440, mais demeurera

bénéficié d'une prestation ne sera pas nécessairement responsable de la résolution ; dans un tel cas, son cocontractant ne pourrait donc lui réclamer ni dommages-intérêts ni restitution, ce qui nous paraît contraire à la logique de la résolution qui vise au contraire à rétablir l'équilibre entre les parties.

(4193) Voy. en ce sens Cass., 16 septembre 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 342 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 885, p. 843 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 670, p. 632.

(4194) Voy. et comp. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 311, p. 203.

(4195) Voy. *supra*, n° 423.

(4196) Voy. *supra*, n°s 381 et s.

définitivement privé de la jouissance des lieux au cours de la même période, d'une valeur de 1200. En termes nets, le bailleur ne conserve donc dans son patrimoine que 240. Il pourra en outre obtenir la réparation du bénéfice manqué pour les deux ans à venir, soit $24 \times 20 = 480$. Au total, après la résolution, son patrimoine s'élèvera donc en termes nets à $240 + 480 = 720$, soit le bénéfice net qu'il aurait perçu sur 36 mois.

Sa situation patrimoniale s'avère cependant identique si le bail devait rétroagir jusqu'à la date de conclusion du contrat. En effet, après un an d'exécution correcte du contrat, le patrimoine du bailleur s'élève en termes nets à 240 (soit 1440 de loyers perçus moins 1200 de jouissance prestée). Certes, il doit ensuite restituer les 1440 de loyers perçus. De son côté, le locataire doit cependant lui verser une indemnité locative de $12 \times 100 = 1200$. Le bailleur pourra ensuite encore réclamer la réparation du bénéfice manqué sur une période cette fois de trois ans, soit $36 \times 20 = 720$. Au total, après la résolution, son patrimoine s'élèvera donc en termes nets à $240 - 1440 + 1200 + 720 = 720$. Ici également, il obtient donc au terme de la résolution le bénéfice net qu'il aurait perçu sur 36 mois.

La question de la date de la résolution conserve toutefois son intérêt, notamment, lorsque la valeur de la prestation du créancier qui obtient la résolution était supérieure à celle de la prestation du débiteur (hypothèse du *bad bargain*). Dans ce cas, en effet, les restitutions accordent au créancier un avantage qu'il n'aurait pu obtenir par le biais de dommages-intérêts (4197).

439. Contrats aléatoires – Position du problème. Abordons maintenant la question de l'effet dans le temps de la résolution des contrats aléatoires, qui ont souvent été rapprochés sur ce point des contrats successifs.

Tout d'abord, on relèvera que le caractère aléatoire d'un contrat ne fait pas, en soi, obstacle à l'introduction d'une *action en résolution* de ce contrat.

Certes, on risquerait de s'arrêter à l'article 1978 du Code civil qui, en cas de défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, n'accorde au créancier que le droit de poursuivre l'exécution forcée du contrat, à l'exclusion de sa résolution. Toutefois, les contrats aléatoires sont loin de se limiter à la rente viagère, puisqu'ils incluent également les contrats d'assurance, les jeux et paris, le prêt à la grosse,

(4197) Voy. *supra*, n^{os} 392 et 404.

etc. (article 1964). En outre, même à s'en tenir au contrat de rente viagère, on relèvera, d'une part, que la résolution est expressément permise lorsque le débiteur manque de constituer les sûretés promises (article 1977), et que, d'autre part, l'article 1978 ne relève pas de l'ordre public, de sorte que le droit de résolution peut parfaitement être rétabli conventionnellement, et l'est d'ailleurs fréquemment en pratique (4198).

Plus délicate, en revanche, est la question de savoir si le caractère aléatoire du contrat est susceptible d'affecter l'*effet rétroactif* de la résolution, dans son principe ou dans son étendue.

440. Suite – Principe de la rétroactivité. Quant au principe même de la rétroactivité, un certain courant tend à considérer que la résolution d'un contrat aléatoire ne pourrait valoir que pour l'avenir, *ex nunc*, dès lors qu'il serait impossible d'effacer les bons ou mauvais risques déjà courus. L'idée, qui ne va pas sans rappeler l'une des justifications avancées pour soustraire les contrats successifs au domaine de l'effet rétroactif (4199), se retrouve déjà chez Pothier, qui enseigne qu'« [à] l'égard des arrérages qui ont couru jusqu'au jour de la résolution du contrat, ils sont dus à l'acquéreur tels qu'ils ont convenu ; car ils sont le prix du risque, et le risque a eu lieu jusqu'à la résolution du contrat » (4200).

La Cour de cassation ne s'est toutefois pas laissé abuser par ces élégantes formules. Elle décide en effet que « dans le silence de la loi, le caractère aléatoire du contrat [...] n'emporte pas

(4198) Voy. Cass., 28 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 1017 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, o.c., n° 289, p. 143 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 1381, p. 649 ; F. BOUCKAERT, « Commentaar bij art. 1977-1978 B.W. », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, n° 5, p. 3 ; Y. DAGGORNE-LABBÉ, « Rentes », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012, n° 184, p. 28 ; A. DE BOECK, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, p. 451 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, o.c., n° 1002, p. 585 ; T. STAROSSELETS, o.c., *R.G.D.C.*, 2005, n° 2, note n° 8, p. 455 ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 1181, p. 940 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 584, p. 885. – À cet égard, la Cour de cassation de France va même jusqu'à considérer que, lorsque les parties ont stipulé une clause résolutoire expresse, le créancier recouvre le droit d'agir en résolution judiciaire sur pied de l'article 1184 du Code civil (voy. Cass. fr., 8 juin 2006, *Bull.*, 2006, III, n° 143).

(4199) Comp. *supra*, n° 430.

(4200) Voy. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de constitution de rente, du contrat de change, du contrat de louage, et du supplément au contrat de louage*, Paris, Siffrein, 1821, n° 230, p. 127. Encore la dérogation à l'effet rétroactif apparaît-elle asymétrique chez cet auteur, puisqu'il enseigne parallèlement que le créancier peut, quant à lui, « répéter la somme qu'il a payée » à son débiteur défaillant (*ibid.*, n° 228, p. 126).

dérogation à cet effet de droit commun [à savoir l'effet rétroactif] de la résolution » (4201). La solution doit être approuvée : pas plus que dans les contrats successifs, l'exécution donnée au contrat ne rend en effet juridiquement impossible la remise en pristin état, la « seule » difficulté – si l'on ose écrire – consistant à déterminer la manière dont les risques courus au cours de cette période doivent être concrètement effacés.

441. Suite – Étendue de la rétroactivité. S'agissant toutefois de déterminer l'étendue de l'effet rétroactif, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'avère être que d'une aide limitée.

Nous avons déjà souligné, en effet, les différences d'approche existant entre les trois arrêts rendus à ce jour sur la question de l'étendue de l'effet rétroactif en cas de résolution d'un contrat aléatoire.

Ainsi, dans l'arrêt du 4 juin 2004, la Cour a opté pour une rétroactivité sans limite de la résolution d'un contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère, impliquant la restitution par le vendeur-crédientier de l'ensemble des arrérages perçus (4202). Dans ses conclusions, le ministère public opposait le contrat litigieux au contrat d'assurance pour en déduire que « le contrat de vente moyennant une rente viagère ne peut être considéré comme un contrat successif dès lors que le paiement de chaque arrérage ne constitue pas une prestation indépendante de chacune des autres, avec une contrepartie immédiate », alors que, dans le contrat d'assurance, le paiement de chaque prime correspond à chaque fois à la couverture du risque au cours de la période à laquelle se rapporte cette prime (4203). Si, formellement, le critère avancé est donc la distinction entre contrats instantanés et contrats successifs, il nous semble que l'accent mis sur l'existence d'une « prestation indépendante de chacune des autres, avec une contrepartie immédiate » renvoie plutôt au critère de la divisibilité que nous avons préconisé (4204). Sur la base de ce critère, il est logique de faire remonter l'effet de la résolution jusqu'à la date de conclusion du contrat, puisque l'immeuble vendu est indivisible : si le

(4201) Voy. Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT (contrat de bail à vie) ; Cass., 4 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 305, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER (contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère) ; *adde*, implicitement, Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 375.

(4202) Voy. *supra*, n° 433, II.

(4203) Conclusions précitées de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER, *Pas.*, 2004, n° 305, points 6 et 7, p. 973.

(4204) En ce sens, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 319, p. 444 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 17, p. 461 ; voy. *supra*, n° 436.

débirentier doit rendre celui-ci, le crédientier ne peut de son côté – sauf clause contraire (4205) – conserver une partie des arrérages.

La solution retenue par cette décision est en revanche inconciliable avec les motifs de l'arrêt du 5 juin 2009 qui, en présence d'un contrat de même nature, qualifie celui-ci de « contrat à prestations successives » et décide qu'en ce cas la résolution « remonte en principe au jour où la demande en justice est introduite » (4206).

Enfin, l'arrêt du 8 février 2010, relatif à la résolution aux torts du locataire d'un bail à vie consenti moyennant le paiement d'un loyer global, doit être manié avec prudence. En effet, la résolution avait déjà été prononcée par une décision antérieure, non critiquée, à la date d'introduction de la demande en justice, de sorte que la Cour n'aurait pu faire remonter la résolution à une date antérieure (4207). Saisie toutefois de la question du sort de la partie du loyer afférente à la période *postérieure* à la résolution, la Cour décide qu'elle doit être restituée au locataire. Ainsi comprise, cette décision doit être approuvée. Toutefois, si la décision fixant la date du prononcé de la résolution avait également été critiquée devant elle, il est permis de se demander si la Cour n'aurait pas dû ordonner la restitution de la totalité du loyer, moyennant le paiement d'une indemnité destinée à couvrir l'occupation des lieux pendant la période où le bail a reçu exécution. En effet, le paiement d'un loyer unique pourrait bien constituer l'expression de la volonté des parties de conférer au bail un caractère indivisible, ce qui aurait rendu impossible la segmentation du bail en différentes périodes où la mensualité aurait à chaque fois correspondu à la jouissance des lieux (4208).

442. Suite – Application des critères retenus pour les contrats successifs. En réalité, si l'on s'en tient au principe dégagé par la Cour de cassation que, dans le silence de la loi, la résolution des contrats aléatoires demeure soumise dans ses effets

(4205) Voy. *infra*, n° 443.

(4206) Sur ce courant jurisprudentiel, voy. *supra*, n° 429. On notera qu'à la différence de l'arrêt du 4 juin 2004, celui du 5 juin 2009 a été rendu par une chambre d'expression néerlandaise, ce qui explique peut-être la divergence de jurisprudence.

(4207) Pour plus de détails, voy. *supra*, n° 433, III.

(4208) Comp. cependant les conclusions précitées de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *Pas.*, 2010, n° 88, p. 396 : « Dans notre hypothèse d'un bail consenti à vie, où le bailleur laisse la jouissance de son bien au locataire en contrepartie d'une valeur locative globale, à mesure de la durée de l'usage locatif jusqu'au jour de la résolution, rien n'empêche d'équilibrer les prestations respectives antérieures à la résolution, n'y [lire : ni] d'admettre une restitution pour l'avenir ensuite de la résolution, le caractère aléatoire du contrat n'emportant pas dérogation à cet effet de droit commun de la résolution, comme le rappelle l'arrêt du 4 juin 2004 » (nous soulignons).

au droit commun, alors le double critère que nous avons dégagé – soit, pour rappel, la date du manquement commis par le débiteur et le caractère indivisible du contrat (4209) – doit également trouver à s'appliquer en l'espèce.

On lit toutefois fréquemment sous la plume des auteurs qu'afin d'effacer complètement les risques courus, l'aléa devrait être évalué et restitué sur la base des *tables actuarielles* (4210). À notre sens, cette opinion doit être sensiblement nuancée. Un tel calcul ne s'imposera en effet que dans le cas – assez rare en pratique – où le contrat, tout en prévoyant une prestation globale en échange de prestations fractionnées, devra néanmoins être considéré comme divisible.

Pour illustrer notre propos, envisageons tout d'abord le cas d'un contrat d'assurance ordinaire, où les primes sont payées de manière récurrente en contrepartie de la couverture du risque convenu au cours d'une période donnée. Ainsi, pendant toute la durée du contrat, l'assuré paie, à intervalles réguliers, les primes convenues. De son côté, à ce stade, l'assureur ne preste encore rien, mais court seulement le risque de devoir couvrir un sinistre au cas où celui-ci se produit.

Supposons d'abord qu'un tel contrat soit rendu *indivisible* par la volonté expresse des parties. Si, maintenant, ce contrat vient à être résolu – par exemple parce que l'assuré vient à cesser de payer la prime due –, l'assureur devra restituer à l'assuré l'ensemble des primes perçues jusqu'alors. Mais pourquoi celui-ci devrait-il, de son côté, payer à l'assureur une indemnité destinée à couvrir le risque que l'assureur a couru pendant la période d'exécution du contrat ? Ce risque existait, certes, mais il ne s'est pas concrétisé ; l'assureur n'ayant rien presté, il n'y a donc rien à effacer, rien à restituer (4211). On s'en convaincra mieux en envisageant le cas inverse où le risque s'est, effectivement, réalisé avant la résolution du contrat. Dans pareille hypothèse, il nous semble tout aussi normal qu'alors que l'assureur est tenu de restituer les primes perçues, l'assuré, de son côté, doive restituer l'indemnité qui lui a été versée. Dans l'un et l'autre cas, il ne se justifie pas d'évaluer précisément les chances que le risque convenu ait ou non fini par se produire si l'exécution du contrat avait été poursuivie ; l'important

(4209) Voy. *supra*, n^{os} 435 et s.

(4210) Voy. en ce sens A. DE BOECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 451 ; B. DUBUISSON, *o.c.*, *J.T.*, 2004, n^o 11, p. 330 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n^o 116, p. 130 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 100, p. 158 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, *o.c.*, n^o 584, p. 885.

(4211) Voy. déjà, quant à l'objet des restitutions, *supra*, n^o 422.

est que, du fait de la résolution, l'événement érigé contractuellement en risque a perdu toute signification, et il ne reste plus alors qu'à effacer les traces laissées par l'exécution du contrat, que le risque se soit ou non réalisé (4212).

Si l'on suppose au contraire que le contrat d'assurance est *divisible* en un ensemble de périodes successives au cours desquelles la couverture d'un risque donné correspond au paiement de la prime convenue – ce qui correspondra normalement à la volonté des parties –, alors l'évaluation de l'aléa ne se justifie pas non plus. Imaginons ainsi que le risque (de vol, d'incendie...) ne se soit pas réalisé au cours de la période 1, qu'il se réalise ensuite au cours de la période 2, entraînant l'intervention de l'assureur, et qu'enfin le contrat soit résolu au cours de la période 3 pour défaut de paiement de la prime. Dans pareille hypothèse, la résolution ne remontera que jusqu'au début de la période 3, et laissera intacte l'exécution du contrat pour ce qui concerne les périodes 1 et 2. Comme on l'a vu, cette limitation des effets dans le temps de la résolution se justifie par l'exigence de proportionnalité de la sanction : rien ne sert d'effacer ce qui a été correctement exécuté, à la satisfaction des deux parties (4213). Dans ce cas également, il est donc inutile d'évaluer l'aléa au cours des périodes 1 et 2, puisque la résolution demeure sans incidence sur celles-ci. Quant à la période 3, l'évaluation de l'aléa est également inutile puisque – qu'il se produise ou non – cette période de temps sera effacée par la résolution. Le raisonnement est ici le même que celui développé pour le cas du contrat indivisible.

Comme nous l'indiquions d'emblée, la seule hypothèse où l'évaluation de l'aléa se justifierait serait celle du contrat où *des prestations fractionnées seraient fournies en échange d'une prestation globale, et où le contrat serait néanmoins divisible*. On peut penser, par exemple, au cas d'une rente viagère consentie moyennant le paiement

(4212) Voy. dans le même sens les conclusions précitées de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, *Pas.*, 2010, n° 88, p. 395, dans l'hypothèse d'un bail à vie : « La conclusion d'un contrat aléatoire dont l'essence réside dans l'acceptation par les parties contractantes de l'existence d'une chance de gain ou de perte au moment de sa souscription, suppose le maintien d'un contexte contractuel où l'aléa demeure susceptible de jouer son rôle de régulateur des gains ou des pertes possibles pour chacune des parties. [...] Si l'indétermination de la durée du contrat prend fin prématurément en dehors du décès en question, par l'effet notamment d'une résolution pour manquement grave de l'une des parties à ses autres engagements, *le contexte du contrat initial disparaît et avec lui le caractère aléatoire* que les parties avaient lié au "décès" désormais dépourvu de tout rôle d'aléa. La partie qui opte pour la résolution d'un tel contrat supprime l'incertitude liée à l'indétermination de sa durée, et le prive ainsi de son caractère aléatoire qui en constituait l'essence originelle » (nous soulignons). Voy. également, en cas de rente viagère, B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 1192, p. 946.

(4213) Voy. *supra*, n° 435.

d'un capital, ou à celui d'un bail à vie consenti moyennant un loyer unique et global. Certes, dans de telles hypothèses, on devra normalement considérer que l'intention des parties a été de faire du contrat un ensemble indivisible (4214). Si, toutefois, la divisibilité devait être admise, en particulier lorsqu'elle est stipulée expressément, alors la résolution, n'intervenant que pour l'avenir, maintiendra les prestations fractionnées passées mais imposera la restitution de la partie de la prestation globale afférente aux prestations qui ne seront jamais fournies (4215). Si, par exemple, l'espérance de vie du crédientier était selon les tables de mortalité de 20 ans lors de la conclusion du contrat et que le débirentier cesse de payer les arrérages après 5 ans, il devra restituer trois quarts du capital qui lui avait été versé. L'hypothèse devrait cependant demeurer exceptionnelle en pratique.

443. Suite – Incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution. Il faut enfin garder à l'esprit l'incidence que peuvent présenter les dommages-intérêts complémentaires auxquels le créancier a droit. Celui-ci peut en effet réclamer une indemnité destinée à couvrir le préjudice que lui occasionne l'inexécution du contrat (4216).

On rappellera, à cet égard, que la réparation de l'intérêt positif par le biais de l'allocation de dommages-intérêts ne se confond pas avec l'exécution forcée du contrat résolu (4217). Il paraît donc inexact de considérer que le préjudice du crédientier correspond automatiquement au montant des arrérages déjà perçus, voire à la totalité des arrérages dus (4218). Ainsi, dans son arrêt du 5 juin 2009, la Cour de cassation a censuré la décision qui, après avoir fait remonter la résolution d'un contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère jusqu'à la date d'introduction de la demande en justice, accorde néanmoins au crédientier, pour la période postérieure, des arrérages calculés sur la base des stipulations contractuelles (4219). La décision se justifie parfaitement car, pour obtenir des dommages-intérêts intérêts complémentaires à la résolution, le créancier doit démontrer

(4214) Voy. en ce sens B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, pp. 327 et s., n° 11, p. 330, note n° 39.

(4215) Pour le cas de la constitution d'une rente viagère moyennant le paiement d'un capital, voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 440, p. 496

(4216) Sur l'évaluation de ces dommages-intérêts, voy. *supra*, n°s 398 et s.

(4217) Voy. *supra*, n°s 388 et s.

(4218) Voy. sur cette question D. ARLIE, « La résolution du contrat de rente viagère », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 855 et s., sous note n° 69 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, o.c.*, n° 1002, p. 585.

(4219) Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 375.

subir un préjudice que la résolution, et en particulier la restitution de l'immeuble qu'il avait vendu moyennant constitution de la rente, ne suffit pas à réparer.

Par ailleurs, il est fréquent que les dommages-intérêts dus soient évalués forfaitairement par le biais d'une *clause pénale* autorisant le créancier à conserver le bénéfice des arrérages déjà perçus en cas de résolution aux torts du débiteur. On considère généralement qu'une telle clause survit à la résolution du contrat (4220). En revanche, outre qu'elle est susceptible d'être réduite dans les conditions de l'article 1231 du Code civil, elle suscite fréquemment des discussions quant à l'abus du droit de demander la résolution (4221).

4. – *Plus-values et moins-values*

444. Observations préalables – Renvoi. Nous avons déjà eu l'occasion d'attirer l'attention sur les différentes acceptions du mot « risque » (risque de la chose, risque de la prestation et enfin risque de la contre-prestation, lequel recouvre ce qu'on entend généralement sous le nom de théorie des risques) ainsi que sur la question controversée de savoir si le législateur avait entendu consacrer de manière absolue l'adage *res perit domino* dans le domaine de la théorie des risques proprement dite (4222). Ces précisions conservent tout leur sens dans le domaine de la résolution. Nous nous permettons, également, de renvoyer le lecteur aux précisions terminologiques que nous avons formulées sur les notions de perte, d'usure, d'obsolescence et de vétusté (4223). Enfin, le schéma de synthèse que nous avons proposé dans le cadre des nullités (4224) garde, comme nous allons le voir, toute sa pertinence dans le domaine de la résolution, bien qu'il faille également tenir compte de l'incidence des dommages-intérêts complémentaires (4225).

445. Suite – Incidence de la mise en demeure sur la théorie des risques. I. Avant d'aborder l'application de la théorie des risques à la matière des restitutions consécutives à la résolution, nous souhaiterions encore préciser l'effet de la mise en demeure sur la charge des risques. Ce souci se comprend dès lors que l'on sait que la

(4220) Voy. *infra*, n° 490.

(4221) Pour un cas où l'abus est écarté, voy. Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 89.

(4222) Voy. *supra*, n°s 264 et s.

(4223) Voy. *supra*, n° 263.

(4224) Voy. *supra*, n° 277.

(4225) À ce propos, voy. le tableau récapitulatif proposé *infra*, n° 454.

citation en justice, et en particulier la citation en résolution, constitue un acte équivalant à la mise en demeure (4226). En d'autres termes, la question des restitutions après résolution se posera *toujours* dans le contexte d'une mise en demeure (4227). Il en va également ainsi lorsque la résolution est extrajudiciaire puisque, même dans ce cas, elle doit en principe être précédée d'une mise en demeure (4228).

II. On enseigne très généralement que la mise en demeure opère un déplacement ou un renversement de la charge des risques (4229). Le principe se trouve consacré en particulier à l'article 1138 du Code civil qui prévoit que l'obligation de livrer la chose « rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ». Mais quelle est la portée exacte de ce déplacement ?

On sait que l'article 1138 est interprété comme soumettant le risque de la contre-prestation à la règle *res perit domino* – ou, selon une opinion minoritaire, *res perit creditori* –, par dérogation à la règle générale *res perit debitori* applicable en principe aux contrats synallagmatiques (4230). Le risque de la prestation est quant à lui toujours subi par le créancier, conformément au droit commun (article 1302). En d'autres termes, l'acheteur supporte donc à la fois le risque de la prestation et de la contre-prestation. Ainsi, lorsque la chose vient à périr par cas fortuit, le vendeur est libéré de son obligation de livrer la chose (risque de la prestation) mais l'acheteur-propriétaire demeure néanmoins tenu de payer le prix (risque de la contre-prestation).

Puisque l'article 1138 fait par ailleurs peser les « risques » sur la tête du débiteur-vendeur lorsque celui-ci est en demeure, on pourrait *a priori* penser que cette dernière règle, tout comme celle énoncée ci-avant, concerne également le risque de la contre-prestation. On en reviendrait ainsi à la règle générale *res perit debitori*, en ce sens que le vendeur en demeure serait libéré de son obligation de livrer la

(4226) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1504, p. 2084 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 450, p. 432.

(4227) Par souci de complétude, on ajoutera que, lorsque la demande en résolution se double d'une demande en restitution de ce qui a été presté en vertu du contrat, cette dernière demande implique une *seconde* mise en demeure (voy. le quatrième cas particulier évoqué *infra*, n° 455). Toutefois, à la différence de la première, celle-ci ne produira ses effets qu'à dater du jugement de résolution, les obligations de restitution n'étant pas exigibles avant cette date.

(4228) Voy. *supra*, n°s 359 et s.

(4229) Voy. par exemple P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1505, p. 2087 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 475, p. 454.

(4230) Voy. *supra*, n° 265.

chose mais que, réciproquement, l'acheteur serait également libéré de son obligation de payer le prix (4231).

Pourtant, dans la logique originelle du Code civil (4232), cette conception ne paraît pas pouvoir être suivie. Elle perd en effet de vue que la question du risque de la contre-prestation ne se pose en principe qu'*après* celle du risque de la prestation. En d'autres termes, s'interroger sur le point de savoir si le cocontractant du débiteur doit corrélativement être libéré n'a de sens que si le débiteur lui-même est, préalablement, libéré. Or, à cet égard, l'article 1302 – qui ne traite quant à lui que du risque de la *prestation* – enseigne que le débiteur d'une chose certaine perdue par cas fortuit n'est libéré que si la perte est survenue « sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure » (4233). Généralisant le propos, la doctrine considère que la mise en demeure est exclusive de l'effet libératoire de la force majeure (4234). Dès lors, la question du risque de la contre-prestation ne devrait en ce cas pas se poser (4235).

Si l'on s'efforce de réconcilier les articles 1138 et 1302 (4236), on en arrive nécessairement à la conclusion que *le renversement de la charge*

(4231) En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 346, p. 267 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 856, p. 822 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1089, p. 1047 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1505, p. 2087 ; voy. également l'article 1152-2, alinéa 2, du **Projet Catala** (« En cas de perte de la chose, le débiteur (mis) en demeure doit la restitution du prix, à moins que la chose n'eût également péri chez le créancier si elle lui avait été délivrée ») et l'article 104, alinéa 2, du **Projet de la Chancellerie**, rédigé en des termes presque identiques.

(4232) Par opposition au système contemporain ayant intégré la théorie de la caducité par disparition de l'objet dans l'analyse du problème ; voy. *infra*, III.

(4233) Par souci de simplifier le propos, on écarte à ce stade le cas particulier, visé au second alinéa de cette disposition, où la chose aurait également péri entre les mains du créancier ; voy. également *infra*, au texte.

(4234) J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1084, p. 2209 ; N. CAYROL, « Art. 1136 à 1145 », *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 60, Paris, LexisNexis, 2010, n° 116 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, n° 429, p. 417 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, 2^e éd., n° 475, p. 455.

(4235) On en trouve également confirmation à l'article 1245. Celui-ci prévoit en substance que le débiteur ne répond pas de la perte partielle de la chose survenue par cas fortuit avant qu'il n'ait été mis en demeure. Cette disposition constitue donc une application particulière de l'article 1302 en ce qu'elle fait peser le risque de la prestation sur le débiteur en demeure. Au contraire, si la mise en demeure avait produit ses effets au niveau du risque de la contre-prestation, le débiteur aurait pu livrer la chose en l'état sans indemnité complémentaire, mais le créancier aurait alors pu demander une réduction proportionnelle de sa contre-prestation, comme dans le cas de l'article 1722. De même, dans le cas visé à l'article 1194, la faute du débiteur l'oblige à verser le prix de la chose, plutôt que de libérer le créancier de son obligation réciproque.

(4236) La difficulté n'est pas toujours clairement perçue. Voy. par exemple B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009, n° 43, p. 8, qui, après avoir enseigné que « [l]e défaut d'exécution dûment constaté fait basculer la charge des risques sur le

des risques opéré par la mise en demeure porte, non sur le risque de la contre-prestation, mais bien sur le risque de la prestation. Ainsi, la mise en demeure n'a pas pour conséquence un retour à la règle *res perit debitori* ; elle a uniquement pour effet d'empêcher la libération du débiteur-vendeur en cas de perte ultérieure de la chose par cas fortuit. Celui-ci reste dès lors tenu d'indemniser le créancier-acheteur de sa perte par des dommages-intérêts (comme le prévoit d'ailleurs l'article 1146 du Code civil), sous la forme desquels les juristes romains voyaient une perpétuation de l'obligation initiale (4237).

On pourrait s'étonner que le mot « risques » soit ainsi utilisé par l'article 1138 dans deux acceptions différentes, puisqu'il viserait la première fois le risque de la contre-prestation et, pour le cas de la mise en demeure, celui de la prestation. En réalité, cette conclusion ne fait que confirmer le constat que nous avons déjà fait, à savoir que les rédacteurs du Code civil n'ont pas bien perçu la différence entre ces deux acceptions (4238).

Conformément au droit commun, la réparation ne sera toutefois due qu'au cas où le dommage se trouve en lien causal avec la faute. C'est ce que confirme l'article 1302, alinéa 2, en prévoyant que « [l]ors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée ». En effet, dans cette hypothèse, il n'y a aucun lien causal entre l'inexécution pour laquelle le débiteur a été mis en demeure et la perte de la chose (4239).

III. Les développements qui précèdent suffisent à déterminer l'effet de la mise en demeure sur les obligations de restitution consécutives à la résolution du contrat (4240). Par souci de complétude,

débiteur (C. civ., art. 1138 et 1302). À partir de ce moment-là, le débiteur n'est plus libéré par les cas de force majeure qui pourraient survenir », poursuit en considérant que « [c]oncrètement, dans un rapport synallagmatique, le débiteur de l'obligation de livrer n'est plus en droit d'exiger l'exécution de l'obligation correspondante. Ainsi le vendeur, une fois en demeure, est privé du droit au paiement du prix en cas de perte de la chose ; il devrait le restituer s'il l'avait déjà perçu ». Pourtant, si le vendeur n'est pas libéré par la force majeure, et doit donc s'exécuter par équivalent, on n'aperçoit pas pourquoi il ne pourrait pas de son côté exiger le paiement du prix. En réalité, les deux propositions, contradictoires, se rapportent, l'une, au risque de la prestation, l'autre, au risque de la contre-prestation, qui ne sont pas toujours suffisamment distingués (voy. *supra*, n° 264).

(4237) Cons. à ce propos M. KASER, « "Perpetuari obligationem" », *Stud. doc. hist. iur.*, 1980, pp. 87 et s., spéc. point X, pp. 139 et s. ; voy. également R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 664, p. 132, pour qui « la demeure du débiteur [...] perpétue la dette, nonobstant l'extinction de la chose due, [...] par forme de dommages et intérêts ».

(4238) Voy. *supra*, n° 265, II.

(4239) Sur ce que cette disposition constitue une application des règles de la responsabilité civile, voy. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 664, p. 132.

(4240) Voy. *infra*, n°s 446 et s.

nous voudrions toutefois relever que les évolutions récentes liées à l'introduction dans notre droit positif du principe de caducité des contrats par disparition de leur objet aboutissent à nuancer fortement la question du maintien du contrat lorsque la perte de la chose due par le débiteur intervient alors que ce dernier était en demeure.

Dans la logique romaine de la *perpetuatio obligationis*, en cas de perte de la chose par la faute du débiteur-vendeur, puisque son obligation se maintient encore sous la forme de dommages-intérêts, l'obligation corrélatrice du créancier-acheteur quant au paiement du prix demeure intacte et doit encore être exécutée, sauf si ce créancier-acheteur décide de demander la résolution du contrat sur la base de l'article 1184 du Code civil (4241). La question présente un intérêt lorsque, comme c'est en principe le cas dans un circuit économique, la chose est vendue à un prix supérieur à sa valeur réelle, intégrant le bénéfice réalisé par l'intermédiaire. En effet, dans ce cas, le débiteur-vendeur a intérêt à l'exécution du contrat par chaque partie (fût-ce par équivalent en ce qui le concerne), ce qui sera le cas si le créancier-acheteur ne sollicite pas, ou n'obtient pas la résolution. Le maintien de l'obligation du créancier, nonobstant l'impossibilité d'exécution en nature de celle du débiteur, présente également un intérêt pour le débiteur lorsque cette obligation du créancier porte sur une prestation autre qu'une somme d'argent, que le débiteur a intérêt à recevoir en nature (par exemple, dans le cas d'un échange plutôt que d'une vente).

Bien que ce point ne semble pas toujours clairement perçu en doctrine (4242), il est permis de se demander si cette solution de la simple transformation de l'exécution en nature en exécution par équivalent lorsque la première s'avère impossible, avec le maintien corrélatif des obligations du créancier, est bien conforme aux conceptions contemporaines relatives à la caducité des obligations par disparition de leur objet.

(4241) Voy. ainsi, très clairement, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n° 98, D, p. 131 : « Lorsqu'un contrat synallagmatique n'est pas exécuté (nous supposons bien entendu l'exécution fautive [...], que se passe-t-il ? Il s'ouvre, au profit du créancier, une option : l'exécution forcée des obligations nées du contrat ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts. Le créancier peut choisir l'une ou l'autre branche de l'alternative, suivant ses convenances [...]. S'il opte pour l'exécution forcée, il peut poursuivre celle-ci sous l'une ou l'autre de ses formes : l'exécution directe ou en nature, ou, si celle-ci n'est pas ou n'est plus possible, l'exécution par équivalent (dans un cas comme dans l'autre, à condition d'offrir lui-même l'exécution de ses propres obligations), d'une part, ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts complémentaires, de l'autre » (nous soulignons).

(4242) Voy., par exemple, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 545, 10°, p. 816, qui continue à enseigner que le créancier a droit à l'exécution par équivalent en cas d'impossibilité d'exécution en nature.

On sait en effet que, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1980, l'impossibilité d'exécuter en nature une obligation, même par la faute du débiteur, entraîne l'extinction de cette obligation. Si cette obligation était essentielle, les obligations corrélatives du créancier se trouvent également éteintes, sans préjudice du droit pour ce dernier de réclamer des dommages-intérêts au débiteur (4243). Le mécanisme de la caducité apporte ainsi une dérogation à l'article 1184 puisqu'il impose la dissolution du contrat au créancier et le prive ainsi de la possibilité d'en demander l'exécution forcée (4244). Ainsi, pour revenir à l'hypothèse de la vente, la perte de la chose alors que le vendeur était en demeure de la livrer entraîne à la fois l'extinction de l'obligation de livraison du vendeur et, corrélativement, celle de l'acheteur de payer le prix. L'extinction du contrat qui en résulte ne résulte toutefois pas de la théorie des risques et de la règle *res perit debitori*, mais du principe général du droit relatif à la caducité. Par ailleurs, l'acheteur sera en droit de réclamer des dommages-intérêts au vendeur pour couvrir l'éventuel dommage qui subsiste en dépit de sa libération de l'obligation de payer le prix, par exemple le bénéfice perdu si la chose lui avait été vendue à un prix inférieur à sa valeur réelle. Ces dommages-intérêts n'ont donc pas pour objet d'accorder au créancier la valeur de la chose perdue, mais seulement la différence positive entre cette valeur et le prix qu'il n'est plus tenu de verser, ainsi que le cas échéant tous autres préjudices causés par l'inexécution ; il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une exécution par équivalent, mais seulement de la réparation de l'intérêt positif dans le cadre de la responsabilité contractuelle (4245).

Cette intrusion du mécanisme de la caducité dans les règles traditionnelles relatives à l'inexécution du contrat jette un éclairage nouveau sur l'effet de la mise en demeure sur le lien contractuel. Nous avons vu, en effet, que si la chose vient à périr par cas fortuit alors que le vendeur est en demeure de la livrer, l'article 1302 s'oppose normalement à sa libération, de sorte que la théorie des risques ne pourrait pas jouer. Le mécanisme de la caducité impose cependant une relecture de l'article 1302 : en raison du caractère fautif de la perte de la chose, l'obligation n'est certes pas totalement éteinte, en ce sens qu'elle demeure le fondement juridique sur la base duquel le débiteur pourra se voir condamner à payer des dommages-intérêts ; mais, néanmoins, l'obligation elle-même se trouve éteinte dans la mesure de la

(4243) Voy. *supra*, n° 328, I, et références citées.

(4244) P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1987, n° 18, pp. 95 et s.

(4245) Comp. P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1987, n° 21, p. 99 qui assimile ces deux concepts ; sur la différence entre exécution par équivalent et réparation de l'intérêt positif, voy. *supra*, n°s 388 et s.

perte, en ce sens qu'il est désormais impossible pour le créancier de solliciter l'exécution en nature de cette obligation (4246). Du reste, parce que cette obligation était essentielle au contrat de vente, c'est tout le contrat qui se trouve éteint, sans préjudice des dommages-intérêts dont le débiteur sera tenu envers le créancier. Ce dernier ne pourra donc plus solliciter l'exécution par équivalent en tant que telle de l'obligation, mais devra se contenter de dommages-intérêts complémentaires à la caducité du contrat (4247).

En définitive, on pourrait avoir l'impression que la mise en demeure a bien opéré un renversement de la charge des risques de la contre-prestation, puisqu'alors que ceux-ci se trouvaient à l'origine sur la tête de l'acheteur et que la perte de la chose par cas fortuit n'aurait pas libéré celui-ci de son obligation de payer le prix, la perte de la chose survenue après la mise en demeure du vendeur entraîne néanmoins la libération des deux parties, de la même manière que s'il était fait application de l'adage *res perit debitori*, sous la seule réserve des dommages-intérêts dus par le vendeur. C'est toutefois bien la théorie de la caducité, et non un quelconque renversement de la charge des risques de la contre-prestation opéré par la mise en demeure, qui explique ce résultat.

446. Perte totale de la chose par cas fortuit – Position du problème. Le sort des restitutions dues en cas de perte de la chose par cas fortuit constitue assurément l'une des questions les plus complexes du régime de l'effet rétroactif de la résolution (4248). Cette situation s'explique par le fait qu'au-delà des hésitations que l'on peut avoir sur l'incidence de la force majeure sur le rapport de restitution, il y a lieu de tenir compte aussi bien des conséquences du manquement ayant provoqué la résolution (4249) que

(4246) P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1987, n° 21, p. 98.

(4247) On notera que cette conclusion se concilie parfaitement avec la doctrine moderne pour qui « [à] proprement parler, il ne pourrait y avoir d'exécution par équivalent de l'obligation primitive », l'inexécution du contrat donnant lieu à « une obligation nouvelle dont l'objet diffère totalement de celui de l'obligation contractuelle inexécutée : les dommages et intérêts ont pour fonction de *réparer le dommage* causé par l'inexécution fautive de l'obligation originale et non pas d'exécuter cette obligation sous une autre forme » (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, n° 106, p. 141 ; dans le même sens, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, o.c.*, n° 16, pp. 19 et s.).

(4248) On en veut notamment pour preuve le fait qu'après avoir tracé plusieurs pistes de réflexion, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n°s 950 et s., pp. 684 et s., s'abstient finalement de prendre position *de lege lata*.

(4249) Voy. *infra*, n°s 449 et s.

des circonstances particulières qui peuvent se présenter (4250). Soucieux de sérier les problèmes en procédant par étapes, nous supposerons cependant à ce stade que la perte est survenue *avant* le prononcé de la résolution et laisserons provisoirement de côté l'incidence du manquement du débiteur (en ce compris l'effet de la citation valant mise en demeure sur la charge des risques).

Sous le bénéfice de ces observations, lorsque la chose qui doit être restituée ensuite de la résolution a péri par cas fortuit (c'est-à-dire à la suite d'un événement dont le débiteur de la restitution n'a pas à répondre), trois solutions différentes sont généralement avancées en doctrine et en jurisprudence, comme c'était déjà le cas en matière de nullités (4251).

Ainsi, un premier courant préconise le paiement d'une indemnité compensatoire de la valeur de la chose, c'est-à-dire une *restitution par équivalent*, même lorsque la perte de la chose est non fautive (4252).

Les deux autres courants prennent pour acquise la libération du débiteur de la chose mais se séparent quant au sort de l'obligation corrélative du créancier. Les uns préconisent ainsi l'application de la règle *res perit domino* : le créancier de la chose, devenu rétroactivement propriétaire de celle-ci par l'effet de la résolution, devrait par là même supporter la charge des risques et, dès lors, restituer néanmoins le prix de la chose (4253). Pour les autres, la règle *res perit debitori* imposerait au contraire de considérer que la libération du débiteur de la chose provoque corrélativement la

(4250) Voy. *infra*, n° 455.

(4251) Comp. *supra*, n° 266.

(4252) Voy. Cass. fr., 5 décembre 2006, n° 05-12.179 ; Cass. fr., 6 avril 1994, *Bull.*, 1994, I, n° 140, décidant que « par l'effet de la révocation, la donataire, indépendamment de toute faute de sa part, était tenue de restituer le bien donné dans l'état où il se trouvait au jour de la donation et, éventuellement, de rembourser au disposant ou à son successeur universel les dépenses que nécessitait la remise du bien en cet état » (sur ce que la révocation de donation pour inexécution de charge est une forme de résolution, voy. *supra*, n° 351) ; Liège, 2 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1729 et s., spéc. p. 1732, à propos de l'action réhibitoire ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 523, p. 582 ; art. 1163-3, alinéa 2, du **Projet Catala** ; art. 96, alinéa 2, du **Projet de la Chancellerie** ; art. III. - 3:512, alinéa 1^{er}, b), du **DCFR**.

(4253) Voy., en ce sens, Cass. fr., 20 juin 1978, *Bull.*, 1978, IV, n° 175 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 100.

libération du créancier, chaque partie étant dès lors libérée de son obligation de restitution (4254).

447. Suite – Application de la règle *res perit debitori*.

En réalité, nous avons déjà été confronté à une question similaire dans le domaine des nullités et pouvons, à cet égard, largement nous référer aux solutions déjà dégagées dans ce cadre (4255).

Ainsi, le premier courant esquissé paraît d'emblée pouvoir être écarté en raison de sa contrariété avec l'article 1302 du Code civil : en l'absence de disposition contraire, rien ne permet de considérer que le débiteur doit demeurer tenu nonobstant la perte de la chose alors que celle-ci ne lui est pas imputable. Reste alors à choisir entre les règles *res perit domino* et *res perit debitori*. Notre préférence va clairement à cette dernière pour les motifs déjà développés précédemment.

On rappellera, à cet égard, que la volonté du législateur de lier inconditionnellement les risques à la propriété apparaît pour le moins incertaine ; que l'article 1138 a été rédigé en ayant en vue le cadre contractuel, et non celui des restitutions consécutives à la dissolution du contrat ; que les exceptions à la règle *res perit debitori*, qui constitue le droit commun des rapports synallagmatiques, doivent être interprétées restrictivement ; que l'application de la règle *res perit domino* procède quant à elle d'une conception trop mécanique de l'effet rétroactif, comme si le contrat n'avait jamais existé et qu'il fallait dès lors nécessairement prétendre que le vendeur n'a jamais cessé d'être propriétaire, alors que la dissolution rétroactive – qu'il s'agisse de l'annulation ou la résolution – constitue en réalité une sanction mesurée qui, tout en ayant certes pour objectif premier d'effacer les conséquences du contrat, n'interdit pas de tenir compte de l'exécution qui lui a été effectivement donnée et de préserver, dans une certaine mesure, celle-ci lorsque la sécurité juridique l'impose (4256) ; et, qu'enfin, il se jus-

(4254) T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 36. Certains auteurs se fondent à cet égard sur une application analogique de l'article 1182 du Code civil, propre au régime de la condition suspensive (voy. à ce propos *supra*, n° 188) : J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 293, p. 403, note n° 1 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 21, p. 246.

(4255) Pour plus de détails, voy. *supra*, n° 267.

(4256) Cet argument peut d'ailleurs être renforcé par un raisonnement *a fortiori* (voy. à ce propos *supra*, n° 378, III) : si la répartition des risques échappe à l'effet rétroactif de la nullité, il doit en aller d'autant plus ainsi en cas de résolution. Comp. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La*

tifie de maintenir au stade des restitutions la même répartition des risques que celle ayant existé pendant la vie du contrat (4257) – à savoir, faire peser ceux-ci sur la tête de l'acheteur –, afin d'éviter de déjouer les anticipations des parties, l'acheteur étant à la fois la partie ayant eu la chose effectivement en son pouvoir et celle la mieux placée pour contracter une assurance (4258).

448. Illustration – Charge des risques dans l'action réhibitoire. En droit romain, lorsque la chose était atteinte d'un vice caché justifiant l'introduction de l'*actio redhibitoria*, la charge des risques pesait sur le vendeur, ce qu'on exprime par la formule imagée « *mortuus redhibetur* » (le mort est restitué). On visait par là l'hypothèse de la vente d'un esclave qui décède pour une cause étrangère à l'acheteur ; le vendeur devait alors lui restituer le prix mais se contenter de recevoir le cadavre, ce qui signifie qu'en fait, l'acheteur ne doit rien restituer tout en obtenant la restitution du prix (4259). Cette solution revenait donc à une application de la règle *res perit domino*.

Sur ce point, le Code civil a toutefois pris ses distances avec la tradition romaine (4260). Certes, directement inspiré de Pothier (4261), l'article 1647, alinéa 1^{er}, fait peser sur le vendeur la charge des risques lorsque la perte est due aux vices de la chose. Le législateur napoléonien innova cependant par le second alinéa de cette disposition, lequel énonce : « Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur ». Celui-ci étant la personne tenue à restitution, c'est donc

mise en vente d'un immeuble, n° 21, p. 246, qui recourt plutôt à un raisonnement *a contrario* (s'il faut appliquer *res perit domino* dans le cas d'une convention nulle où tout se passe comme si elle n'était jamais intervenue, alors la règle *res perit debitori* se justifie dans le cas de la résolution qui n'a pas un effet aussi radical sur la convention).

(4257) Voy., dans le même sens, avant la réforme de 2002, la position de la **doctrine allemande**, qui critiquait l'ancien § 350 du BGB : K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, o.c., § 26, p. 408.

(4258) Voy. dans le même sens le commentaire de l'article 7.3.6 des **Principes d'Unidroit 2010**, p. 270 (« Cette répartition du risque de la détérioration ou de la destruction est justifiée en particulier par le fait que le risque doit être à la charge de la personne qui a le contrôle de l'exécution »).

(4259) Voy. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, o.c., p. 331 (qui critique cette interprétation traditionnelle en considérant que l'application de la règle devrait être restreinte au cas où l'esclave a péri en raison d'un vice dont le vendeur doit répondre, ou pour une cause étrangère qui aurait frappé aussi bien l'acheteur que le vendeur) ; A. THIER, « §§ 346-359. Rücktritt ; Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Teilband, §§ 305-432, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 2074 et s., n° 14, pp. 2086 et s.

(4260) La disposition n'a toutefois donné lieu à aucune discussion : voy. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XIV, Paris, Treuttel et Würz, 1828, p. 19.

(4261) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraites*, o.c., n° 221, p. 137.

la consécration de la règle *res perit debitori*, solution qui doit à notre sens être généralisée hors du domaine de l'action rédhibitoire.

La jurisprudence s'est toutefois montrée réticente à admettre sans réserve ce mouvement. Ainsi, dans un arrêt déjà ancien de 1863, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'application de la règle *res perit domino*, du moins pour le cas où la perte fortuite de la chose est survenue *après* l'introduction de l'action en résolution (4262). Dans cette affaire, neuf jours après la vente d'un boeuf, l'acheteur assignait son vendeur en résolution de la vente pour vices cachés. Le boeuf mourut trois jours plus tard. Un expert ayant établi que le boeuf avait succombé, non de la phthisie pulmonaire invoquée comme vice caché, mais d'une maladie de coeur récente et aiguë constitutive de cas fortuit, le juge du fond décida, se référant à l'article 1647, alinéa 2, du Code civil, que l'acheteur n'avait pas droit à la restitution du prix, dès lors que « cette disposition conçue en termes généraux s'applique aussi bien au cas où l'action avait été introduite avant la perte de l'animal, qu'au cas où elle n'avait pas encore été mise en mouvement ». Sur pourvoi de l'acheteur, le ministère public conclut toutefois à la cassation en se fondant sur l'effet déclaratif du jugement de résolution. Selon lui, « les rapports juridiques des parties sont fixés par l'action dès qu'elle est intentée », de sorte que si la chose vient à périr après cette date, quelle qu'en soit la cause, la perte en est pour le propriétaire, c'est-à-dire le vendeur dans l'hypothèse où l'action en résolution était fondée (4263). Cette référence à l'effet déclaratif du jugement de résolution apparaît toutefois discutable dès lors que, comme nous l'avons vu, ce jugement devrait plutôt être qualifié de constitutif, dès lors que le juge ne se borne pas à constater une situation préexistante mais exerce un véritable *imperium* en décidant de prononcer la résolution (4264). Peut-être est-ce la raison pour laquelle la Cour de cassation, tout en adoptant la solution suggérée par le parquet général, évita soigneusement toute référence à l'effet déclaratif des jugements dans sa motivation, préférant se fonder plus spécifiquement sur l'effet rétroactif de la résolution. Après avoir considéré que « cette action a pour objet de faire résilier la vente, en d'autres termes, de faire déclarer que ladite vente est nulle et comme non avenue », elle décida en effet « Que, dès lors, si l'action est fondée, l'acheteur ne peut être censé avoir acquis par la vente la propriété de l'animal, et

(4262) Cass., 29 octobre 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 134, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ ; dans le même sens, Liège, 2 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1729 et s., spéc. p. 1732.

(4263) Voy. de même H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 216, note n° 7, p. 304.

(4264) Voy. *supra*, n° 429.

l'article 1647 du Code civil qui, dans sa disposition finale, n'est que l'expression de la règle *res perit domino*, ne peut être invoquée contre le demandeur », c'est-à-dire l'acheteur.

Le raisonnement de la Cour ne nous paraît pas pouvoir être admis sans réserve en l'état du droit positif. Supposons, en effet, que la perte fortuite de la chose soit plutôt survenue *avant* l'introduction de l'action en résolution. Dans la logique de la Cour, la résolution devrait également en ce cas, remontant jusqu'à la conclusion du contrat, rendre le vendeur rétroactivement propriétaire de la chose, de sorte que celui-ci devrait également dans cette hypothèse supporter les risques. Ce résultat est pourtant directement contraire au texte de l'article 1647, alinéa 2, qui, même restreint au cas où la perte est survenue avant l'introduction de l'action, met expressément les risques sur la tête de l'acheteur.

En réalité, si l'arrêt de 1863 parvient à traiter différemment la perte survenue avant et après l'introduction de l'action en résolution, c'est sans doute parce qu'il repose sur l'idée qu'une fois la perte de la chose survenue, le contrat est dissous de sorte qu'une action en résolution ne pourrait plus être introduite. Dès lors, l'acheteur demeurerait définitivement propriétaire de la chose et l'article 1647, alinéa 2, pourrait effectivement se lire comme une application de la règle *res perit domino* (4265). À l'inverse, si la perte de la chose intervient après l'introduction de l'action en résolution, celle-ci pourrait encore aboutir et, faisant repasser la propriété sur la tête du vendeur, lui ferait également supporter les risques. Le présupposé sur lequel l'arrêt paraît reposer n'est toutefois plus admissible aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour admettant désormais largement la possibilité d'agir en résolution d'un contrat déjà dissous pour une autre cause (4266). Par conséquent, si l'acheteur peut encore agir en résolution nonobstant la perte fortuite de la chose, l'article 1647, alinéa 2, ne peut plus se lire comme une pure application de la règle *res perit domino*, puisque la propriété sera repassée, par l'effet de la résolution, sur la tête du vendeur. Cette disposition constitue dès lors bel et bien une application de la règle *res perit debitori* et il n'y a plus de raison de traiter différemment la perte survenue avant ou après l'introduction de la demande en résolution.

(4265) Voy., en ce sens, Cass. fr., 3 décembre 1996, *Bull.*, 1996, I, n° 441 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange* (avec L. SAIGNAT), 3^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1908, n° 439, p. 459 (soulignant que l'acheteur est propriétaire au moment où la perte survient) ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 654, p. 698.

(4266) Voy. *supra*, n° 355.

449. Suite – Incidence du manquement du débiteur. L'application de la règle *res perit debitori* ne constitue toutefois qu'une partie de la solution. Il faut en effet également tenir compte de l'application de deux autres règles, à savoir, d'une part, la possibilité pour le créancier ayant obtenu la résolution de réclamer des dommages-intérêts complémentaires visant à assurer la réparation de l'intérêt positif (article 1184, alinéa 2) (4267), et, d'autre part, le fait que le débiteur en demeure ne peut plus se prétendre libéré par un cas de force majeure, à moins que sa faute soit sans lien causal avec la perte subie (article 1302, alinéas 1^{er} et 2) (4268).

Afin d'étudier l'interaction de ces trois règles de la manière la plus systématique possible, nous proposons de distinguer quatre hypothèses, selon que le manquement ayant justifié la résolution se trouve ou non en lieu causal avec la perte de la chose, et selon qu'il soit imputable au créancier ou au débiteur de la restitution (4269). Quatre situations différentes doivent dès lors être envisagées (4270).

450. Suite – Première hypothèse : manquement non causal imputable au créancier de la restitution. Envisageons tout d'abord le cas d'une vente résolue en raison des vices de la chose et où celle-ci vient à périr chez l'acheteur pour cause de cas fortuit, tel qu'un incendie déclaré dans ses locaux.

Dans un tel cas de figure, le manquement ayant justifié la résolution est imputable au vendeur, partie qui, dans le rapport de restitution, est créancière de la chose. Ce manquement est toutefois sans lien causal avec la perte de celle-ci. En effet, si le contrat avait été correctement exécuté – c'est-à-dire, si la chose avait été livrée sans vice –, la chose aurait de toute façon péri de la même manière entre les mains de l'acheteur (4271).

(4267) Voy. *supra*, n^{os} 393 et s.

(4268) Voy. *supra*, n^o 445, II.

(4269) Comp. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 21, p. 247, qui souligne que « la question des risques devra être examinée au cas par cas et ne se présentera que de manière exceptionnelle, dans toute sa pureté » ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n^o 954 et 955, pp. 686 et s., qui admet la pertinence de ces facteurs sans toutefois examiner systématiquement leur combinaison.

(4270) Voy. le tableau récapitulatif proposé *infra*, n^o 454.

(4271) Pour un cas similaire où la chose n'a cependant pas péri, voy. BGH, 28 novembre 2007, VIII ZR 16/07, point 14 : l'acheteur avait obtenu la résolution de la vente d'une voiture d'occasion, parce que le vendeur avait dissimulé que celle-ci avait déjà subi un accident, mais

Cette circonstance est sans incidence sur l'application de la règle *res perit debitori*. Ainsi, la libération de l'acheteur, dont l'obligation de restitution est devenue impossible à exécuter par suite de cas fortuit (article 1302, alinéa 1^{er}), entraîne, corrélativement, la libération du vendeur. Toutefois, alors qu'il ne reçoit rien du vendeur pour compenser sa perte, l'acheteur ne pourra réclamer des dommages-intérêts complémentaires à la résolution, puisque la faute commise par le vendeur n'est pas la cause du dommage dont l'acheteur se plaint. Telle est exactement la solution prévue par l'article 1647, alinéa 2, du Code civil : « la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur » (4272).

La solution pourrait surprendre le lecteur qui aura retenu que le dommage de restitution peut constituer l'un des postes du dommage indemnisable dans le chef du créancier ayant obtenu la résolution (4273). La réalité est toutefois plus complexe. Nous avons vu, en effet, que le créancier a droit à des dommages-intérêts destinés à couvrir son intérêt positif et que celui-ci s'élèvera, *en règle*, au minimum, à l'intérêt négatif, lequel inclut effectivement le dommage de restitution. Ce principe ne vaut toutefois que pour autant que le bénéfice escompté de l'opération soit au minimum égal à zéro, ce qui ressortait de la formule : $IP = BN + IN$ (4274). Or, si l'on envisage le cas où la chose était de toute façon appelée à périr par cas fortuit entre les mains de l'acheteur, il faut alors considérer que l'opération était en réalité, dès l'origine, déficitaire, fût-ce à l'insu des parties.

Supposons ainsi le cas où A s'engage à vendre une chose d'une valeur objective de 90 à B pour un prix s'élevant à 100. Toutefois, dans les mois suivant la vente, la chose périr par cas fortuit entre les mains de B. Même si la chose était dépourvue de tout vice, l'opération s'avérerait donc déficitaire pour B, qui accuserait une perte de 100, somme qu'il a dépensée pour acquérir une chose d'une valeur devenue nulle. On a donc $BN = -100$. Si, maintenant, le contrat est résolu

l'acheteur avait, avant la résolution, lui-même causé un accident au véhicule en dérapant sur une plaque de verglas et renoncé à le faire réparer. Le temps d'acquérir un autre véhicule, il avait ensuite loué un véhicule de remplacement dont il demandait au vendeur de lui rembourser le coût. Le Bundesgerichtshof décide, à juste titre, que ce dommage n'est pas en lien causal avec le manquement commis par le vendeur, puisque, même si celui-ci avait livré un véhicule conforme à ses déclarations, l'acheteur aurait quand même renoncé à réparer ce véhicule après avoir effectué un accident, de sorte que c'est dans cette décision de l'acheteur que le coût de la location d'un véhicule de remplacement trouve sa cause, et non dans le manquement ayant justifié la résolution.

(4272) Sur cette disposition, voy. *supra*, n° 448.

(4273) Voy. *supra*, n° 399, IV.

(4274) Voy. *supra*, n° 404.

en raison d'un vice caché ayant affecté la chose, B subira certes un dommage de restitution de 100, correspondant à son intérêt négatif. En effet, si le contrat n'avait pas été conclu, il aurait conservé les 100 du prix dans son patrimoine ; or, par l'application de la règle *res perit debitori*, il ne récupère rien ; l'intérêt négatif perdu est donc bien de 100. Toutefois, l'article 1184 du Code civil ne lui permet pas de récupérer en toute hypothèse l'intérêt négatif, mais seulement la somme de celui-ci et du bénéfice net escompté. En l'occurrence, $IP = -100 + 100 = 0$ et B ne peut obtenir aucun dommage-intérêt pour couvrir son dommage de restitution.

451. Suite – Deuxième hypothèse : manquement non causal imputable au débiteur de la restitution. La solution diffère dans le cas où la vente est résolue en raison d'un manquement de l'acheteur à son obligation de payer le prix et où la chose périt également en raison d'un incendie, constitutif de force majeure, dans ses locaux.

Ici encore, la règle *res perit debitori* libère chaque partie de son obligation de restitution. Le manquement de l'acheteur à son obligation de payer le prix est en effet étranger à la perte de la chose, puisqu'elle serait également survenue de la même manière si le prix avait été payé au terme échu, de sorte qu'elle constitue bien pour lui un cas de force majeure libératoire (article 1302, alinéa 2). Toutefois, à la différence du cas précédent, le créancier ayant obtenu la résolution – soit ici le vendeur – subit bien un dommage. Certes, le manquement commis par l'acheteur ne se trouve pas en lien causal avec la perte de la chose, puisque celle-ci serait de toute façon survenue, même en cas de paiement du prix. En revanche, ce manquement a pour conséquence que le vendeur n'a pas perçu – par hypothèse – une partie du prix de vente, laquelle non seulement ne pourra plus jamais être perçue, mais ne pourra pas non plus être compensée par la restitution de la chose. Le vendeur pourra donc obtenir des dommages-intérêts complémentaires à la restitution qui couvriront aussi bien ce dommage de restitution que la perte du bénéfice escompté.

Supposons à nouveau que la chose, d'une valeur de 90, ait été vendue par A à B pour un prix de 100, et ajoutons que la résolution est prononcée parce que B, après un premier paiement de 50, s'abstient de tout versement ultérieur. La chose étant détruite par cas fortuit, B est dispensé de la restituer tandis que A est dispensé de rendre les 50

qu'il a reçus (4275). Il peut cependant réclamer des dommages-intérêts complémentaires équivalents à l'intérêt positif, soit $IP = BN + IN$. En l'occurrence, le bénéfice escompté par le vendeur était de $100 - 90 = 10$. Quant à l'intérêt négatif, il s'agit de la différence entre la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu (soit la valeur de la chose qui serait demeurée dans son patrimoine) et celle où il se trouve après la résolution (soit les 50 qu'il a obtenus et pu conserver) : $IN = 90 - 50 = 40$ (4276). On a donc $IP = 10 + 40 = 50$. Si on ajoute ces 50 aux 50 qu'il a déjà obtenus, A détient donc 100 dans son patrimoine, et se trouve ainsi, grâce aux dommages-intérêts complémentaires à la résolution, dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté.

452. Suite – Troisième hypothèse : manquement causal imputable au créancier de la restitution. Dans un troisième cas de figure, le manquement ayant entraîné la résolution est également à la source de la perte de la chose, sachant que celle-ci aurait dû être restituée au débiteur fautif si elle n'avait pas péri. Tel est notamment le cas dans l'hypothèse où la chose, atteinte d'un vice caché, péricule en raison de ce dernier.

Dès lors que ce vice constitue un cas fortuit pour l'acheteur – débiteur de la chose au stade des restitutions –, celui-ci est libéré de son obligation (article 1302, alinéa 1^{er}), et le vendeur est corrélativement libéré de son obligation de restitution du prix par application de la règle *res perit debitori*. Toutefois, le vendeur ne s'en tirera pas cette fois à si bon compte. En effet, privé de la restitution du prix, l'acheteur subit indéniablement un dommage de restitution, causé par la faute du vendeur. Il doit donc pouvoir en demander réparation, ainsi que, plus largement, de tout autre préjudice causé par le vice, tel que la perte de bénéfice escompté de l'opération. Telle est, à nouveau, la solution très exactement préconisée par l'article 1647, dont l'alinéa 1^{er} prévoit que « [s]i la chose qui avait des vices, a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents ».

(4275) Par souci de simplification, nous laissons pour le moment de côté la problématique de l'exécution asymétrique du contrat (voy. à ce propos *infra*, n° 455).

(4276) Dès lors que $FC = PE = 0$, le même résultat peut être atteint en relevant que $IN = DR = PC - R = 90 - 50 = 40$.

La formulation de cette disposition est intéressante, car les termes « autres dédommagements » donnent à penser que la « restitution du prix » n'est pas ici une véritable obligation de restitution découlant de la résolution, mais plutôt une forme de dommages-intérêts complémentaires à la résolution.

Prenons ainsi le cas d'une chose qui, sans vice, serait d'une valeur de 100, vendue par A à B pour un prix de 100. Si la chose était exempte de vice, B obtiendrait au terme l'opération 100 dans son patrimoine. Puisque, du fait de la perte de la chose, il n'a plus que 0, il subit bien un dommage de 100 dont il peut réclamer réparation en complément de la résolution. Cette somme de 100 ne constitue donc pas à proprement parler la restitution du prix, mais des dommages-intérêts d'un montant équivalent.

Si, maintenant, la chose valait 110, l'acheteur pourra obtenir 10 (bénéfice escompté) + 100 (dommage de restitution), soit au total 110.

Quid, cependant, si la chose ne valait objectivement que 90 ? Il nous paraît possible de soutenir qu'en prévoyant la restitution du prix, le législateur n'a eu à l'esprit que le cas le plus simple où le prix de la chose correspond exactement à sa valeur vénale ou dépassait celle-ci. Si, néanmoins, tel n'est pas le cas, il nous semble que la résolution de la vente ne peut être l'occasion pour l'acheteur d'échapper aux conséquences de la mauvaise affaire qu'il a conclue (4277). Ainsi, dans l'exemple envisagé, l'intérêt négatif, consistant dans le dommage de restitution (soit le prix dont il n'obtient pas restitution par la faute du vendeur), s'élève toujours à 100, mais le bénéfice escompté de l'opération devient négatif (-10). L'acheteur ne pourra donc obtenir que des dommages-intérêts égaux à $-10 + 100 = 90$.

L'article 1647 peut également être rapproché de l'article 1631 qui prévoit qu'en cas d'éviction totale, le vendeur est tenu de la restitution totale du prix, même si la chose avait auparavant diminué de valeur par cas fortuit, voire par le fait de l'acheteur. Cette solution est généralement analysée, à juste titre, comme étant dérogatoire au droit commun (4278) et n'a d'ailleurs pas été retenue en cas d'éviction partielle (4279). Supposons en effet que A vende à B une chose d'une

(4277) Sur ce principe, voy. *supra*, n° 392.

(4278) Sur ce point, voy. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, o.c., n° 366, p. 220 ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 932, p. 766 ; comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 172, p. 249, qui, en admettant que « [t]out cela est peut-être discutable de lege ferenda », voit néanmoins dans l'article 1631 « une application de la résolution, opérant *ex tunc* ».

(4279) En effet, l'article 1637 prévoit que « [s]i, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement

valeur de 100 pour un prix identique, mais que la chose subisse ensuite une dégradation de 20 par cas fortuit, avant que B ne soit totalement évincé par un tiers. Dans ce cas, l'éviction peut certes être analysée comme un cas de force majeure pour l'acheteur, qui le libère de son obligation de restitution de la chose et libère dès lors corrélativement le vendeur de son obligation de restitution du prix (*res perit debitori*). La responsabilité du vendeur étant engagée au titre de la garantie d'éviction, il doit alors indemniser l'acheteur de son dommage de restitution, qui correspond au prix de la chose (100). Toutefois, l'acheteur n'a pas droit en tant que tel à la réparation de son intérêt négatif, mais seulement du cumul de celui-ci avec le bénéfice net escompté ($IP = BN + IN$) (4280). Or, les dégradations auraient été subies par l'acheteur même si l'éviction n'avait pas eu lieu. En d'autres termes, l'opération aurait de toute façon été pour lui déficitaire à concurrence de 20, puisqu'il aurait acquis pour 100 une chose qui n'en vaudrait en définitive que 80. L'acheteur ne pourrait dès lors, normalement, obtenir que la réparation de 80 (soit $100 - 20$). En lui accordant néanmoins la restitution intégrale du prix (100), l'article 1631 déroge donc à notre sens au droit commun (4281).

453. Suite – Quatrième hypothèse : manquement causal imputable au débiteur de la restitution. Dernière hypothèse : le débiteur en possession de la chose a, par son manquement, provoqué à la fois la perte de celle-ci et la résolution du contrat. Tel est par exemple le cas lorsque l'acheteur, auquel la chose a déjà été livrée dans l'attente du paiement complet du prix, quoique mis en demeure, néglige néanmoins de prendre les mesures de sécurité auxquelles il s'était engagé, et où la chose finit par disparaître par suite d'un vol. Qui devra supporter cette perte si le vendeur obtient ensuite la résolution aux torts de l'acheteur ?

Contrairement aux trois cas examinés précédemment, l'acheteur ne pourra pas, ici, se prévaloir de l'effet libératoire de la force majeure (4282). En effet, ayant été mis en demeure de prendre les

au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur ». L'acheteur doit donc supporter en ce cas la perte de valeur de la chose survenue par cas fortuit ou par son propre fait.

(4280) Voy. *supra*, n° 404.

(4281) Il est à cet égard permis de se demander si ce traitement dérogatoire fait bien l'objet d'une justification objective et raisonnable au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (comp. *supra*, n° 61 et s.).

(4282) Dans le même sens, P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n°s 21, p. 247.

mesures de sécurité nécessaires, il ne pourra se prévaloir du cas fortuit qui ne se serait pas réalisé s'il les avait prises (article 1302, alinéa 1^{er}) (4283). On appliquera donc les règles prévues pour le cas où la perte est imputable au débiteur de la restitution (4284).

On retombe toutefois sur la deuxième hypothèse examinée dans le cas où la chose aurait de toute façon péri même entre les mains de l'acheteur (article 1302, alinéa 2) (4285). Le **droit allemand** offre à cet égard quelques exemples de cas où la perte survient en quelque main que se trouve la chose, et notamment le cas de la destruction d'une maison par une catastrophe naturelle, des graffitis taggés sur un garage, ou encore de la confiscation par la police d'une voiture (4286).

454. Suite – Synthèse. Les différentes hypothèses de perte totale fortuite de la chose que nous avons rencontrées peuvent être synthétisées comme suit.

	Manquement imputable au créancier de la restitution	Manquement imputable au débiteur de la restitution
Manquement n'ayant pas causé la perte de la chose	(1) Vice de la chose Incendie chez l'acheteur → <i>res perit debitori</i> pas de dommages-intérêts	(2) Non-paiement du prix Incendie chez l'acheteur → <i>res perit debitori</i> dommages-intérêts
Manquement ayant causé la perte de la chose	(3) Vice de la chose Perte du fait du vice → <i>res perit debitori</i> dommages-intérêts	(4) Acheteur en demeure (sécurité) Vol chez l'acheteur → pas de cas fortuit dommages-intérêts

455. Suite – Cas particuliers. Enfin, par souci de complétude, on soulignera que la perte de la chose peut également se produire dans des circonstances particulières de nature à perturber le fonctionnement de la règle *res perit debitori*. Tel est le cas dans l'hypothèse d'un rapport unilatéral de restitution, en particulier lorsqu'au moment de la résolution du contrat, une seule des parties a procédé à l'exécution de ses obligations (*Vorleistung*) ; si, au moment de la perte de la chose, les risques pesaient encore sur la tête du vendeur en vertu du contrat ;

(4283) Sur l'effet de la mise en demeure sur la charge des risques, voy. *supra*, n° 445.

(4284) Dans le même sens, J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 107, p. 72 ; voy. *infra*, n° 457.

(4285) Voy. *supra*, n° 451.

(4286) R. GAIER, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 346, n° 52 et références citées.

ou encore, si l'on envisage l'hypothèse d'une perte de la chose survenue *après* le prononcé de la résolution.

Pour l'ensemble de ces hypothèses, nous renvoyons aux développements que nous y avons consacrés lors de l'étude de la nullité (4287), les solutions proposées pouvant être transposées dans le domaine de la résolution sous réserve, néanmoins, de l'incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution et du renversement de la charge des risques opéré par la mise en demeure (4288).

456. Perte partielle de la chose par cas fortuit. L'application de la règle *res perit debitori* (4289) dans l'hypothèse d'une perte partielle de la chose par cas fortuit produit des conséquences identiques à celles que nous avons étudiées dans le domaine de la nullité (4290). Ainsi, cette perte partielle donnera lieu, soit à l'anéantissement complet de l'obligation réciproque de restitution du prix, soit seulement à sa réduction proportionnelle, selon que la chose à restituer apparaisse comme indivisible ou divisible dans l'intention des parties (4291). Dans tous les cas, il faudra également tenir compte de l'incidence du manquement commis par le débiteur, selon les subdivisions que nous avons proposées (4292).

457. Perte de la chose par le fait du débiteur. Envisageons maintenant le cas où la chose a péri par le fait de circonstances, même non fautives (4293), qui sont imputables au débiteur de la restitution et qui ne peuvent, dès lors, être invoquées par celui-ci comme un cas de force majeure (4294). Il en est ainsi lorsque l'usage de la chose a diminué la valeur ou que celle-ci a été aliénée par le débiteur. La restitution en nature doit alors s'accompagner d'une indemnité compensant la perte de valeur. Lorsque cette

(4287) Voy. *supra*, n^{os} 268 et s.

(4288) Voy. *supra*, n^{os} 449 et s.

(4289) Sur ce principe, voy. *supra*, n^o 447.

(4290) Voy. *supra*, n^o 272.

(4291) Comp. avec le mécanisme de la résolution partielle, *infra*, n^{os} 482 et s.

(4292) Voy. *supra*, n^{os} 449 et s.

(4293) En effet, au moment où elle agit, la partie n'est pas censée savoir que le contrat sera ultérieurement résolu, fût-ce pour un manquement qu'elle n'a pas encore commis. La notion de faute n'est donc pas appropriée pour qualifier la perte de la chose imputable à cette partie (voy. dans le même sens K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, o.c., § 26, pp. 408 et s.).

(4294) Sur le cas particulier de la perte partielle de la chose par la faute de l'acheteur dans le cadre de la garantie d'éviction, voy. l'article 1631 du Code civil, analysé *supra*, n^o 452.

restitution en nature est devenue impossible, elle doit en principe intervenir entièrement par équivalent (4295). Quatre difficultés supplémentaires se présentent toutefois à l'esprit.

I. La première question qu'il convient de trancher est celle de savoir si, en cas de *perte totale* de la chose, impliquant dès lors une impossibilité de restitution, l'obligation réciproque du créancier de la chose – généralement tenu d'en restituer le prix – s'en trouve affectée.

La réponse à cette question est traditionnellement négative. Il est toutefois permis de se demander si les principes relatifs à la caducité du contrat par disparition de l'objet ne devraient pas, par souci de cohérence, être transposés à la phase post-contractuelle des restitutions (4296), avec la conséquence que les deux parties seraient libérées de leurs obligations de restitution, mais que le créancier pourrait encore obtenir des dommages-intérêts destinés à réparer l'éventuel dommage résultant pour lui de cette situation.

II. Si l'on s'en tient, toutefois, à la solution classique du maintien de l'obligation du créancier de la restitution et à l'obligation du débiteur de restituer la chose par équivalent, se pose ensuite la question de savoir sur quelle base cette chose doit être évaluée.

L'opinion généralement admise en droit belge consiste ici à se fonder sur la *valeur objective* de la chose, indépendamment de son prix convenu (4297).

III. Se pose encore la question de la date à laquelle la valeur de la chose doit être évaluée.

À cet égard, le meilleur système paraît bien à nouveau être celui de la *dette de valeur*, qui consiste à évaluer la chose dans l'état où elle fut remise par le créancier de la restitution, mais à la valeur qu'elle possède au jour du jugement ordonnant la restitution (4298). Un tel système aboutit ainsi à mettre la diminution de valeur étrangère à l'action des parties à la charge du créancier de

(4295) Voy. *supra*, n° 423.

(4296) Sur cette question, voy. déjà *supra*, n° 273, III.

(4297) Voy. *supra*, n° 423.

(4298) Voy. l'article 1163-6 du **Projet Catala** ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 25, p. 249 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 941, p. 678.

la restitution (4299), mais l'usure – imputable à l'usage de la chose par le débiteur de la restitution – à la charge de ce dernier (4300).

IV. Enfin, il conviendra comme toujours de tenir compte des éventuels dommages-intérêts complémentaires auxquels le créancier de la restitution pourrait avoir droit si le débiteur de la restitution est l'auteur du manquement ayant provoqué la résolution.

Supposons par exemple que A vende à B une voiture pour un prix de 10.000 € correspondant à sa valeur de marché. Supposons encore que la vente soit résolue deux ans plus tard en raison du défaut de B de payer quelques mensualités du prix. À ce stade, la voiture ne vaut plus que 2.000 €, étant entendu qu'une voiture de même modèle vaudrait à cette époque 5.000 € à l'état neuf. La chose a donc subi une perte de valeur de 8.000 € au total, dont 5.000 € sont imputables à l'obsolescence et 3.000 € à l'usure. A a donc droit à une indemnité de 3.000 € destinée à couvrir l'usure, outre la restitution du véhicule d'une valeur de 2.000 €. Il subit toutefois encore un dommage de restitution de 5.000 € correspondant à l'obsolescence, puisque si le contrat avait été correctement exécuté, il aurait obtenu le prix de 10.000 €. A pourra donc encore obtenir 5.000 € à titre de dommages-intérêts complémentaires.

458. Cas particulier – Perte de la chose par le fait du demandeur en résolution – Sort de l'action rédhibitoire et de l'action estimatoire. Certains systèmes juridiques dénie à une partie le droit de provoquer la résolution du contrat lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité de procéder aux restitutions auxquelles une telle résolution donnerait lieu.

(4299) Voy. à ce propos *infra*, n° 459. Sur le cas particulier de la vétusté, voy. *supra*, n° 273, II.

(4300) Voy. Cass. fr., 1^{er} décembre 2011, n° 10-26.28 ; Cass. fr., 21 mars 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 165 ; Cass. fr., 8 mars 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 128 ; Cass. fr., 6 juillet 2000, n° 97-18.495 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 962, p. 694 ; comp. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 20, p. 245. Toutefois, dans le domaine particulier de l'action rédhibitoire, d'autres arrêts, partant du principe que le créancier de la chose n'aurait droit à aucune indemnité liée à son utilisation par le débiteur (voy. sur ce point *supra*, n° 427), en déduisent qu'il ne peut non plus réclamer aucune indemnité pour l'usure liée à cette utilisation : voy. Cass. fr., 22 mai 2012, n° 11-13.086 ; Cass. fr., 30 septembre 2008, *Bull.*, 2008, I, n° 216 ; Cass. fr., 21 mars 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 172 ; Cass. fr., 21 mars 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 171. L'instauration d'un tel régime spécifique à la garantie des vices cachés a suscité le scepticisme de la doctrine (voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 368, pp. 169 et s.).

Tel était ainsi le cas en **droit allemand** avant la réforme de 2002 (ancien § 351 du BGB) (4301).

La solution figure aussi à l'article 82.1 de la **CVIM**, qui prévoit que « L'acheteur perd le droit de déclarer le contrat résolu (...) s'il lui est impossible de restituer les marchandises dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues ». L'article 82.2 énonce toutefois d'importantes exceptions à ce principe, notamment le cas où l'impossibilité de restitution « n'est pas due à un acte ou à une omission de sa part » (point a) et celui où « l'acheteur, avant le moment où il a constaté ou aurait dû constater le défaut de conformité, a vendu tout ou partie des marchandises dans le cadre d'une opération commerciale normale ou a consommé ou transformé tout ou partie des marchandises conformément à leur usage » (point c). Ces exceptions l'emportent de loin, en pratique, sur la règle principale (4302).

En **droits belge et français**, on admet sans peine que le créancier agisse en résolution alors même qu'il se trouverait dans l'impossibilité de restituer la chose, même par son propre fait (4303). La solution est d'ailleurs cohérente avec celle admise en matière de nullités, où l'on distingue clairement le droit de provoquer la dissolution du contrat et le droit aux restitutions consécutives, l'impossibilité de procéder à celles-ci ne faisant pas obstacle à l'exercice de celui-là (4304). Une exception est toutefois généralement faite dans le domaine de la garantie des vices cachés. À cet égard, on enseigne en effet que l'*action rédhibitoire* serait exclue lorsque la restitution en nature de la chose serait devenue impossible par le fait de l'acheteur, celui-ci devant alors se contenter de l'action estimatoire (4305). Que faut-il en penser ?

(4301) Sur cette disposition, voy. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, o.c., § 26, pp. 409 et s.

(4302) R.H. WEBER, « Art. 82 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, pp. 1096 et s., n° 2, p. 1098.

(4303) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 520, pp. 579 et s. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 139 ; voy. cependant A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 394-1, p. 279. En faveur du maintien du droit de résolution, voy. de même, **en droit néerlandais**, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 707 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 522.

(4304) Voy. *supra*, n° 274.

(4305) Voy. Cass. fr., 6 juillet 1999, *Bull.*, 1999, IV, n° 155 ; Cass. fr. 12 janvier 1994, *Bull.*, 1994, I, n° 23 ; Cass. fr., 25 juin 1968, *Bull.*, 1968, I, n° 183 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, o.c., n° 368, p. 169 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 213, p. 295 ; P.A. FORTIERS, o.c., *La vente*, n° 31, note n° 79, p. 35 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 521, pp. 580 et s. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 136, note n° 4 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 299, p. 421 ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 426, p. 342 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c.,

Tout d'abord, il est certain que cette solution ne trouve pas à s'appliquer lorsque la perte de la chose est imputable au vendeur, ainsi qu'il ressort de l'article 1647, alinéa 1^{er}, du Code civil (4306). Quant à l'hypothèse de la perte fortuite, il nous semble que le second alinéa de cet article doit s'interpréter, non comme excluant l'action rédhibitoire, mais uniquement comme excluant les restitutions consécutives par application de la règle *res perit debitori* (4307). La question du maintien de l'action rédhibitoire ne se pose donc effectivement qu'en cas de perte causée par le fait du débiteur (consommation, transformation, perte par négligence ou encore aliénation de la chose).

Pour justifier la réduction de l'option de l'acheteur à l'exercice de l'action estimatoire, on se réfère parfois à l'autorité du droit romain (4308) ainsi qu'à celle de Pothier (4309). Cet argument historique doit toutefois être manié avec prudence.

Il semble bien, en effet, qu'en droit romain classique, dans le cas de la vente d'un esclave atteint d'un vice qui vient à périr par la faute de l'acheteur, celui-ci n'était pas privé de l'action rédhibitoire, mais était seulement tenu de restituer l'esclave par équivalent (4310). Tout au plus un autre texte réservait-il le cas où l'acheteur avait affranchi l'esclave : en ce cas, il perdait effectivement l'*actio redhibitoria*, mais également l'*actio quanti minoris* (4311). À l'époque de Justinien, cette dernière règle fut généralisée, par interpolation, à tous les cas où la chose avait péri par la faute de l'acheteur, renversant ainsi le système de l'époque classique (4312).

n° 685-7, p. 652 ; comp. cependant Antwerpen, 18 mai 2009, *Limb. Rechtsl.*, 2012, pp. 16 et s., spéc. p. 20, note P. VANHELMONT (le fait que la chose ait quitté le patrimoine de l'acheteur en vertu d'une obligation de reprise à terme souscrite dès l'origine par le vendeur n'empêche pas l'acheteur d'agir en rédhibition).

(4306) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 521, p. 580.

(4307) *Voy. supra*, n° 448.

(4308) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 521, p. 580, qui font valoir que l'*actio redhibitoria* serait avant toute une action en restitution, de sorte qu'elle ne serait plus permise lorsque la restitution s'avère impossible.

(4309) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 521, p. 580.

(4310) *Voy.*, en ce sens, A. THIER, « §§ 346-359 », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, 2. Teilband, *o.c.*, n° 14, pp. 2086 et s. ; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, p. 333, se référant à D., 21, 1, 31, 11 (« Si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret ») ; *voy. également* D., 21, 1, 1, 1, troisième phrase.

(4311) *Voy. D.*, 21, 1, 47, pr. (« Si hominem emptum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait, sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit »).

(4312) *Voy. D.*, 21, 1, 47, 1, et les explications de A. THIER, « §§ 346-359 », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, 2. Teilband, *o.c.*, n° 15, p. 2087.

Confronté à ces textes contradictoires, auxquels il se réfère, Pothier tente de les réconcilier en enseignant qu'en règle, « [S]i la chose vendue a cessé d'exister par la faute de l'acheteur, [...] [il] n'est pas pour cela exclu de l'action rédhibitoire, mais qu'il est seulement tenu en ce cas de faire déduction au vendeur de ce que vaudrait la chose vendue, en l'état qu'elle étoit, si elle n'eût pas cessé d'exister par sa faute » (4313). Il ajoute cependant : « quelquefois néanmoins l'acheteur qui, par son fait, s'est mis hors d'état de rendre la chose, doit être pour cela être déclaré non recevable dans l'action rédhibitoire, comme lorsqu'il a disposé de la chose, lorsqu'il l'a employée, et qu'il en a fait son profit, de la même manière qu'il eût fait si elle n'eût pas eu de vice. » (4314)

Ce faisant, il reprend donc l'évolution introduite par Justinien en la restreignant au statut d'exception et en lui donnant en réalité un nouveau fondement, qui n'est pas sans évoquer l'idée d'abus de droit (4315) : pourquoi, en effet, l'acheteur serait-il autorisé à faire résoudre la vente, alors que le vice ne lui a causé en pratique aucun préjudice ?

Le système défendu actuellement par les auteurs ne correspond donc pas exactement à la solution proposée par Pothier. Premièrement, celui-ci permet encore à l'acheteur d'intenter l'action rédhibitoire lorsque la chose a péri par sa faute, tandis que les auteurs contemporains excluent cette action dès que l'acheteur se trouve dans l'incapacité de restituer la chose en nature par son fait, peu importe qu'il en ait disposé ou qu'il l'ait perdue par négligence. Ensuite, même lorsque l'acheteur a disposé de la chose, il semble que, dans le système de Pothier, ceci ne l'empêche pas d'intenter l'action rédhibitoire lorsque le vice lui a néanmoins causé un préjudice (4316) ; on peut penser,

(4313) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 222, pp. 137 et s.

(4314) *Ibid.*, n° 223, p. 138.

(4315) Sur cette justification de la perte de l'action rédhibitoire, voy. S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 299, p. 421. Ce même auteur s'interroge toutefois, n° 300, pp. 421 et s., sur le point de savoir si, compte tenu du rejet de l'autonomie de la *rechtsverwerking* en droit positif (voy. à ce propos *supra*, n° 141), l'abus de droit pourra encore être admis de manière aussi automatique en cas d'aliénation de la chose par l'acheteur. Il est intéressant de souligner qu'en interprétant la loi romaine, la **jurisprudence allemande** du XIX^e siècle limitait, de manière similaire à Pothier, la perte de l'action rédhibitoire au cas où l'acheteur avait disposé de la chose en connaissance du vice, et fondait cette perte sur une renonciation tacite ou sur une *Verwirkung* (voy. A. THIER, « §§ 346-359 », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, 2. Teilband, o.c., n° 25, p. 2097). Voy. de même, **en droit néerlandais**, pour une application mesurée de la théorie de la *rechtsverwerking*, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 707 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n° 562.

(4316) En effet, dans ce cas, il n'a pas profité de la chose « de la même manière qu'il eût fait si elle n'eût pas eu de vice ».

par exemple, au cas où le vice ne lui aurait pas permis d'obtenir de la revente de la chose un prix normal. Enfin, dans le système actuel, la perte de l'action rédhibitoire n'empêche pas l'acheteur d'introduire néanmoins l'action estimatoire. Pothier ne se prononce pas expressément sur ce point mais, d'après les fragments de la loi romaine qu'il cite, l'action estimatoire devrait au contraire subir le même sort que l'action rédhibitoire.

En conclusion, le système consistant à ne permettre à l'acheteur que d'intenter l'action estimatoire lorsqu'il se trouve incapable par son fait de restituer la chose en nature ne peut clairement s'appuyer ni sur le droit romain ni sur les écrits de Pothier. Dès lors qu'il ne se trouve pas non plus consacré par le Code civil, il n'existe à notre sens aucune justification déterminante, qu'elle soit d'ordre textuel, historique ou rationnel, pour continuer à réserver aujourd'hui un sort particulier à l'action rédhibitoire par rapport aux autres actions en résolution (4317).

459. Simple diminution de la valeur de la chose pour cause étrangère. Comme toujours (4318), la perte proprement dite doit être distinguée de la simple diminution de valeur pour une cause étrangère, telle que celle pouvant résulter d'une variation des cours, de l'obsolescence ou de la vétusté. Cette diminution de valeur doit être supportée par le créancier de la restitution de la chose (4319). Ce dernier ne pourra donc pas prétendre réduire la contre-prestation, tel que le prix, qu'il est tenu de restituer, ni réclamer une indemnité compensatoire de la diminution de valeur la chose au débiteur de la restitution (4320).

Il n'en demeure pas moins que, si la résolution est imputable au débiteur de la restitution de la chose, cette diminution de valeur constituera un dommage dont le créancier pourra en principe

(4317) Ici également, il est du reste permis de se demander si un tel traitement dérogatoire fait bien l'objet d'une justification objective et raisonnable au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (comp. *supra*, n^{os} 61 et s.).

(4318) Comp. *supra*, n^{os} 191 (condition suspensive) et 275 (nullité).

(4319) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 22, p. 247 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n^o 26. Comme on l'a déjà relevé, certains auteurs préfèrent en revanche assimiler la vétusté à l'usure, devant être supportée par le débiteur : voy. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n^o 213, p. 230. Sur cette question, voy. *supra*, n^o 275.

(4320) *Contra* : J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^o 204, p. 139, et, pour une réfutation de son opinion, *supra*, n^o 275.

demander réparation par l'allocation de dommages-intérêts complémentaires (4321).

Supposons par exemple que A vende à B une action d'une société cotée à son cours actuel de 100, en lui accordant un délai pour le paiement du prix. Si cette vente est ensuite résolue en raison du défaut de B de payer le prix et qu'au moment de procéder aux restitutions, la valeur du titre a chuté à 80, alors A subira un dommage de restitution de 20 dont il pourra demander réparation. En effet, si le contrat avait été correctement exécuté, A aurait obtenu le prix de 100 et n'aurait pas dû se contenter de la restitution d'une chose qui n'en vaut plus que 80. Si l'on reprend la formule que nous avons proposée (4322), on dira que A peut réclamer l'intérêt positif, soit $IP = 0 \text{ (BN)} + 20 \text{ (IN)} = 20$.

460. Augmentation ou conservation de la valeur de la chose. Puisque le créancier de la chose récupère normalement celle-ci en nature, il profite de toutes les augmentations de valeur dont elle a pu bénéficier dans l'intervalle, que ce soit en raison d'une cause étrangère (telle que la hausse des cours) ou de l'action du débiteur de la restitution (4323). Toutefois, dans ce dernier cas, on admet traditionnellement que celui-ci puisse se prévaloir de la *théorie des impenses* pour réclamer, dans les limites prévues par cette théorie, le remboursement des frais qu'il a exposés (4324).

On a toutefois soutenu que, dans l'hypothèse de la résolution *ex nunc* d'un bail, ce sont les règles spéciales relatives aux améliorations apportées par le preneur aux lieux loués qui devraient trouver à

(4321) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 22, p. 247 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 213, p. 231, note n° 842 ; voy. également M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 255.

(4322) Voy. *supra*, n° 402.

(4323) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 22, p. 247 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 243, p. 258 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 24.

(4324) Voy. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 23, p. 247 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 799, p. 343 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 222 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 245, p. 259 ; R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n° 470, p. 281 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 24. – Un résultat pratique identique est atteint par l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause : voy. en ce sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 981, p. 710 ; l'article 1164-4 du **Projet Catala** ; l'article 96, alinéa 1^{er}, du **Projet de la Chancellerie**. Comp. également l'article III. – 3:513, alinéa 2, du **DCFR** ; l'article 175 de la proposition de **DCEV** ; l'article 7.3.6, alinéa 4, des **Principes d'Unidroit 2010**. – Sur l'application exceptionnelle de l'article 555 du Code civil et sur le sort particulier des frais de jouissance, voy., *mutatis mutandis, supra*, n° 276.

s'appliquer (4325). Cette opinion ne nous paraît pouvoir être accueillie qu'avec prudence. Certes, si les parties ont expressément réglé le problème de l'indemnisation due en fin de bail au preneur en cas d'amélioration apportée aux lieux loués, la question qui se pose est celle de savoir si une telle clause peut trouver à s'appliquer quand le contrat prend fin anticipativement, non par l'arrivée du terme mais par l'effet de la résolution. Il s'agit, en réalité, de la question de savoir s'il est concevable de ne prononcer qu'une résolution partielle, laissant survivre certaines clauses du contrat, question qui doit être résolue par une interprétation de la volonté des parties (4326). Mais, pour le surplus, nous ne pensons pas que les règles spéciales précitées devraient trouver à s'appliquer en l'absence de clause contractuelle en ce sens. En effet, la résolution, même dépourvue d'effet rétroactif, a encore pour conséquence que la convention résolue ne peut, en règle, plus être pour les parties une source de droits ou d'obligations (4327). Il nous paraît donc plus conforme à la logique de la résolution de se limiter à l'application de la théorie des impenses plutôt que de permettre au bailleur d'exiger l'enlèvement des travaux effectués par le preneur, car une telle demande trouve normalement sa source dans le contrat de bail qui, par hypothèse, ne peut plus être invoqué, sans préjudice évidemment des dommages-intérêts complémentaires que le bailleur pourrait réclamer si la résolution a été prononcée aux torts du preneur.

461. Suite – Incidence des règles de la responsabilité civile. Ces principes doivent toutefois se combiner avec les règles de la responsabilité.

I. Envisageons tout d'abord le cas où la résolution est prononcée aux torts du créancier de la restitution. Certes, l'augmentation de valeur de la chose survenue pour une cause étrangère lui profite normalement, en vertu des principes que nous venons d'énoncer. Toutefois, le fait que son cocontractant soit privé de cette augmentation de valeur constitue pour ce dernier un préjudice dont il peut demander réparation.

Supposons ainsi que A vende à B pour un prix de 100 une chose à l'origine d'une valeur identique mais qui, au moment de la résolution, en vaut 120. B subit, du fait des restitutions réciproques, un préjudice de 20, correspondant à son intérêt positif, puisqu'il ne récupère que

(4325) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 23, p. 248.

(4326) *Voy. infra*, n° 489.

(4327) *Voy. infra*, n° 462.

100 alors que si le contrat avait été correctement exécuté, il aurait encore 120 dans son patrimoine. La solution est confirmée par l'article 1633 du Code civil qui dispose que « [s]i la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente » (4328).

Les choses s'avèrent plus complexes dans l'hypothèse où la chose a augmenté de valeur en raison de l'action du débiteur de la restitution. En ce cas, il nous semble que l'application des règles de la responsabilité ne conduisent pas à un résultat différent de la théorie des impenses (4329).

L'impression contraire pourrait être suscitée par les articles 1634 et 1635 du Code civil. Envisageant l'hypothèse d'un vendeur de bonne foi, la première de ces dispositions énonce que « [l]e vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds ». C'est donc l'application pure et simple de la théorie des impenses. La seconde, au contraire, prévoit que « [s]i le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds ». Cette dernière disposition nous paraît toutefois déroger au droit commun de la responsabilité (4330).

Imaginons ainsi qu'un acheteur qui achète pour le prix de 100 un immeuble qui aurait la même valeur s'il n'était pas affecté d'un vice, et introduit ensuite avec succès l'action rédhibitoire. Avant la découverte du vice, il a cependant effectué des dépenses somptuaires dans l'immeuble à concurrence de 20. Du fait de la résolution, il restitue l'immeuble qui est toujours d'une valeur de 100 et reçoit en échange le prix de 100. Peut-il en outre exiger des dommages-intérêts à concurrence

(4328) Le législateur s'écarte ainsi de l'enseignement de Pothier qui, partant du principe que le vendeur de bonne foi n'était tenu que réparer le dommage prévisible, entendait plafonner les dommages-intérêts en fonction des attentes des parties lors de la conclusion du contrat (R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 133, p. 80). À l'origine, il constituait donc une dérogation à l'article 1150 (G. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, o.c., n° 378, p. 386 ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 931, p. 766). Néanmoins, compte tenu de l'interprétation donnée aujourd'hui en Belgique à l'article 1150 qui a vidé la condition de prévisibilité du dommage de toute portée (voy. *supra*, n° 385), l'article 1633 se trouve réconcilié avec le droit commun.

(4329) Dans le même sens, P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 23, p. 248.

(4330) Voy. en ce sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 981, p. 710.

de 20 ? Non, car, si la chose avait été exempte de vice, il aurait également subi une perte de 20, puisqu'il aurait au total dépensé 120 pour n'obtenir dans son patrimoine qu'une chose d'une valeur de 100. Les choses peuvent encore être exprimées autrement en repartant de la formule que nous avons proposée, soit $IP = BN + IN$ (4331). Certes, l'intérêt négatif de l'acheteur s'élève à 20, représentant les frais d'agrément exposés en pure perte. Toutefois, le contrat implique également un bénéfice négatif de 20 puisque, bien que le contrat ne le lui ait pas imposé, l'acheteur a dépensé 20 sans pour autant améliorer la valeur de la chose. Dès lors, $IP = -20 + 20 = 0$ et il ne peut réclamer aucun dommage-intérêt complémentaire.

Comme l'explique Pothier dans le cadre de la garantie d'éviction, « cette perte étoit faite pour l'acheteur dès avant l'éviction, et indépendamment de l'éviction. Ce n'est ni l'éviction qui est la cause de cette perte que l'acheteur a soufferte, ni même le contrat de vente, qui en a été seulement l'occasion ; cette perte n'a d'autre cause que la propre faute de l'acheteur, qui a fait une folle dépense que rien n'obligeoit de faire : c'est lui seul qui la doit souffrir » (4332). Ce raisonnement nous paraît devoir être entièrement approuvé, sous réserve de la solution particulière prévue à l'article 1635 (4333).

II. Si, en revanche, la résolution est prononcée aux torts du débiteur de la restitution, le créancier de la chose pourra en principe demander réparation des impenses qu'il serait normalement tenu d'indemniser, celles-ci constituant pour lui un dommage (4334).

Supposons par exemple qu'une personne vende pour 100 une chose de même valeur, et que la vente soit ensuite résolue aux torts de l'acheteur pour défaut de paiement du prix. Néanmoins, dans l'intervalle, l'acheteur a exposé 10 de frais pour assurer la conservation de la chose. Normalement, le vendeur serait tenu d'indemniser l'acheteur à concurrence de 10 pour ces impenses nécessaires. Toutefois, ce paiement constituerait pour lui un dommage, puisque son patrimoine ne vaut plus en définitive que 90, alors que si le contrat avait été correctement exécuté, il aurait pu obtenir les 100 de prix sans devoir

(4331) Voy. *supra*, n° 402.

(4332) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 136, p. 83.

(4333) À nouveau, il est permis de se demander si cette dérogation au droit commun de la résolution fait bien l'objet d'une justification objective et raisonnable au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (comp. *supra*, n° 61).

(4334) Comp. P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 23, p. 248, qui aboutit à un résultat similaire en considérant que le créancier doit soit pouvoir contraindre le débiteur à remettre les choses dans leur pristin état, soit, lorsque celle-ci est impossible, être dispensé d'indemniser le débiteur.

supporter lui-même les frais de conservation, la chose étant sortie de son patrimoine. En définitive, ces impenses se compenseront donc avec les dommages-intérêts complémentaires alloués au vendeur et ne devront donc pas être versées à l'acheteur.

B. – Autres conséquences de la résolution

462. Effet extinctif. Les restitutions constituent la conséquence à la fois la plus spectaculaire et la plus complexe de la résolution dans les rapports entre parties. Aussi y avons-nous consacré de longs développements.

Ses effets ne s'arrêtent cependant pas là. Selon une formule consacrée, la convention résolue ne peut plus être pour les parties une source de droits ou d'obligations, ce qui signifie que la résolution est dotée d'un effet extinctif ou libératoire, en principe à l'égard de toutes les obligations passées, et en tout cas de toutes les obligations futures des parties l'une envers l'autre (4335). Plus largement, ce sont l'ensemble des effets du contrat qui sont remis en cause (4336).

Certes, la portée de ce principe doit être bien comprise. Ainsi, cette extinction des obligations réciproques n'efface pas pour autant les manquements passés du débiteur et n'empêche dès lors pas le créancier de réclamer des dommages-intérêts complémentaires à la résolution en engageant la responsabilité contractuelle de ce débiteur (4337). Par ailleurs, l'effet extinctif de la résolution

(4335) Voy. Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 376 ; Cass., 4 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 305, avec les conclusions de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER ; Cass., 6 juin 1996, *Pas.*, I, n° 219 ; Cass., 13 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, n° 259 ; Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 504, pp. 565 et s. ; I. SAMOY et A. MAES, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, n° 25, p. 196 ; T. STAROSSELETS, o.c., *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 2 ; T. STAROSSELETS, o.c., *R.G.D.C.*, 2005, n° 4, pp. 455 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome 1^{er}, o.c., n° 592, p. 905 ; **en droit néerlandais**, art. 6:271, 1^{re} phrase, du NBW ; **en droit allemand**, R. GAIER, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorb. § 346, n° 36.

(4336) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 743, p. 534. Cette solution trouve son fondement dans la jurisprudence décidant qu'en règle, la résolution a pour effet de replacer les parties dans la même situation que si elles n'avaient pas contracté (voy. à cet égard les références citées *supra*, n° 363). Il n'y a donc pas lieu d'opérer une distinction de principe entre les obligations et les autres effets du lien contractuel (voy. *supra*, n° 351).

(4337) Réservant expressément cette possibilité, Cass., 24 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 693 (« le contrat résolu ne peut constituer pour les parties une source de droits et

ne remet pas en cause les différentes exceptions à l'effet rétroactif que nous avons soulignées, notamment en ce qui concerne la restitution des fruits (4338), la divisibilité des contrats successifs (4339) ou la charge des risques (4340). Enfin, il ne vaut que dans les limites où la résolution est prononcée, précision qui présente une importance en cas de résolution partielle (4341).

Dans ces limites, l'effet extinctif de la résolution jouera toutefois, comme on l'a dit, tant pour les obligations passées que futures.

Un arrêt du 5 juin 2009 constitue une bonne illustration de l'effet extinctif de la résolution *ad futurum* (4342). Ainsi, après avoir prononcé la résolution d'une convention de rente viagère avec effet au 4 septembre 2001, les juges du fond ne peuvent légalement condamner les débirentiers « au paiement des arriérés d'indexation et des intérêts sur les sommes restant dues, réclamés par les [crédirentiers] pour la période postérieure au 4 septembre 2001, sur la base de la constatation que ceux-ci ont été calculés conformément aux dispositions contractuelles », car en décidant ainsi, ils « donnent effet à la convention après la date de sa résolution et violent dès lors l'article 1184 du Code civil ». En revanche, rien ne les empêchait de condamner les débirentiers, non à l'exécution de ces stipulations contractuelles, mais à la réparation du dommage subsistant pour les crédiereutiers après le prononcé de la résolution et des éventuelles restitutions y relatives (4343).

Pour le passé, la résolution a notamment pour effet d'effacer les transferts de propriété opérés entre parties en exécution du contrat, ce qui permet notamment à la partie redevenue rétroactivement propriétaire d'agir en revendication (4344). On peut également citer le cas de la « résurrection » du contrat ou, plus largement, des droits qui

d'obligations, bien que, par nature, des dommages-intérêts puissent être mis à charge de la partie en faute »). Sur le caractère contractuel de cette responsabilité, voy. *supra*, n° 380.

(4338) Voy. *supra*, n°s 424 et s.

(4339) Voy. *supra*, n°s 434 et s.

(4340) Voy. *supra*, n°s 446 et s.

(4341) Voy. *infra*, n°s 478 et s.

(4342) Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 375.

(4343) Voy. *supra*, n° 443.

(4344) Voy. *supra*, n° 419.

s'étaient éteints en raison du contrat résolu (4345), ce qui ne va pas sans susciter certaines difficultés pratiques (4346).

V. – Effets envers les tiers

A. – Généralités

463. Principe : effet *erga omnes* de la résolution. Tout comme la nullité, la résolution déploie également ses effets (rétroactifs) dans les rapports avec les tiers (4347). Ce principe est important dès lors que, bien que les conventions ne puissent en règle imposer directement aux tiers d'obligations (article 1165 du Code civil), elles peuvent néanmoins produire des effets externes qui, eux, sont opposables aux tiers. Ces derniers sont dès lors également concernés lorsque la résolution met fin, rétroactivement, au contrat, puisque les effets externes de la convention résolue se trouvent de ce fait atteints. En d'autres termes, on peut dire que l'opposabilité de la résolution aux tiers résulte de l'opposabilité à ces mêmes tiers des effets externes de la convention (4348).

(4345) Voy. Cass. fr., 22 juin 2005, *Bull.*, 2005, III, n° 143 (la résolution de la vente consentie par un bailleur à son locataire fait renaître le contrat de bail qui s'était éteint dans le chef de celui-ci par confusion) ; Cass. fr., 7 juin 1989, *Bull.*, 1989, V, n° 428 (« la résolution de la transaction a pour effet de restituer au créancier ses droits primitifs ») ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 505, p. 567. – *Contra* : C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 312, p. 186, se fondant sur une approche conceptuelle de la résolution conçue comme n'affectant que le rapport d'obligations à l'exclusion de la force obligatoire du contrat. Pour une critique de cette prémisse, voy. *supra*, n° 351, et sur l'approche conceptuelle en tant que telle, voy. *supra*, n° 5.

(4346) Comp., en matière de nullités, *supra*, n° 289.

(4347) C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 322, p. 132 ; L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 55, p. 258 ; P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 16, p. 680 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 746, p. 535 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 803, p. 344 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 147 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 879, p. 462 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *La fin du contrat*, pp. 193 et s., n° 2 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 4, p. 456.

(4348) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 30, p. 252 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 506, p. 569. À l'inverse, c'est parce qu'ils ne distinguent pas entre effets internes et effets externes de la convention que certains auteurs considèrent que l'effet réel de la résolution serait contraire à l'article 1165 du Code civil (voy. ainsi J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 146, p. 102).

Les principales applications de ce principe concernent les actes de disposition (B), d'administration (C) et de conservation (D), qui seront traités successivement.

La résolution peut toutefois également présenter une incidence pour les tiers dans d'autres hypothèses, notamment dans le cadre d'une action oblique, d'une action directe ou d'une cession de créance (4349). Encore faut-il, cependant, pour que la situation des tiers se trouve véritablement affectée, que leurs droits et obligations dépendent véritablement du maintien de la convention résolue, et non simplement de sa conclusion. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a considéré qu'« [e]n vertu de l'article 1134 du Code civil le droit au courtage trouve son origine dans la convention de courtage et non dans le contrat conclu à l'intervention du courtier » et que « [l]a circonstance que le contrat conclu à l'intervention du courtier reste sans exécution ou que ce contrat est résolu aux torts d'une des parties à ce contrat ne prive pas, en règle, le courtier du droit au courtage convenu » (4350). La solution doit être approuvée, dès lors que le courtier n'est pas le garant de la bonne exécution de la convention conclue par son entremise (4351). Vainement objecterait-on que, par l'effet de la résolution, la convention serait réputée n'avoir jamais été conclue, de sorte que le courtier ne pourrait s'en prévaloir. Pareil raisonnement repose en effet sur une conception trop dogmatique de l'effet rétroactif de la résolution qui, plutôt que de reposer sur la fiction selon laquelle le contrat n'aurait jamais été conclu, vise uniquement à effacer l'exécution insatisfaisante donnée à ce contrat sans porter atteinte à l'accord de volonté lui-même (4352). Dans un ordre d'idée voisin, la résolution du contrat garanti ne peut être opposée par la caution au créancier, puisque le cautionnement a précisément pour objet de garantir celui-ci contre l'inexécution de son débiteur et est dès lors, dans cette mesure, abstrait de sa cause (4353). En revanche, dans le cas de l'assurance d'un immeuble, tant la vente de cet immeuble que la résolution de cette vente intéressent l'assureur puisque l'anéantissement rétroactif du contrat permet d'établir la qualité de propriétaire et, dès lors, d'assuré dans le chef du vendeur au moment du sinistre (4354). De même, la résolution d'un mandat empêche la représentation par le

(4349) Pour d'autres exemples, comp. *supra*, n° 292.

(4350) Cass., 27 mai 2010, *Pas.*, 2010, n° 368. Voy. de même, en **droit allemand**, BGH, 14 décembre 2000, III ZR 3/00, point II, 1.

(4351) Voy. I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 39, p. 11.

(4352) Voy. *supra*, n° 377.

(4353) Voy. *supra*, n° 329.

(4354) Voy. Cass. fr., 11 mars 1986, *Bull.*, 1986, I, n° 58 ; Cass. fr., 18 octobre 1983, *Bull.*, 1983, I, n° 233.

mandataire, sous réserve bien entendu d'une éventuelle ratification ou de la théorie de l'apparence (4355).

Si la résolution est donc, tout comme la nullité, opposable aux tiers, on notera qu'à la différence de celle-ci (4356), elle ne peut à notre sens être prononcée sans que le créancier n'ait agi contre le débiteur et qu'ils soient, partant, tous deux à la cause (4357). Certes, une jurisprudence ancienne décidait que l'action en résolution pouvait être dirigée par le vendeur impayé directement contre le sous-acquéreur sans impliquer l'acheteur (4358). Elle se fondait à cet égard sur la notion d'action mixte : l'action en résolution étant considérée comme étant de nature à la fois personnelle et réelle, elle pouvait à ce dernier titre être formée contre un tiers au contrat. Le concept d'action mixte, « vrai monstre juridique » (4359), ne paraît cependant pas avoir sa place en droit positif (4360), en sorte que l'action en résolution doit être considérée comme étant purement personnelle (4361). À notre sens, l'introduction d'une action (réelle) en revendication suppose dès lors au préalable qu'une action (personnelle) en résolution ait abouti (4362). La résolution se distingue sur ce point de la nullité parce que, alors que cette dernière doit être constatée d'office par le juge (4363), au contraire, la résolution ne peut être prononcée que si le créancier opte pour celle-ci au détriment de l'exécution forcée (4364), ce qui ne nous paraît pas possible sans une action en justice dirigée par le créancier contre son débiteur (4365).

(4355) Voy. P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 3, p. 37

(4356) Comp. *supra*, n° 291.

(4357) Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 148.

(4358) Voy. Cass., 22 février 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 320, avec les conclusions de M. le premier avocat général DEWANDRE.

(4359) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 149.

(4360) Arg. art. 2262 et 2262*bis* du Code civil ; V. SAGAERT, « Het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke vorderingen – Het vordering van zakelijke vorderingen nader geanalyseerd », *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 1 et s., n° 6, p. 4.

(4361) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 118 ; comp. dans le même sens, dans le cadre du règlement Bruxelles I, C.J.C.E (ord.), 5 avril 2001, *Gaillard*, C-518/99, point 18 ; *adde* Cass., 13 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 464, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN.

(4362) Voy. *supra*, n°s 418 et s.

(4363) Voy. *supra*, n°s 249 et s.

(4364) Voy. *supra*, n° 354.

(4365) Comp. également la différence entre ces deux actions dans le cadre des contrats multipartites, *infra*, n° 481, IV, A.

B. – Actes de disposition

1. – *Principe*

464. Effet réel et de sûreté. La principale conséquence de l'opposabilité de la résolution aux tiers est de frapper d'inefficacité les actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits réels qui s'appuyaient sur la convention résolue (4366). Ainsi, par exemple, les droits du sous-acquéreur seront menacés par l'anéantissement rétroactif de la vente conclue par son auteur.

Même s'il est depuis peu remis en cause par une partie de la doctrine (4367), cet effet réel de la résolution apparaît incontestable en l'état actuel des textes, sous réserve des virtualités que recèle le principe constitutionnel d'égalité (4368). Ainsi, l'article 954 du Code civil dispose que « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même » (4369). De même, l'article 74 de la loi hypothécaire prévoit que « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit (...) résoluble dans certains cas (...) ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions (...) ». Par ailleurs, l'article 20, 5°, alinéa 8, de la même loi hypothécaire, qui prévoit que « La déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution, à l'égard des autres créanciers », implique nécessairement que la résolution produise des effets réels à l'instar de l'action en revendication, à défaut de quoi le souci du législateur d'in-

(4366) Voy. Cass. fr., 21 juillet 1987, n° 85-10.067 ; R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 10, p. 176 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 253, p. 242 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 31, p. 252 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 804, p. 344 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 583, p. 624 ; J. HERBOTS, *o.c.*, *Le contrat*, n° 17, p. 687 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 879, p. 463 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 114, p. 128 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 4, p. 456 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 227, p. 316 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 681, p. 595 ; *contra* : C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *o.c.*, n° 626, p. 384, partant du postulat que la résolution ne frappe que le rapport d'obligations (dont elle exclut l'obligation de donner) à l'exclusion des autres effets du contrat (voy., pour une critique de cette conception, *supra*, n° 351).

(4367) Voy. *infra*, n° 537.

(4368) Voy. à ce propos *infra*, n°s 550 et s.

(4369) On sait, à cet égard, que la « révocation » dont il est question dans cette disposition ne diffère guère, pour l'essentiel, de la résolution pour inexécution : voy. *supra*, n° 351.

terdire au vendeur l'une et l'autre voie dans l'intérêt des créanciers de l'acheteur ne s'expliquerait pas (4370). La même observation peut être faite à propos de l'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire (4371).

Il convient de préciser que cette conséquence de la résolution se situe bien au niveau des *effets externes* de la convention résolue, et non pas – à tout le moins directement – des effets internes de la convention subséquente. En d'autres termes, celle-ci n'est pas automatiquement anéantie (4372), le sous-acquéreur évincé conservant au contraire la possibilité d'engager la garantie d'éviction de son auteur (4373). Néanmoins, dès lors que ce dernier se trouve rétroactivement privé de la propriété de la chose, le sous-acquéreur pourra préférer agir en nullité en se plaignant d'avoir été victime d'une vente de la chose d'autrui (4374).

Puisque la partie qui redevient propriétaire de la chose par l'effet de la résolution peut agir en revendication de celle-ci, la résolution se voit donc reconnaître l'*effet d'une sûreté*. En effet, l'action en revendication permettra en principe au propriétaire de récupérer la chose nonobstant le concours qui frapperait le patrimoine de son détenteur (4375). Ce principe se trouve cependant très sérieusement entamé par les exceptions à l'effet rétroactif que nous examinerons dans les paragraphes qui suivent, tant en matière immobilière (2) que mobilière (3).

465. Exception en ce qui concerne les choses de genre.

Nonobstant l'effet réel de la résolution que nous venons d'exposer, l'introduction d'une action en revendication suppose l'existence d'un droit de propriété, qui fait défaut lorsque la résolution impose la restitution, non d'une chose certaine, mais de choses de genre non

(4370) Voy. les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ avant Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, pp. 103 et s., spéc. p. 121 ; voy. à ce propos *infra*, n° 473.

(4371) Voy. à ce propos *infra*, n° 468.

(4372) *Contra* : J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 786, p. 339 ; sur la question de la caducité de la vente subséquente par disparition de son objet, comp. *supra*, n° 201.

(4373) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 33, p. 709 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 43, p. 259 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 681, p. 595.

(4374) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 34, p. 709 ; comp. *supra*, n° 294.

(4375) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 79, pp. 744 et s. ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 33, p. 254 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n° 747, p. 736 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 111, p. 125 ; S. STILNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 212, p. 301 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n° 17, p. 592 ; comp., **en France**, l'article L622-21, I, 2^o, du Code de commerce ; *contra* : V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 27, p. 94 (à propos de la résolution du bail emphytéotique, mais comp. n° 7, p. 83).

spécifiées, comme une somme d'argent (4376). Dans cette hypothèse, le créancier de cette somme subit sans réserve la loi du concours.

Ce raisonnement peut être illustré par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 2000 (4377). Dans cette affaire, un vendeur de cartes informatiques avait obtenu de l'acheteur le paiement d'un acompte ; il n'avait ensuite pas respecté ses obligations contractuelles. L'acheteur avait introduit une action en résolution en 1990 et le vendeur avait été déclaré en faillite en 1993. Se prononçant en 1998, le juge du fond avait décidé que « la résolution a un effet rétroactif *ex tunc*, de sorte que [la partie acheteuse] est soustraite au concours des créanciers » en ce qui concerne la restitution de l'acompte. Cette décision encourut la censure de la Cour de cassation. Après avoir considéré que l'effet rétroactif de la résolution « est aussi applicable en cas de faillite prononcée dans le chef d'une des parties contractantes alors que la résolution du contrat a été demandée avant la faillite mais prononcée ultérieurement à cette faillite, à charge du failli », la Cour précise « que, toutefois, le patrimoine du débiteur doit être liquidé ensuite de la faillite au bénéfice des créanciers, compte tenu de la règle de parité et que l'obligation de restitution est soumise aux restrictions qui en résultent ». Par conséquent, « lorsque la prestation de restitution consiste en un remboursement d'une somme d'argent payée par l'acquéreur à titre d'acompte au bénéfice du vendeur en faillite, l'acquéreur qui a demandé la résolution du contrat de vente avant la faillite du vendeur et obtient la résolution après la faillite, n'a pas le droit de percevoir cette somme par préférence en vertu de la résolution du contrat obtenue mais entre en concours avec les autres créanciers, sans préjudice de son éventuel droit à une compensation ».

Cette solution doit être pleinement approuvée. En effet, si la résolution avait été prononcée *avant* la faillite, la dette de restitution existant au jour du jugement déclaratif serait, de toute façon, tombée dans la masse ; il n'y a pas de raison que l'acheteur soit mieux traité lorsque la résolution est prononcée *après* la faillite, alors même que cette situation s'explique le cas échéant par la circonstance qu'il a tardé à agir ou à diligenter son action (4378). On peut également y voir une illustration de l'idée selon laquelle un acte produisant ses effets rétroactivement ne peut se voir reconnaître des conséquences plus

(4376) Sur ce principe, voy. *supra*, n° 419.

(4377) Cass., 9 mars 2000, *Pas.*, 2000, n° 164, *R.W.*, 2000-2001, p. 480, note A. DE WILDE, « De positie van de koper bij faillissement van de verkoper », *R.G.D.C.*, 2002, p. 585, note I. VERVOORT, « Ontbinding en faillissement ».

(4378) A. DE WILDE, *o.c.*, *R.W.*, 2000-2001, n° 2, pp. 481 et s.

étendues que celles dont il aurait été doté s'il avait été accompli au jour où remontent ses effets (4379).

466. Suite – Résolution demandée après la faillite. On s'étonnera en revanche que, dans l'arrêt précité du 9 mars 2000, la Cour paraisse limiter la solution énoncée au cas où la résolution, prononcée après la faillite, a été demandée avant celle-ci. Il faut sans doute y voir l'influence de la jurisprudence bien établie relative aux droits du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur. Nous verrons, en effet, que si l'ancien article 546 du Code de commerce privait le vendeur du droit d'agir en résolution en cas de faillite de l'acheteur, une jurisprudence classique faisait exception à ce principe au cas où l'action en résolution aurait été introduite avant l'ouverture de la faillite (4380). Faut-il pour autant en déduire que la solution de l'arrêt du 9 mars 2000 ne pourrait trouver à s'appliquer lorsque la résolution a non seulement été prononcée, mais également demandée après la faillite du vendeur ? À notre sens, rien n'est moins sûr.

À cet égard, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle, indépendamment même de l'ancien article 546 du Code de commerce, « la faillite supprime le droit de résolution invoqué postérieurement au jugement déclaratif de faillite » (4381). À l'appui de celle-ci, on fait valoir que le droit de résolution, de nature personnelle, ne pourrait porter atteinte aux droits des créanciers de la masse qui, par l'effet du jugement déclaratif, se sont réalisés sur le patrimoine du failli et ont ainsi acquis un caractère d'opposabilité absolue.

Tout d'abord, ce raisonnement nous paraît confondre les conditions de la résolution et ses conséquences. En effet, la circonstance que

(4379) Comp. *supra*, n° 154.

(4380) Voy. *infra*, n° 472 ; voy. également, à propos de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, *infra*, n° 474.

(4381) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, n° 346, p. 236 ; voy. également P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 16, p. 681 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, o.c.*, n° 3.7.4.51, p. 622. – *Contra* : A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, *o.c.*, n° 1455, p. 428 ; E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », *R.P.D.B.*, compl. tome VII, *o.c.*, n° 416, p. 708 ; J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », note sous Cass., 18 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 9 et s., n° 14, p. 19 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge ; sûretés issues de la pratique ; droit international privé)*, Paris, Feduci, 1983, pp. 345 et s., n° 9, p. 378 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2783, p. 325 ; voy. également Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1052, dont il résulte implicitement qu'une action en résolution pouvait être introduite après la faillite hors les cas visés à l'ancien article 546 du Code de commerce (en particulier dans le cas d'une vente d'immeuble), ainsi que les références citées *infra*, n° 472.

certaines effets de la résolution ne puissent se déployer n'empêche pas, en soi, que le créancier conserve le droit d'agir en résolution (4382). Comme nous le verrons, les articles 20, 5°, et 28 de la loi hypothécaire le confirment implicitement puisque, même dans le cas où, exceptionnellement, l'action résolutoire est rendue inopposable aux tiers, elle n'en demeure pas moins recevable et efficace dans les rapports entre parties (4383).

Cela étant, les effets d'une telle résolution demeureront-ils purement platoniques ? À cet égard, on enseigne généralement que le concours entraîne la cristallisation du passif, avec pour conséquence que l'actif de la masse se trouve, en principe, définitivement affecté à l'apurement du passif existant au jour de la constitution de la masse (4384). Bien qu'on tire rarement toutes les conséquences qui découlent de ce principe, cet effet du concours nous paraît nécessairement conduire à distinguer trois types de créanciers (4385) : les dettes *dans* la masse qui, existant au moment de la naissance du concours, doivent être apurées dans le respect du principe d'égalité ; les dettes *de* la masse, nées après le concours en vue d'assurer l'administration et la liquidation de la masse, qui doivent dès lors être payées par préférence sur les biens de la masse ; et, enfin, les dettes *hors* la masse qui, étant nées après la cristallisation du passif sans être justifiées par l'administration ou la liquidation de la masse, sont inopposables à la masse ne peuvent dès lors être payées sur les biens de celle-ci (4386). Ainsi, dans le cas d'une faillite, les dettes hors la masse ne pourront être acquittées que sur les biens propres du failli, par exemple en cas de retour à meilleure fortune après la clôture de la faillite, ou même, pendant la faillite, sur les biens que ces dettes nouvelles ont permis d'acquérir (4387).

Faut-il dès lors en déduire que le créancier dont les droits découlent d'une résolution demandée et prononcée après la faillite ne pourrait

(4382) Comp. la possibilité d'agir en résolution alors que le demandeur ne serait plus en mesure de restituer la chose par son propre fait, *supra*, n° 458.

(4383) Voy. *infra*, n°s 468 et 473.

(4384) Voy. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, o.c., n° 143, p. 78 ; A.-C. VAN GYZEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 375 et s. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, o.c., n° 2751, p. 298 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, n° 3.7.1.1, p. 549.

(4385) Par souci de simplification, nous laissons ici de côté la question des créanciers privilégiés.

(4386) Voy., de manière limpide, A.-C. VAN GYZEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, o.c., p. 416.

(4387) Ces biens tombent, pour le surplus, dans l'actif de la masse : voy. Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 115 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, o.c., n° 3.3.2.11, p. 419.

prétendre obtenir le moindre dividende dans la liquidation de l'actif de la faillite ? Il est permis d'en douter pour un double motif.

En premier lieu, le critère chronologique permettant de distinguer les dettes *dans* la masse et celle *hors* la masse connaît certains assouplissements. Ainsi, il est constant que, alors qu'« [e]n cas de résiliation d'un contrat de travail, le droit à l'indemnité de congé naît au moment de la rupture du contrat », néanmoins « [l]a nature de la créance, c'est-à-dire la question de savoir s'il s'agit d'une dette de la masse ou d'une dette dans la masse, n'en est pas modifiée. Les indemnités dues pour cause de résiliation d'un contrat de travail constituent des dettes de la masse, pour autant qu'elles aient trait aux prestations effectuées après la faillite » (4388). De manière plus générale, l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites énonce en cas de rupture des contrats en cours par le curateur que « la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse ». Pour justifier ces solutions, on a avancé l'idée que l'indemnité de congé existe, au moins virtuellement, dès la conclusion du contrat, ce qui expliquerait que, quoique née après la naissance du concours, elle tomberait *dans* la masse dans la mesure où elle concerne des prestations étrangères à la liquidation de la masse (4389). Or, on sait que, de même, le droit à la résolution est réputé exister dès la conclusion du contrat, avant même donc que le manquement ait été commis ou que le concours soit né (4390). Cette préexistence d'un droit éventuel à la résolution pourrait donc justifier que les dettes de restitution consécutives à l'exercice de ce droit soient qualifiées de dettes *dans* la masse, alors même qu'elles naissent après la cristallisation du passif. Si l'on tient à rattacher cette solution à un texte, elle pourrait se fonder sur une interprétation analogique de l'article 46 de la loi sur les faillites, la dette de restitution étant assimilée aux dommages-intérêts dus en raison de l'inexécution.

En second lieu, et en toute hypothèse, cette solution paraît pouvoir être fondée sur l'effet rétroactif de la résolution. En effet, dans le cas qui nous occupe de la faillite du vendeur, il n'existe aucune disposition légale similaire à l'ancien article 546 du Code de commerce qui viendrait limiter la possibilité de l'acheteur d'agir en résolution après la faillite de son cocontractant. Il faut dès lors, à notre sens, reconnaître à la résolution, même demandée et prononcée après la faillite, un effet rétroactif remontant, en règle, au jour du contrat, avec pour conséquence que la dette de restitution du prix ou de l'acompte

(4388) Cass., 16 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n° 40.

(4389) A.-C. VAN GYZEL, *Les masses de liquidation en droit privé, o.c.*, pp. 384 et s.

(4390) Voy. *supra*, n° 371.

constitue également dans ce cas une dette *dans* la masse. Vainement objecterait-on que la dette de restitution constitue une obligation nouvelle découlant du jugement prononçant la résolution (4391) de sorte que, née après l'ouverture de la faillite, elle serait inopposable à la masse. En effet, le fait que la dette de restitution ne naisse qu'à cette date (notamment pour les besoins de la prescription) n'empêche pas de lui reconnaître néanmoins un certain effet rétroactif (ainsi, dans les rapports avec les tiers (4392)). Cette application différenciée de l'effet rétroactif se justifie parfaitement dans une perspective fonctionnelle (4393).

Quelle que soit la justification retenue, la solution trouve appui dans la jurisprudence de la Cour de cassation décidant que « la créance née pour le créancier de ce que la convention existant entre parties a été résolue sur la base de l'article 1184 du Code civil après la déclaration en faillite de son débiteur, n'ouvre en soi aucune action contre la masse des créanciers, de sorte que la créance résultant de cette résolution peut seulement être admise au passif de la faillite » (4394). Privée de la qualité de dette *de* la masse, la créance de restitution découlant d'une résolution demandée et prononcée après la faillite n'en demeure donc pas moins une dette *dans* la masse (4395). La situation est d'ailleurs la même dans le domaine des nullités où, tout en considérant que les restitutions constituent des obligations nouvelles nées du jugement d'annulation (4396), la Cour de cassation n'hésite pas à considérer qu'une telle dette tombe *dans* la masse lorsque la nullité est constatée après la faillite (4397).

(4391) Voy. sur ce point *supra*, n° 418.

(4392) Voy. à cet égard *supra*, n° 463.

(4393) Voy. *supra*, n°s 374 et s.

(4394) Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 19. Il s'agissait, en l'espèce, d'une dette de restitution d'un acompte versé par des maîtres de l'ouvrage. L'arrêt attaqué constatait que la demande en résolution avait été introduite par ceux-ci à titre reconventionnel, la demande principale ayant été introduite par les curateurs de l'entrepreneur. De ces constatations, il résultait nécessairement que la résolution avait été aussi bien demandée que prononcée après la faillite.

(4395) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, *o.c.*, n° 2783, p. 326 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n° 17, p. 592 ; voy. également A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, *o.c.*, n° 1478, p. 434 (à propos de la créance de dommages-intérêts complémentaires à la résolution).

(4396) Voy. *supra*, n° 247.

(4397) Voy. Cass., 18 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 917 (« l'arrêt, qui refuse au demandeur le droit de répéter les apports illicites par la voie de l'inscription au passif chirographaire du concordat de la société Tubemeuse, méconnaît les effets de la nullité absolue de ces apports et viole les dispositions indiquées dans le moyen »). Voy., de même encore, en cas de condition suspensive, Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 451, analysé *supra*, n° 195.

2. – *Tempéraments en matière immobilière*

467. Conditions préalables à l'effet de sûreté de la résolution. Tout d'abord, pour que l'effet de sûreté reconnu à la résolution puisse se manifester, il faut que celle-ci fasse naître des *prétentions contradictoires opposables* sur le même bien.

Ainsi, pour que la question de l'effet rétroactif de la résolution puisse se poser, il faut que la propriété de l'immeuble ait déjà quitté le patrimoine du créancier-vendeur qui obtient la résolution. Tel ne sera notamment pas le cas dans l'hypothèse où celui-ci a veillé à insérer dans le contrat une *clause de réserve de propriété* et que le transfert de l'immeuble s'en est trouvé retardé jusqu'au moment où survient la résolution. En effet, une telle clause est parfaitement opposable aux tiers en matière immobilière, de sorte que le sous-acquéreur ou les créanciers de l'acheteur ne pourront faire valoir aucun droit sur ce bien, indépendamment même de l'effet rétroactif de la résolution (4398).

Par ailleurs, les règles de la *publicité foncière* doivent être prises en considération. Si, par exemple, le sous-acquéreur n'a pas veillé à faire transcrire son titre, il importe peu que la résolution de la première vente intervienne ou non rétroactivement : le vendeur initial pourra revendiquer l'immeuble, non parce qu'il en est redevenu propriétaire *ex tunc*, mais simplement parce que le titre du sous-acquéreur lui est inopposable (4399).

En revanche, la circonstance que la première vente n'ait pas été transcrite ne nous paraît pas déterminante. Certes, on enseigne à cet égard que « [l]e bien vendu n'est [...] pas devenu la propriété de l'acquéreur du point de vue des tiers et est resté dans le patrimoine du vendeur. La résolution peut donc sortir ses effets sans difficulté » (4400). Ce raisonnement est, il est vrai, conforme à une opinion largement partagée, fondée sur les travaux préparatoires de la loi hypothécaire, selon laquelle, dans les rapports avec les tiers, la propriété immobilière ne se transmettrait que par la transcription. Il en résulterait qu'à défaut de transcription de la première vente, le sous-acquéreur

(4398) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 94, p. 753 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 34, pp. 254 et s.

(4399) *Comp. supra*, n° 154.

(4400) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 34, p. 255.

ne pourrait opposer son titre de propriété au vendeur initial (4401). Cette conception nous paraît toutefois contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi (4402).

Quant à la lettre, l'article 1^{er} de la loi hypothécaire énonce uniquement que les actes non transcrits « ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude ». Considérer que la propriété ne se transmet dans les rapports avec les tiers que par la transcription constitue dès lors une simplification qui correspond certes au *quod plerumque fit* (4403), mais qui néglige, d'une part, le fait que l'acte même non transcrit est opposable aux tiers qui en ont eu connaissance et, d'autre part, la possibilité pour ces derniers de s'en prévaloir d'initiative contre le vendeur, s'ils y trouvent quelque intérêt. En effet, leur refuser ce droit reviendrait à permettre au vendeur d'invoquer lui-même le défaut de transcription, alors pourtant que les parties à l'acte ne sont pas protégées par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (4404).

En d'autres termes, si l'acte non transcrit est inopposable aux tiers (de bonne foi), il n'en résulte pas pour autant que les tiers ne puissent l'opposer aux parties. La logique du système ne commande d'ailleurs pas une telle extension de la règle. En effet, l'idée était de protéger les tiers contre les actes dont ils n'ont pu avoir connaissance, et non de les empêcher de se prévaloir des actes favorables au seul motif qu'ils n'ont pas été transcrits. Du reste, s'il fallait s'engager dans cette dernière voie, il faudrait en déduire que le vendeur pourrait tirer prétexte du défaut de transcription de la vente, même non résolue, qu'il a conclue pour revendiquer l'immeuble entre les mains du sous-acquéreur, ce qui apparaît vraiment injustifiable en pratique.

Par conséquent, il nous semble que le sous-acquéreur pourra, en règle, opposer au vendeur l'existence de la vente initiale alors même qu'elle n'aurait pas été transcrite. Dès lors, la question de savoir si la résolution a ou non pour effet de faire retourner rétroactivement le bien dans le patrimoine du vendeur présente bien un intérêt, puisque

(4401) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, *o.c.*, n° 406, p. 307 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIX, *o.c.*, n° 185 ; voy. également E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », mis à jour par R. PONCELET, A. GENIN, M. RENARD-DECLAIRFAYT, G. DE LEVAL et F. WEDERFROY, *R.P.D.B.*, compl. tome VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 607 et s., n°s 388 et s., pp. 704 et s.

(4402) Voy. J. HANSENNE, *Les Biens*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 611, pp. 538 et s. ; M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, tome II, *o.c.*, n°s 641 et s., pp. 256 et s. ; voy. également C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, *o.c.*, pp. 91 et s., spéc. pp. 93 et 96.

(4403) Comp. déjà, en matière mobilière, *supra*, n° 203, II, C.

(4404) Sur ce point, voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *o.c.*, n° 137, p. 45. **En France**, on considère de même que le sous-acquéreur est en mesure d'invoquer le transfert *solo consensu* de la propriété à l'encontre du vendeur initial : voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *o.c.*, n° 217, p. 103.

seul cet effet rétroactif permettra de départager les prétentions contradictoires du vendeur et du sous-acquéreur sur la chose.

468. Lien entre le droit de résolution et les privilèges immobiliers. En matière immobilière, l'effet de la résolution envers les tiers est étroitement lié à celle de la conservation du privilège du vendeur impayé (4405).

À cet égard, l'article 27 de la loi hypothécaire instaure un privilège sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix. La même disposition crée, pareillement, un privilège en faveur du copermutant, du donateur et du copartageant (4406). Ceux-ci sont, comme tout privilège immobilier, opposables au sous-acquéreur du bien (4407). Toutefois, dans le souci d'éviter les privilèges occultes, le législateur a tenu à ce que ce privilège soit porté à la connaissance des tiers. Pour que le vendeur puisse s'en prévaloir, il faut dès lors que l'acte de vente soit transcrit et « constate que la totalité ou partie du prix lui est due » (4408). Afin de faciliter la tâche des créanciers, le conservateur des hypothèques est en outre tenu de procéder d'office à l'inscription du privilège révélé par la transcription (4409). Le législateur craignait toutefois que cette procédure ne soit source d'embarras pour les parties en raison de la publication de créances de minime importance, de nature à diminuer indûment le crédit de l'acheteur, ou encore en raison du coût d'une radiation ultérieure (4410). C'est la raison pour laquelle les parties peuvent également, par une clause expresse de l'acte, dispenser le conservateur de prendre inscription d'office, ce qui implique automatiquement déchéance du privilège (4411).

(4405) Cons. à ce propos J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n^{os} 29 et s., pp. 706 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, *o.c.*, n^o 400, pp. 301 et s. ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 37, pp. 255 et s. ; E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », *R.P.D.B.*, compl. tome VII, *o.c.*, n^{os} 397 et s., pp. 705 et s. ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *o.c.*, n^o 1543, p. 642 et s. – **En France**, il existe également un lien entre le privilège immobilier et le droit de résolution, mais suivant des modalités quelque peu différentes : voy. à ce propos J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n^o 254, p. 242.

(4406) Par souci de simplification, il ne sera question ci-après que du vendeur impayé, sachant que les développements qui lui sont consacrés valent également pour les autres créanciers mentionnés.

(4407) Art. 96 de la loi hypothécaire.

(4408) Art. 30 de la loi hypothécaire ; voy. également les articles 29 et 34.

(4409) Art. 35 de la loi hypothécaire.

(4410) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, *o.c.*, n^o 397, p. 299.

(4411) Art. 36 de la loi hypothécaire.

Ce noble souci d'assurer l'information des tiers menaçait toutefois de rester lettre morte si le vendeur impayé pouvait, par le biais de l'action en résolution, être autorisé à revendiquer l'immeuble, portant ainsi aux droits des tiers une atteinte plus grande encore que celle qui aurait pu résulter d'un privilège occulte (4412). C'est la raison pour laquelle l'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire prend le soin de préciser que « [l]'action résolutoire de la vente, établie par l'article 1654, [...] ne [peut] être [exercée] au préjudice ni du créancier inscrit, ni du sous-acquéreur, ni des tiers acquéreurs de droits réels, après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par l'article précédent » (4413).

On notera qu'en cas de perte du privilège, le droit d'agir en résolution n'est pas véritablement supprimé ; ses effets seront seulement rendus inopposables aux tiers intéressés (4414). On notera par ailleurs que parmi les tiers mentionnés à l'article 28 ne figurent pas les créanciers chirographaires, auxquels l'effet réel de la résolution serait dès lors toujours opposable (4415). Il en irait de même de la masse des créanciers de l'acheteur en faillite (4416). À notre avis, cette opinion doit être nuancée. On sait, en effet, que si les créanciers chirographaires doivent en principe suivre la foi de leur débiteur, ne bénéficiant d'aucun droit direct sur son patrimoine autre que leur droit de gage fluctuant (articles 7 et 8 de la loi hypothécaire), il en va autrement lorsque leurs droits ont été mis en oeuvre par la voie d'une saisie, individuelle ou collective (telle

(4412) Voy. le Rapport annexé à l'exposé des motifs de la loi hypothécaire, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 1848-1849, n° 4, p. 13 : « [d]epuis longtemps, la critique a reproché au Code une anomalie choquante. Le vendeur qui a perdu son privilège conserve le droit de demander la résolution de la vente au préjudice des droits consentis par l'acheteur. Sans doute, le privilège et le droit de demander la résolution du contrat sont des droits distincts, et, en principe, complètement indépendants ; mais ils produisent le même effet pour les autres créanciers auxquels il importe peu qu'on leur enlève la chose, ou qu'on les prive du prix de la chose. Ce qui semble dangereux dans le système du Code civil, c'est que l'acquéreur ou le créancier hypothécaire qui trouve le bien quitte et libre de l'inscription du privilège d'un ancien propriétaire a de justes motifs de croire que cet ancien propriétaire, dont il ne peut se faire produire les quittances, a été payé ».

(4413) Voy. également l'article 36, alinéa 2, de la loi hypothécaire.

(4414) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 30, p. 707 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, *o.c.*, n° 406, pp. 307 et s. ; **en France**, Cass. fr., 7 septembre 2010, n° 09-69.422.

(4415) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 96, p. 754 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, *o.c.*, n° 406, p. 308 ; E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », *R.P.D.B.*, compl. tome VII, *o.c.*, n° 398, p. 707 ; **en France**, à propos de l'actuel article 2379 du Code civil, voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 598, p. 635.

(4416) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, *o.c.*, n° 406, p. 308.

que la faillite). En effet, à partir de ce moment, leurs droits se trouvent « réalisés » et acquièrent une opposabilité absolue comparable à celle des droits réels (4417). Dès lors, il nous semble que dès cet instant, ils peuvent prétendre à la protection que l'article 28 confère aux titulaires de droits réels. Cette solution apparaît au demeurant conforme à la *ratio legis* de cette disposition (4418) qui était, comme on l'a vu, d'éviter que le vendeur déchu du privilège immobilier puisse aboutir au même résultat par le détour de la résolution.

Même lorsque l'action résolutoire du vendeur est opposable aux tiers, le législateur a voulu entourer l'exercice de celle-ci de certaines garanties. Ainsi, les tiers « pourront toujours arrêter ses effets, en remboursant au demandeur le capital et les accessoires conservés par l'inscription du privilège, conformément à l'article 87 de la présente loi » (article 28, alinéa 3). En outre, lorsque, par l'effet de la résolution, le vendeur est amené à restituer l'acompte versé par l'acheteur, les créanciers de celui-ci bénéficieront d'un mécanisme de subrogation réelle (4419). En effet, ces sommes « seront affectées au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires qui perdraient ce caractère par suite de [l'action résolutoire], et ce, d'après le rang que ces créances avaient au moment de la résolution de la vente » (article 28, alinéa 4). On mentionnera encore l'obligation imposée au vendeur impayé d'opter entre l'action résolutoire et l'exercice du privilège dans les cas prévus aux articles 114 de la loi hypothécaire et 1583 du Code judiciaire.

Ainsi, l'article 28 vise donc à assurer la publicité de l'action résolutoire (4420) ou, plus précisément, à subordonner l'effet réel de la résolution à la condition que le danger qu'il représente ait

(4417) Voy. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, o.c., nos 14 et s., pp. 13 et s. On notera que J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2009, n° 97, p. 755, suggère d'aboutir au même résultat par le biais du principe constitutionnel d'égalité, en faisant valoir qu'il n'existe aucune raison objective pour traiter les créanciers chirographaires en concours différemment des autres tiers intéressés au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire. Il se confirme ainsi au passage que l'interprétation d'une disposition légale permet souvent d'aboutir à un résultat identique à celui auquel aboutirait la mise en oeuvre du principe constitutionnel d'égalité (voy. à ce propos *supra*, n° 72).

(4418) J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2009, n° 97, p. 754.

(4419) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VII, o.c., n° 407, p. 309, note n° 3.

(4420) Voy. A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, o.c., n° 1497, p. 439 ; E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », *R.P.D.B.*, compl. tome VII, o.c., n° 397, p. 705 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 598, p. 634 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, o.c., n° 1550, p. 645.

été rendu public. En effet, avant de traiter avec l'acheteur, les tiers auront pu, en consultant l'acte de vente transcrit, prendre connaissance de l'existence de la créance impayée du vendeur et, dès lors, du risque que celui-ci n'exerce son privilège ou n'introduise l'action résolutoire.

La protection reconnue aux tiers intéressés est toutefois loin d'être absolue. En effet, le sort de l'action résolutoire ne se trouve lié à celui du privilège que dans la mesure où ils ont la même cause, à savoir le défaut de paiement du prix (4421). La résolution produira donc, sans réserve, son effet rétroactif au préjudice des tiers lorsqu'elle est fondée sur un manquement de l'acheteur à une autre obligation, telle une obligation de faire (4422), ou que l'action est intentée par l'acheteur (4423). L'article 28 ne trouve pas non plus à s'appliquer aux autres contrats que ceux qu'il énumère. Il restera à vérifier si l'effet réel illimité reconnu à la résolution dans les autres cas ne produit pas des conséquences disproportionnées au regard du principe constitutionnel d'égalité (4424).

469. Autres tempéraments. Pour le reste, les restrictions à l'effet rétroactif de la résolution dans les rapports avec les tiers en matière immobilière sont similaires à celles existant en ce qui concerne la nullité, auxquelles il est dès lors renvoyé pour plus de détails (4425). On rappellera simplement que les tiers peuvent trouver une protection (très) limitée dans la théorie de l'*apparence*, l'institution de la *mention marginale* (4426), la *prescription*

(4421) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 31, p. 708 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, *o.c.*, n° 1497, p. 439 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 37, p. 256 ; E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », *R.P.D.B.*, compl. tome VII, *o.c.*, n° 399, p. 707 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 141.

(4422) Cass. fr., 17 mars 1981, *Bull.*, 1981, III, n° 56.

(4423) E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », *R.P.D.B.*, compl. tome VII, *o.c.*, n° 405, p. 707.

(4424) Voy. *infra*, n°s 550 et s.

(4425) Voy. *supra*, n°s 296 et s.

(4426) Celle-ci s'avère en pratique inefficace, puisqu'elle n'empêche pas le jugement de résolution de rétroagir avant le date de la mention : voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 684, p. 696 ; en France, voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 635, p. 599.

acquisitive (4427) et la subrogation réelle prévue en cas d'*expropriation* pour cause d'utilité publique (4428).

3. – *Tempéraments en matière mobilière*

470. Conditions préalables à l'effet de sûreté de la résolution. Tout d'abord, comme en matière immobilière, la question de l'opposabilité aux tiers de l'effet rétroactif de la résolution n'interviendra pas systématiquement en matière mobilière, particulièrement dans l'hypothèse d'une situation de concours.

Ainsi, elle ne se posera pas lorsque le vendeur impayé est encore en possession de la chose, car il pourra alors exercer son *droit de rétention* pour refuser de livrer celle-ci jusqu'à ce qu'il ait été entièrement payé (4429). Ce droit de rétention étant opposable à la masse des créanciers de l'acheteur failli (4430), le vendeur impayé n'aura donc pas besoin de se prévaloir de l'effet rétroactif d'une résolution du contrat de vente pour pouvoir conserver la chose : le droit de rétention suffira à lui accorder satisfaction. Même si le vendeur s'est dessaisi de la chose, mais pour autant qu'elle n'ait pas encore été livrée à l'acheteur failli, le vendeur pourra par ailleurs exercer le droit de stoppage *in transitu* (article 104 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites) (4431), avec un résultat identique.

Par ailleurs, la question de l'effet rétroactif de la résolution à l'égard des tiers ne présentera pas non plus d'intérêt lorsque le vendeur impayé peut se prévaloir d'une *clause de réserve de propriété* opposable aux tiers (4432). Tel sera le cas si la clause répond

(4427) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n^{os} 21 et s., pp. 703 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n^o 594, p. 632 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n^o 4, p. 456 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n^o 684, p. 696 ; voy. aussi *supra*, n^o 415.

(4428) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n^o 834bis, p. 806.

(4429) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n^o 89, pp. 749 et s. ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 35, p. 255 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n^o 18, p. 592 ; voy. également désormais les articles 73 et s. des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(4430) Voy. Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n^o 19.

(4431) Sur la portée de celui-ci, voy. Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 262, avec les conclusions de M. le procureur général F. DUMON, alors avocat général, *R.C.J.B.*, 1973, p. 5, note J. Heenen (décision rendue à propos de l'ancien article 568 du Code commerce, rédigé en des termes identiques).

(4432) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n^o 36, p. 255.

aux conditions de l'article 101 de la loi sur les faillites (4433) ou, à l'avenir, de l'article 69 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières. Dans les autres cas, le maintien de l'action en revendication demeure régi par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire (4434).

471. Protection du possesseur de bonne foi. Dans de nombreux cas où l'effet rétroactif de la résolution aurait pu jouer, la règle de fond de *l'article 2279 du Code civil* permettra au sous-acquéreur de bonne foi entré en possession d'une chose corporelle (4435) d'obtenir un titre de propriété *ex lege*, qu'il pourra opposer au créancier de son auteur qui prétendrait être redevenu rétroactivement propriétaire par l'effet de la résolution (4436). Mais il nous semble que le sous-acquéreur ne pourra se prétendre de bonne foi lorsqu'au moment de la prise de possession, il avait ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'un manquement de son auteur pouvant entraîner la résolution du titre de ce dernier (4437). Et même si sa mauvaise foi devait être établie, le sous-acquéreur pourra toujours se prévaloir de la prescription trentenaire (4438).

La règle de fond de l'article 2279 ne peut cependant, à notre sens, être invoquée par les créanciers de l'acheteur contre le vendeur qui obtiendraient la résolution de la vente (4439). Dès lors, en cas de concours sur le patrimoine de l'acheteur, le vendeur impayé ayant obtenu la résolution de la vente devrait théoriquement

(4433) On sait, cependant, que la Cour de cassation interprète restrictivement cette disposition qu'elle a refusé d'étendre aux autres cas de concours : voy. *supra*, note n° 1771.

(4434) Voy. *infra*, n° 473.

(4435) Sur la protection du possesseur d'un bien incorporel, voy., *mutatis mutandis*, *supra*, n° 202, II.

(4436) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 12, p. 700 ; R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 10, p. 176 ; P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 16, p. 680 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 254, p. 242 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 32, p. 254 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 756, p. 544 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 593, p. 631 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 4, p. 456 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 227, p. 316 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, n° 683, p. 595 ; sur les conditions d'application de l'article 2279, voy. *supra*, n° 299.

(4437) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 13, p. 701 ; voy., dans le même sens, à propos de la bonne foi requise par l'article 549 du Code civil, *supra*, n° 425.

(4438) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 15, p. 701 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 594, p. 632.

(4439) Voy. *supra*, n° 203.

pouvoir revendiquer la chose entre les mains des créanciers saisissants de son cocontractant. Comme nous allons le voir, le législateur a toutefois largement nuancé ce principe par des dispositions particulières.

472. Ancien article 546 du Code de commerce. À cet égard, on rappellera brièvement l'ancien article 546 du Code de commerce, abrogé par la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

Ce texte prévoyait à l'origine que « [l]e privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'art. 2102 du Code civil [devenu l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire] au profit du vendeur d'effets mobiliers ainsi que le droit de résolution ne seront pas admis en cas de faillite ». Une exception fut introduite ultérieurement en vue de permettre au fournisseur d'équipements professionnels ayant déposé une copie de la facture dans la quinzaine de la livraison au greffe du tribunal de commerce de conserver son privilège pendant cinq ans à dater de la livraison.

Sous cette réserve, l'article 546 traitait donc conjointement le privilège du vendeur impayé d'effets mobiliers, son droit de « revendication » (4440) et son action résolutoire, en les supprimant tous les trois « en cas de faillite ». Cette disposition fut cependant interprétée restrictivement, en ce sens qu'elle fut considérée comme inapplicable lorsque le contrat de vente était déjà résolu en vertu d'une clause résolutoire expresse exercée avant la faillite (4441) ou, plus largement, lorsque l'action résolutoire était introduite avant la faillite, la résolution dût-elle n'être prononcée qu'après celle-ci (4442). À l'appui de cette dernière solution, on faisait généralement valoir que le jugement de résolution rétroagit au jour de l'introduction de l'action. Cependant, compte tenu du caractère largement constitutif de ce jugement, il nous aurait semblé plus exact de se fonder sur l'effet rétroactif de la résolution en tant que telle, qui peut le cas échéant remonter avant la date d'introduction de l'action (4443).

Depuis l'abrogation de l'article 546 par la loi sur les faillites, on s'accorde généralement à reconnaître que la faillite ne met plus fin en tant que telle au privilège du vendeur d'effets mobiliers impayés. Les

(4440) Sur sa nature exacte, voy. *infra*, n° 473.

(4441) Voy. Cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 139.

(4442) Voy. A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, o.c., n° 1466, n° 432 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 212, p. 301 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, o.c., n° 2792, p. 334.

(4443) Voy. dans le même sens *supra*, n°s 429 et 448.

opinions divergent en revanche en ce qui concerne l'action en résolution. D'aucuns soutiennent en effet que, comme sous l'empire du droit antérieur, elle ne pourrait plus être introduite après le prononcé de la faillite parce qu'elle porterait atteinte à l'égalité des créanciers. Nous avons déjà réfuté cette opinion en soulignant que l'effet rétroactif de la résolution lui permet, précisément, de porter atteinte à la composition de l'actif de la masse faillie, parce que le transfert de propriété qui en résulte est réputé s'être produit avant que la faillite n'ait sorti ses effets (4444). Au surplus, les travaux préparatoires de la nouvelle loi sur les faillites nous paraissent manifester clairement l'intention du législateur d'écarter la solution prévue par l'ancien article 546 (4445). Il nous paraît dès lors plus exact de considérer que l'action en résolution peut désormais être introduite après la faillite, sous réserve toutefois des limitations apportées par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire que nous allons maintenant examiner (4446).

473. Lien entre le droit de résolution et le privilège du vendeur impayé – Principe. Plus important en revanche est l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire (4447). Cette disposition établit un privilège en faveur du vendeur impayé sur les choses mobilières, à condition qu'elles soient encore en la possession de l'acheteur et, en principe, qu'elles n'aient pas été immobilisées par incorporation ou par destination (4448). La disposition se conclut par ailleurs comme suit :

(4444) Voy. *supra*, n° 466.

(4445) À cet égard, le ministre de la Justice s'est exprimé comme suit : « L'ancien article 91 [qui reproduisait le texte de l'article 546 du Code de commerce] est supprimé, cet article prévoyait une inopposabilité du privilège et du droit de revendication établi par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ainsi que du droit de résolution. Il a été estimé par le Sénat qu'étant donné l'introduction de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété, le maintien de l'inopposabilité de ce droit de revendication et de ce privilège était discriminatoire, car il s'agit de situations économiquement comparables » (*Doc. parl.*, Chambre, s.o., 1996-1997, n° 330/24, p. 4 ; voy. également la justification de l'amendement n° 137 dans *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1996-1997, n° 1/499-7, p. 24, adoptée par *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1996-1997, n° 1/498-11, p. 229).

(4446) Dans le même sens, J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 99, p. 756, note n° 204 ; W. DERJCKE et F. T'KINT, « La faillite », *Rép. not.*, tome XII, L. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 275, p. 247 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 39, p. 257.

(4447) Comp., **en France**, l'article L624-12, du Code de commerce.

(4448) Dans ce dernier cas, le vendeur d'équipements professionnels conserve toutefois son privilège pendant cinq ans à compter de la livraison. L'obligation de déposer une copie de la facture de vente de ces équipements au greffe du tribunal de commerce dans les quinze jours de la livraison a été supprimée par la loi du 14 janvier 2013, cette formalité étant jugée superflue et obsolète (voy. la justification de l'amendement n° 89, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2011-2012, n° 53-1804/007, pp. 8 et s., et le Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 2011-2012, n° 53-1804/016, p. 51).

« Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer les objets vendus tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et qu'ils se trouvent dans le même état que lors de la livraison.

La déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution, à l'égard des autres créanciers.

Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication. »

Les origines lointaines de cette disposition permettent d'en éclairer la portée (4449).

En droit romain, le transfert de propriété ne s'opérait pas *solo consensu* : il requérait, outre l'existence d'un juste titre (tel le contrat de vente), une certaine publicité qui, à l'époque de Justinien, prenait la forme d'une tradition de la chose. Le système était donc dualiste (4450). Toutefois, dans le cas particulier de la vente, ces deux conditions ne suffisaient pas à emporter le transfert de propriété. Celui-ci n'intervenait en effet qu'à condition que l'acheteur ait payé le prix ou, à tout le moins, que le vendeur ait accepté de « suivre la foi » de l'acheteur, c'est-à-dire de lui faire crédit (4451). À la veille du Code civil, on considérait que tel était notamment le cas lorsque le vendeur avait concédé un terme à l'acheteur pour le paiement du prix (4452). Toutefois, l'Ancien Droit avait renforcé la position du vendeur impayé, avec ou sans terme, en lui accordant un privilège pour le paiement du prix.

C'est cette double protection du vendeur impayé que l'article 2102, 4°, du Code civil a consacrée. D'une part, qu'il ait ou non consenti un terme pour le paiement du prix, le vendeur impayé jouit d'un privilège sur la chose, comme sous l'Ancien Droit. D'autre part, pour autant que la vente ait été faite sans terme, le vendeur peut encore « revendiquer » les objets impayés, pour autant néanmoins qu'il agisse dans un

(4449) Sur ce qui suit et pour plus de détails, cons. Cass., 22 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 395 ; les conclusions de M. le procureur général L. CORNIL avant Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, pp. 204 et s. ; les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ avant Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 103, spéc. pp. 115 et s. ; voy. également J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n°s 85 et s., pp. 748 et s.

(4450) Sur la différence entre les systèmes monistes et dualistes de transfert de la propriété, voy. *supra*, n° 176.

(4451) *Inst.*, II, 1, 41, commenté par R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, pp. 272 et s.

(4452) Voy. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n° 324, p. 202.

délai de huit jours à dater de la livraison (4453). Ce droit de « revendication » se comprenait parfaitement dans le contexte du droit romain et de l'Ancien Droit où, en règle, la propriété n'était pas transférée tant que le vendeur n'avait pas été payé. Il était en revanche beaucoup plus difficile à justifier dans le cadre du Code civil, où la propriété se transfère désormais *solo consensu* (4454). Pour tenter de donner un sens à ce qui n'est en réalité qu'une erreur du législateur (4455), on interprète dès lors cette disposition comme instaurant plutôt une forme de saisie visant à permettre au vendeur de récupérer la possession de la chose et, ensuite, d'exercer un droit de rétention sur celle-ci (4456).

Quoi qu'il en soit, le système était encore maladroit car, ce que le vendeur ne pouvait atteindre qu'à de strictes conditions par la voie d'une telle « revendication », il pouvait l'obtenir sans la moindre restriction par le biais d'une action en résolution, laquelle lui permettait en effet de récupérer la propriété de la chose et, ensuite, de la revendiquer en bonne et due forme. C'est pour parer à cette anomalie que l'auteur de la loi hypothécaire, lorsqu'il a repris à l'article 20, 5°, les principes de l'ancien article 2102, 4°, a complété cette disposition pour prévoir que la perte de l'action « revendicatoire » emporterait également celle de l'action en résolution à l'égard des autres créanciers (4457). En d'autres termes, « l'action en résolution est interdite parce qu'elle est une action en revendication détournée et que la loi défend l'action en revendication après le délai de huitaine » (4458).

(4453) Sur ce point, le législateur s'est écarté de Pothier, qui considérait que, du seul fait que le vendeur n'agissait pas immédiatement contre l'acheteur, on ne pouvait en déduire qu'il lui aurait implicitement fait crédit (*ibid.*, n° 324, p. 203).

(4454) Bien que ce résultat soit atteint par le biais d'une tradition symbolique présumée par la loi : voy. *supra*, n° 265, I.

(4455) Ce n'est pas la seule. On sait en effet que le législateur napoléonien n'a pas pris toute la mesure de l'innovation que représentait l'introduction du transfert de propriété *solo consensu*, ce qui est également à l'origine des multiples difficultés suscitées par les tentatives de conciliation de la nullité de la vente de la chose d'autrui avec l'existence de la garantie d'éviction (voy. à ce propos les références citées *supra*, n° 200).

(4456) Voy. les conclusions précitées de M. le procureur général P. LECLERCQ, *Pas.*, 1933, p. 119. Pour sa part, le **législateur néerlandais**, inspiré par la même règle romaine qui subordonnait le transfert de propriété au paiement du prix, à préféré instaurer un « droit de réclame » en faveur du vendeur de meubles impayés, conçu comme une voie de recours analogues à la résolution mais dotée d'un effet réel (voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, o.c., n°s 599 et 606 ; voy. également *supra*, n° 365).

(4457) La loi hypothécaire a, de même, lié le sort de l'action en résolution du vendeur impayé à la survivance de son privilège immobilier, parce qu'ils tendent tous deux à des résultats similaires : voy. *supra*, n° 468.

(4458) Conclusions précitées de M. le procureur général P. LECLERCQ, *Pas.*, 1933, p. 121.

De tout ceci, il résulte que, bien que le texte ne le prévoie pas expressément, le vendeur ayant consenti un terme à l'acheteur pour le paiement du prix est privé de la possibilité d'agir en résolution ou, au demeurant, en « revendication », dès qu'il se trouve en concours avec les créanciers de l'acheteur (4459). En effet, si le vendeur sans terme est déchu de ces actions huit jours après la livraison parce qu'il est alors réputé avoir fait crédit à l'acheteur, il doit *a fortiori* en aller ainsi du vendeur qui accepte, *ab initio*, de lui faire crédit.

Quant au vendeur n'ayant pas fait crédit à l'acheteur, il ne pourra donc agir en résolution après la survenance du concours que pour autant que son action ait été introduite dans les huit jours de la livraison. Autant dire qu'en pratique, le droit d'agir en résolution se trouve quasiment supprimé après la naissance du concours (4460).

474. Suite – Régime. Quelques précisions doivent encore être apportées quant au fonctionnement de ce mécanisme.

I. Tout d'abord, l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire précise bien que le vendeur n'est privé de l'action résolutoire qu'« à l'égard des autres créanciers ». Plutôt qu'une véritable déchéance, il s'agit donc uniquement d'une *inopposabilité* de l'action en résolution aux créanciers en concours, l'action pouvant donc être introduite et produire ses effets dans les rapports avec l'acheteur (4461).

II. Ensuite, l'article 20, 5°, produira ses effets *dans toutes les situations de concours* et notamment dans le cas d'une

(4459) Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, pp. 204 et s., avec les conclusions de M. le procureur général L. CORNIL, spéc., pp. 209 et s. ; J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 93, pp. 751 et s.

(4460) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 93, p. 751 ; W. DERIJCKE et F. T'KINT, « La faillite », *Rép. not.*, tome XII, L. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 275, p. 247 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 38, p. 256 ; J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », note sous Cass., 18 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 9 et s., n° 6, p. 12 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n° 18, p. 593.

(4461) Conclusions précitées de M. le procureur général L. CORNIL, *Pas.*, 1946, I, p. 211 ; J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 88, p. 749. Voy. de même, à propos de l'article 28 de la loi hypothécaire, *supra*, n° 468.

faillite (4462), d'une saisie (4463) ou de la mise en liquidation d'une société (4464). Toutefois, le droit de résolution n'est supprimé qu'à partir de la naissance du concours (ou, dans le cas d'une vente sans terme, huit jours après la livraison). Dès lors, la résolution pourra être opposée aux créanciers en concours bien qu'elle intervienne après celui-ci, pour autant, dans le cas d'une vente avec terme, que l'action en résolution ait été introduite (4465) ou que la clause résolutoire expresse ait invoquée (4466) *avant* le concours (ou, dans le cas d'une vente sans terme, dans les huit jours de la livraison (4467)), et ce, même si la résolution n'est *prononcée* qu'après la naissance du concours ou l'expiration du délai de huit jours. L'idée sous-jacente est que le gage commun des créanciers, tenus de suivre la foi de leur débiteur, étant constitué par le patrimoine de ce dernier au moment où les droits des créanciers sont mis en oeuvre par la voie d'une saisie (individuelle ou collective), celle-ci ne peut frapper un bien qui, rétroactivement, est réputé avoir quitté le patrimoine du débiteur avant que cette saisie n'ait figé celui-ci (4468) .

À nouveau, cette solution est généralement fondée sur l'effet déclaratif du jugement de résolution (4469) alors qu'elle se justifie plutôt

(4462) Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 103, avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ (deux espèces). Il en allait de même en cas de dépôt d'une requête en concordat par abandon d'actifs (Cass., 27 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 475, avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOT DE TERMICOURT).

(4463) Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 204, avec les conclusions de M. le procureur général L. CORNIL.

(4464) Cass., 31 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 573, *R.C.J.B.*, 1964, p. 99, note J. RENAUD et P. COPPENS.

(4465) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 91, p. 750 ; A. DE WILDE, *o.c.*, *R.W.*, 2000-2001, n° 3, p. 482 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 40, p. 257 ; W. DERLICHE et F. T'KINT, *o.c.*, *Rép. not.*, tome XII, L. XII, n° 277, p. 248.

(4466) Cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 139 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 40, p. 257 ; W. DERLICHE et F. T'KINT, *o.c.*, *Rép. not.*, tome XII, L. XII, n° 278, p. 248 ; voy. également Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1051 (si la clause résolutoire expresse a été invoquée par le vendeur avant la naissance du concours, la chose peut encore être revendiquée après cette date entre les mains de l'acheteur). On notera que l'invocation d'une clause résolutoire expresse étant un acte réceptice, elle ne sort ses effets que lorsque la notification de l'intention du créancier parvient à la connaissance du destinataire, ce qui doit donc se produire avant la naissance du concours (sur cette règle commune à tous les actes unilatéraux, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, *o.c.*, n° 722, p. 1051 ; à propos de l'exercice d'une clause de réserve de propriété, Cass., 22 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 395).

(4467) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 92, pp. 750 et s.

(4468) Voy. les conclusions précitées de M. le procureur général L. CORNIL, *Pas.*, 1946, I, p. 211.

(4469) W. DERLICHE et F. T'KINT, *o.c.*, *Rép. not.*, tome XII, L. XII, n° 277, p. 248.

selon nous par l'effet rétroactif propre à la résolution (4470). En effet, on a déjà relevé que, le jugement de résolution étant constitutif d'une situation juridique nouvelle, il paraît inadéquat de lui conférer un effet déclaratif (4471). D'ailleurs, dans les rapports avec les sous-acquéreurs, il n'a jamais été prétendu que la résolution ne pourrait rétroagir qu'à la condition d'avoir été demandée avant que le sous-acquéreur n'acquière un droit opposable sur la chose (4472), ce qui démontre que l'effet réel de la résolution ne découle pas d'un quelconque effet déclaratif du jugement de résolution. Par ailleurs, si l'on admet qu'en cas de vente sans terme, la clause résolutoire expresse puisse encore être exercée dans les huit jours de la livraison et est ainsi mise en oeuvre après la naissance du concours, son opposabilité à la masse des créanciers ne peut se fonder sur l'effet déclaratif d'un jugement par hypothèse inexistant, mais doit nécessairement reposer sur l'effet rétroactif de la résolution. Ainsi, la portée de l'article 20, 5°, la loi hypothécaire est seulement de déchoir le créancier du droit de demander ou de provoquer la résolution à partir de la naissance du concours (ou, dans le cas d'une vente sans terme, huit jours après la livraison de la chose) ; mais, dès lors que ce droit est valablement exercé, la résolution qui en découle nous paraît pouvoir rétroagir non seulement jusqu'à la date d'introduction de la demande ou d'exercice de la clause résolutoire expresse, mais même avant, jusqu'à la date de conclusion du contrat (4473).

III. On observera enfin que l'article 20, 5°, ne rend l'action résolutoire du vendeur inopposable à la masse que parce qu'il jouit déjà d'un *privilège*.

Cette inopposabilité n'est donc pas applicable lorsque la résolution se fonde sur un autre manquement que le défaut de paiement du prix par l'acheteur (4474).

Dans un arrêt du 27 mars 1952, la Cour de cassation a cependant donné une interprétation extensive à cette disposition en considérant que « la nature du prix n'est pas déterminée par la loi ; que rien n'autorise à décider que le prix doit nécessairement être fixé en espèces ;

(4470) Voy. *supra*, n° 472.

(4471) Voy. *supra*, n° 429.

(4472) Voy. *supra*, n° 464 et, implicitement, l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire (sur lequel voy. *supra*, n° 296).

(4473) Il est vrai que l'intérêt pratique de cette conclusion demeure limité, puisqu'il importe surtout au vendeur impayé de pouvoir opposer son droit de propriété à la masse des créanciers en concours.

(4474) Voy. J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 89, p. 749 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés, o.c.*, n° 9, p. 378 ; comp., en matière immobilière, *supra*, n° 468.

qu'il peut également être constitué par d'autres prestations », telles qu'en l'occurrence une obligation d'assurance et d'entretien (4475). Cette solution nous paraît devoir être nuancée. En effet, un prix en numéraire est généralement considéré comme relevant de l'essence du contrat de vente (4476), même si l'on admet qu'en sus de ce prix monétaire, l'acheteur puisse également contracter d'autres obligations accessoires (4477). La prudence paraît d'autant plus être de mise en l'espèce que, dérogeant au principe de l'égalité des créanciers, le privilège du vendeur devrait être de stricte interprétation.

C. – Actes d'administration

475. Analyse traditionnelle et critique. Le sort des actes d'administration accomplis par la partie tenue de restituer la chose ensuite de la résolution du contrat pour inexécution fautive donne lieu à des hésitations plus grandes encore que celui des actes de disposition.

Certains auteurs, en effet, s'appuient sur l'article 1673 du Code civil pour en déduire que, par exception à l'effet rétroactif de la résolution, le créancier de la chose serait tenu de respecter les actes d'administration, et en particulier les baux conclus par le débiteur de la chose (4478), pour autant du moins qu'ils l'aient été de bonne foi (4479). D'autres, au contraire, soulignent la spécificité de l'article 1673, propre à la vente à réméré et étranger à toute

(4475) Voy. Cass., 27 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 475, avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOT DE TERMICOURT, spéc. pp. 476 et s. ; comp. la solution inverse donnée par la Cour de cassation de France en matière immobilière, *supra*, note n° 4422.

(4476) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 38, pp. 85 et s.

(4477) A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, o.c.*, n° 51, p. 27.

(4478) Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 254, p. 242 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 585, p. 625 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 879, p. 463 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 183, p. 200 ; voy. également, invoquant la naissance des obligations de restitution à la date du jugement de résolution, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 644, p. 396.

(4479) Voy. R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 10, p. 176 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 242, p. 254 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 590, p. 630 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 184, p. 202. À cet égard, on considère généralement que la condition de bonne foi exclut normalement les baux de longue durée ; voy. cependant Cass. fr., 25 octobre 1983, *Bull.*, 1983, III, n° 196, qui confirme l'expulsion d'un locataire en considérant qu'un bail commercial de 9 ans ne constitue pas en soi un acte de disposition, mais en se fondant sur la mauvaise foi du locataire constatée par le juge du fond.

idée de résolution fautive du contrat, pour en déduire que l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution fait tomber les actes d'administration accomplis sur la chose à restituer (4480).

Comme en matière de nullité, les termes du problème nous paraissent être ainsi mal posés. Avant même de s'interroger sur les conséquences de l'effet rétroactif de la résolution, la question doit en effet être abordée en termes d'effet relatif des conventions (4481). Or, les actes d'administration, et notamment les baux, accomplis par le débiteur de la chose (par exemple l'acheteur) sont, en règle, inopposables au créancier de celle-ci (par exemple le vendeur) comme à tous autres tiers. Si les baux consentis au cours de la période intermédiaire doivent tomber, ce n'est donc pas parce le transfert de propriété de la chose aurait été effacé rétroactivement – d'autant que rien n'empêche de concéder valablement un bail sur la chose d'autrui (4482) –, mais, plus précisément, parce qu'ils sont frappés de caducité par disparition de l'objet, l'acheteur-bailleur n'étant plus en mesure de fournir la jouissance de la chose qu'il a dû restituer à son vendeur, sans préjudice de sa responsabilité envers son locataire (4483).

On rappellera que ce raisonnement peut s'appuyer sur l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2007 décidant que « [l]orsqu'un contrat de vente est résolu ou annulé avec effet rétroactif, les parties sont alors replacées dans la situation qui existait antérieurement et le vendeur est censé avoir toujours été le propriétaire. Ledit effet rétroactif n'a toutefois pas pour conséquence que le vendeur devient le débiteur d'obligations dont l'acheteur est tenu en ce qui concerne la propriété, que ce soit sur une base contractuelle ou réglementaire » (4484).

(4480) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, o.c., n° 1386, p. 800 (à propos de la sous-location) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 834, p. 804 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 31, p. 253 ; J.-F. GERMAIN, o.c., *Manuel de la vente*, n° 805, p. 344 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 154 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 685, p. 596.

(4481) Voy., dans le même sens, J. BAECK, « Retroactiviteit of relativiteit? », note sous Cass., 6 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 359 et s., n^{os} 7 et s., pp. 362 et s., spéc. n° 10, note n° 36, p. 364 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 753, p. 540.

(4482) Voy. *supra*, n° 180, II.

(4483) P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 31, p. 254. Pour plus de détails, voy. *supra*, n^{os} 300 et s.

(4484) Voy. *supra*, note n° 3003.

D. – Actes de conservation

476. Relativité des effets internes des conventions.

Comme pour les actes d'administration, certains auteurs sont d'avis que l'effet rétroactif de la résolution devrait, par exception, laisser intacts les actes de conservation accomplis au cours de la période intermédiaire par le débiteur de la chose (4485). Ici également, le principe de la relativité des conventions nous conduit au contraire à considérer qu'indépendamment même de la portée de l'effet rétroactif de la résolution, les actes de conservation demeurent inopposables au créancier de la chose qui est y resté étranger (4486).

VI. – Étendue de la résolution

477. Plan. Tout comme la nullité, la résolution pour inexécution ne produit pas nécessairement ses effets au niveau du contrat. Nous envisagerons dès lors dans cette section la problématique de la résolution partielle (A) et celle de la propagation de l'effet résolutoire au sein d'un groupe de contrats (B).

A. – En deçà du contrat : la résolution partielle

1. – Introduction

478. Position du problème. La question de savoir si la résolution doit emporter l'anéantissement de la totalité du contrat, ou si certaines de ses composantes pourraient au contraire lui survivre, est de plus en plus fréquemment posée. L'expression « résolution partielle » est cependant ambiguë. En effet, à la lecture de la doctrine, il apparaît qu'elle est utilisée dans plusieurs acceptions différentes. Une clarification terminologique préalable s'impose donc.

Tout d'abord, l'expression est parfois employée pour souligner les limites apportées à l'effet rétroactif de la résolution. On parle

(4485) Voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 587, p. 628 ; voy. également, en écartant globalement l'effet rétroactif, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 644, p. 396.

(4486) Voy. en ce sens T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 753, p. 541, et, pour plus de détails, *supra*, n° 304.

alors de résolution partielle d'un point de vue *temporel* (4487). Nous avons vu ainsi, par exemple, que dans les contrats successifs, la résolution laisse intactes les prestations antérieures à l'inexécution, pour autant qu'elles forment un ensemble divisible du reste du contrat (4488).

Ensuite, la notion de résolution partielle est parfois utilisée pour mettre en évidence la différence d'étendue entre la nullité et la résolution : alors que la première efface, en règle, le principe même de la conclusion du contrat, la seconde ne remet pas en cause l'accord de volonté entre les parties et laisse, dès lors, subsister le *lien contractuel* dans une certaine mesure (4489). C'est ainsi que, nonobstant la dissolution du contrat, les manquements commis par le débiteur pourront encore justifier l'engagement de sa responsabilité contractuelle en vue d'octroyer au créancier des dommages-intérêts complémentaires à la résolution (4490). Dans cette acception, la « résolution partielle » ne constitue plus véritablement une variété de la résolution qui s'opposerait à la résolution totale, mais bien une caractéristique inhérente à toutes les formes de résolution (4491).

Ces deux premières formes de résolution partielle ayant déjà été examinées, nous nous concentrons ci-après sur d'autres significations possibles de la résolution partielle.

Dans une troisième acception, la résolution partielle se situe sur un plan *personnel* (4492). La question est alors de savoir si, dans un contrat multipartite, la résolution peut n'affecter que certaines

(4487) Voy. par exemple C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 382, p. 228 ; I. SAMOY et A. MAES, « De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 189 et s., n°s 19 et s., pp. 194 et s.

(4488) Voy. *supra*, n°s 428 et s.

(4489) Voy. *supra*, n° 377.

(4490) Voy. *supra*, n° 380.

(4491) Voy. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 16, p. 241 (« D'un certain point de vue, on pourrait même affirmer que toute résolution est nécessairement partielle puisqu'elle laisse subsister une action contractuelle en dommage-intérêts » ; il ajoute cependant que « [c]ette affirmation serait cependant excessive et céderait à l'attrait de l'originalité à tout prix »). On relèvera également que, dans sa thèse de doctorat, C. RIGALLE-DUMETZ combat l'idée que la résolution puisse être partielle (dans la quatrième acception exposée ci-après), mais défend néanmoins l'idée que la résolution n'atteint que les rapports d'obligations nés du contrat à l'exclusion du lien contractuel lui-même (voy. *supra*, n° 351).

(4492) Voy. par exemple P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 16, pp. 239 et s. ; I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n°s 27 et s., pp. 197 et s.

parties ou si elle doit au contraire entraîner la dissolution de la totalité du contrat.

Enfin, la résolution partielle peut être entendue dans deux acceptions généralement regroupées, bien qu'elles soient conceptuellement distinctes, sous l'étiquette commune de l'étendue *matérielle* ou *spatiale* de la résolution (4493). Se pose d'une part la question de savoir si, lorsque l'obligation inexécutée fait partie d'un ensemble synallagmatique détachable du reste du contrat, la résolution doit se limiter à cet ensemble ou atteindre la totalité du contrat. Il s'agit d'autre part de savoir si certaines clauses, dites accessoires ou finales (telles que les clauses d'élection de for ou d'arbitrage), doivent survivre à la résolution du contrat.

479. Idée maîtresse : proportionnalité de la sanction. Ces différentes facettes de la résolution partielle ne reçoivent pas nécessairement un traitement unitaire dans un ordre juridique donné.

Le **droit allemand** peut à cet égard servir d'illustration. Ainsi, la résolution y est dépourvue d'effet rétroactif (4494) et la résolution des contrats successifs y est remplacée par un droit de résiliation (§ 314 du BGB) (4495). Dans cette mesure, la résolution peut être vue comme n'ayant qu'un effet très partiel sur le plan temporel. Nous avons vu, néanmoins, que jusqu'à la réforme du droit des obligations de 2002, la résolution excluait l'octroi de dommages-intérêts complémentaires, de sorte que son impact sur le lien contractuel était bien plus étendu qu'en droit belge (4496). Sur le plan matériel, la possibilité d'une résolution partielle est implicitement reconnue (§ 323, alinéa 5, du BGB). En revanche, les hypothèses où la question de la résolution partielle peut se poser sur un plan personnel sont nettement réduites par les conditions sévères auxquelles l'exercice du droit de résolution est subordonné dans les contrats multipartites (§ 351 du BGB) (4497).

Cela étant, nous sommes d'avis que les différentes questions suscitées par la problématique de la résolution partielle présentent néanmoins une similarité suffisante pour pouvoir recevoir

(4493) Voy., par exemple, I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 25, p. 196.

(4494) Voy. *supra*, n° 364.

(4495) Voy. W. Ernst, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n° 199.

(4496) Voy. *supra*, n° 394.

(4497) Voy. *infra*, n° 481, II, A.

en droit belge, sauf disposition légale contraire, une réponse uniforme (4498), ce qui permet en définitive de faire l'économie – si ce n'est à des fins pédagogiques – des discussions épineuses sur la distinction entre divisibilité spatiale, temporelle et personnelle (4499).

Ainsi, l'idée maîtresse en la matière nous paraît être le principe de *proportionnalité*, qui veut que la résolution, comme toute sanction, ne se voie pas reconnaître des effets excédant la mesure nécessaire pour atteindre le but visé (4500). C'est sur la base de ce critère que nous avons admis que la responsabilité complémentaire à la résolution est de nature contractuelle (4501) et que les contrats successifs sont en principe maintenus pour la période antérieure à l'inexécution (4502). Le même fondement nous paraît pouvoir justifier l'admission de la résolution partielle sur le plan matériel et personnel (4503).

Il convient maintenant de vérifier si cette approche fonctionnelle de la résolution correspond bien à l'état du droit positif. Nous examinerons dès lors successivement la résolution dans les contrats multipartites (2), la limitation de la résolution à certains groupes d'obligations (3) et la survie de certaines clauses autonomes (4).

2. – *Étendue personnelle de la résolution*

480. Résolution partielle des contrats multipartites. La question est donc de savoir si, dans un contrat multipartite (4504), la résolution doit nécessairement entraîner la dissolution de tout le contrat ou si elle pourrait se limiter aux rapports entre certaines parties.

(4498) Comp., sur l'identité de nature entre la nullité partielle et la réduction, *supra*, n° 315.

(4499) Voy. sur cette question les développements somme toute assez abstraits de C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n°s 439 et s., pp. 265 et s.

(4500) Voy. *supra*, n° 376.

(4501) Voy. *supra*, n° 380.

(4502) Voy. *supra*, n° 435.

(4503) Voy. dans le même sens I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 34, p. 198, qui accordent également une place centrale au critère de la divisibilité.

(4504) Sur la notion de contrat multipartite, voy. les références citées *supra*, note n° 839.

À cet égard, un important arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2008 consacre implicitement la possibilité d'une résolution partielle (4505).

Dans cette affaire, une convention transactionnelle avait été conclue entre trois sociétés du groupe Philips, d'une part, et quatre actionnaires minoritaires, d'autre part, en vue d'assurer la sortie de ceux-ci. L'un des quatre minoritaires agit ensuite en résolution de la transaction à l'encontre des trois actionnaires majoritaires sans mettre les autres minoritaires à la cause, en faisant valoir que la convention de sortie était une convention divisible en plusieurs contrats partiels se rapportant à chaque minoritaire, et dès lors susceptibles chacun de faire l'objet d'une résolution partielle.

Les juges du fond ne se laissèrent cependant pas convaincre par cette argumentation. Tout en admettant la possibilité théorique de prononcer une résolution partielle en cas de divisibilité du contrat, ils considérèrent, tant en première instance qu'en degré d'appel, que cette condition n'était pas remplie en l'espèce. Pour conclure à l'indivisibilité du contrat, ils relevèrent notamment que la transaction constituait un ensemble complexe de points de vue contradictoires imbriqués les uns dans les autres en raison de l'existence de concessions réciproques, que l'intention des parties avait été de trouver un accord global en vue d'assurer la reprise de l'ensemble des actions de la société P.H.I. et que les minoritaires s'étaient vu reconnaître dans la convention certains droits qu'ils ne pouvaient exercer qu'ensemble. Par confirmation du premier jugement, les juges d'appel conclurent dès lors « à l'inadmissibilité [*ontoelaatbaarheid*] *hic et nunc* de la demande ».

À l'encontre de cette décision, l'actionnaire minoritaire débouté fit valoir essentiellement deux griefs rassemblés dans un premier moyen (4506). Dans une première branche, il soutenait que le caractère indivisible d'un litige au sens de l'article 31 du Code judiciaire ne présentait d'intérêt que pour apprécier la recevabilité des voies de recours, mais non de l'action elle-même (4507). La Cour estime cependant que le grief repose sur une lecture erronée de la déci-

(4505) Cass., 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 556, *R.G.D.C.*, 2011, p. 232 ; sur cet arrêt, voy. I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 189 et s. ; voy. également S. STILNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, « De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpartijenovereenkomsten », *Meerpartijenovereenkomsten. Contrats multipartites*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2013, pp. 113 et s., n° 71, p. 154.

(4506) Le deuxième moyen, non publié à la *Pasicrisis*, reprochait en outre à l'arrêt en défaut de réponse aux conclusions et une omission de statuer sur un point litigieux. Le premier de ces griefs n'est pas accueilli par la Cour et le deuxième manque à son estime en fait.

(4507) Voy. sur ce point *infra*, note n° 4540.

sion attaquée, dans la mesure où celle-ci n'a pas fondé sa décision sur une règle de procédure mais sur l'indivisibilité entre les droits et obligations des parties et sur les conséquences qui en découlent pour l'application de l'article 1184 du Code civil (point 1). Dans une seconde branche, le demandeur faisait valoir, en se fondant en particulier sur l'article 1224 du Code civil (4508), qu'en présence d'une obligation indivisible, chaque créancier devait être habilité à en exiger le paiement total, et que dès lors le demandeur devait être habilité à postuler seul la résolution de la convention, sauf volonté contraire des parties. La Cour de cassation se dispense à nouveau d'examiner le bien-fondé du grief en considérant qu'il repose également sur une lecture erronée de la décision attaquée. En effet, « [l]'arrêt ne statue pas sur les conséquences de l'indivisibilité d'une obligation pour les héritiers des créanciers », en sorte que, pris de la violation de l'article 1224 du Code civil, le moyen manque en fait (point 3) (4509). La Cour poursuit toutefois son raisonnement par un attendu de principe de portée tout à fait générale :

« Une convention entre plusieurs parties dans laquelle chaque partie occupe une position juridique qui lui est propre et dans laquelle les droits et les obligations des parties sont à ce point indissociablement liés entre eux que la convention ne peut être divisée en conventions partielles, ne peut être résolue partiellement.

Dans la mesure où le moyen, en cette branche, repose sur le soutènement contraire, il manque en droit » (point 4).

Ayant constaté que la convention litigieuse répondait à ces caractéristiques, l'arrêt attaqué n'avait donc plus à examiner si les parties avaient convenu en l'espèce que le droit de résolution ne pourrait être exercé que conjointement (point 5).

Par son attendu de principe repris au point 4 de l'arrêt, la Cour considère donc qu'un contrat multipartite indivisible ne peut faire l'objet d'une résolution partielle. *A contrario*, elle semble donc admettre que lorsque ce contrat peut être divisé en une série de conventions partielles, chacune d'elles peut faire l'objet d'une résolution partielle distincte (4510). Tel sera en particulier le cas lorsque l'inexécution commise ne porte pas atteinte à l'utilité de

(4508) Sur la portée de cette disposition, voy. *infra*, n° 481, IV.

(4509) Cette réponse de la Cour pourrait donner à penser que l'article 1224 ne vaut que lorsque la pluralité de créanciers résulte d'une succession. Pourtant, il est admis que cette disposition s'applique également lorsque la pluralité de créanciers existe dès la conclusion du contrat (voy. not. M. BACACHE, « Indivisibilité », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009, n° 29, p. 6 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, *o.c.*, n° 302, pp. 303 et s.).

(4510) Dans le même sens, I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 2, p. 190.

l'ensemble de la convention (4511). En revanche, cet arrêt de la Cour n'apporte à notre sens pas de réponse claire à la question de savoir par qui, et contre qui, l'action en résolution peut – ou doit – être introduite en cas d'indivisibilité du contrat (4512).

Cette jurisprudence doit être pleinement approuvée (4513) et s'inscrit parfaitement dans la perspective d'une application proportionnée des effets de la résolution que nous défendons (4514).

Comme toujours (4515), la divisibilité de la convention s'appréciera à la fois en fonction de son économie objective et de l'intention subjective des parties (4516). C'est ainsi, par exemple, que la divisibilité pourra être déduite d'une clause prévoyant la poursuite du contrat nonobstant la mort d'un des cocontractants (4517) ou de l'existence d'une clause permettant l'adhésion de tiers à la convention (4518). À l'inverse, son indivisibilité pourrait se déduire, ainsi que l'ont considéré les juges du fond dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 octobre 2008, de la circonstance que certains droits doivent être exercés en commun par certaines parties envers les autres, ou que la convention a été conclue en vue de trouver un accord global.

481. Suite – Exercice de l'action résolutoire. I. Les principes que nous venons d'exposer sur l'étendue de la résolution dans les contrats multipartites ne suscitent pas de problème particulier lorsque l'action est introduite par l'ensemble des créanciers à l'encontre de

(4511) I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 10, pp. 192 et s. ; sur le critère de l'utilité économique, comp. dans le même sens *infra*, n° 482.

(4512) Sur cette question délicate, voy. *infra*, n° 481.

(4513) Également en faveur de la résolution partielle des contrats multipartites, voy. P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 16, pp. 239 et s. ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, pp. 179 et s. ; I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 10, pp. 197 et s. ; S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, *o.c.*, *Meerpartijovereenkomsten*, n° 10, p. 119.

(4514) Voy. *supra*, n° 479.

(4515) Voy. ainsi *supra*, n° 310 (nullité partielle), 331, II (groupes de contrats) et 436 (contrats successifs).

(4516) P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 16, p. 241. Pour des exemples de clauses, voy. S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, *o.c.*, *Meerpartijovereenkomsten*, n° 72 et s., p. 155.

(4517) Comp. art. 42 du Code des sociétés et, à ce propos, P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 65, pp. 190 et s.

(4518) En effet, « il serait irrationnel dans ce type de contrat de considérer qu'en cas de manquement d'une des parties, tout le contrat doive cesser alors que dès le départ, celui-ci comporte un nombre évolutif de parties » (P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 16, p. 240).

l'ensemble des débiteurs et qu'elle tend à la résolution totale du contrat. Dans un tel cas de figure, une difficulté peut tout au plus se présenter *en aval* de l'exercice du droit de résolution, lorsqu'il s'agit d'en déterminer l'étendue. Ainsi, le juge pourra, soit prononcer la résolution totale de la convention, soit, en raison de la divisibilité de celle-ci, décider de ne prononcer qu'une résolution partielle, limitée à certains rapports d'obligations entre certaines parties.

Le débat peut cependant également se nouer *en amont* de l'exercice du droit de résolution lorsque seule une seule partie des créanciers agit ou que seule une partie des débiteurs est assignée. Si le juge constate alors que la convention est effectivement divisible et qu'une résolution partielle est effectivement envisageable entre les seules parties à la cause, à nouveau aucun problème ne se pose. Mais comment devra-t-il réagir s'il estime au contraire que la convention est en réalité indivisible ? (4519) Deux attitudes sont à cet égard théoriquement concevables.

Ainsi, le juge pourrait accueillir l'action mais estimer devoir prononcer une résolution totale de la convention, même si seule une résolution partielle lui était demandée. À l'inverse, il pourrait rejeter purement et simplement l'action. C'est cette seconde voie qui fut choisie par les juges du fond dans l'affaire tranchée par l'arrêt précité du 17 octobre 2008 (4520).

Les choses sont cependant plus complexes qu'il n'y paraît. En effet, la question recouvre en réalité trois problèmes qui, quoique étroitement liés, n'en sont pas moins conceptuellement distincts. Le premier est de savoir, en cas de pluralité de créanciers, si un seul peut solliciter la résolution sans l'accord des autres (4521). Il s'agit de la *dimension active* du droit de résolution. Le second est de déterminer si la résolu-

(4519) Sur cette question, cons. également P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, pp. 182 et s.

(4520) Voy. *supra*, n° 480. À notre sens, la Cour de cassation, tout en rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt, n'a pas pris position sur la question du sort qui devait être réservé à l'action lorsque le demandeur sollicite la résolution partielle d'une convention indivisible. Elle a en effet uniquement considéré qu'un contrat multipartite indivisible ne peut être résolu partiellement et que le moyen qui part d'une prémisse contraire manque en droit (point 4). En revanche, il ne nous semble pas qu'on puisse déduire de cette décision que l'action en résolution partielle doive nécessairement être rejetée ou, au contraire, que la résolution totale du contrat doive être prononcée d'office.

(4521) Par souci de simplification, nous n'envisagerons ici que le droit de résolution exercé par la voie d'une action en justice. La solution est toutefois transposable dans les cas où la résolution intervient de manière extrajudiciaire, notamment en vertu d'une clause résolutoire expresse. La question est alors de savoir si, avant de résoudre le contrat, le créancier doit préalablement obtenir l'accord de ses cocréanciers (dimension active) et si la résolution doit être notifiée à tous les débiteurs (dimension passive). Voy. dans le même sens P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, p. 187.

tion peut être demandée contre le(s) seul(s) débiteur(s) en faute ou si l'ensemble des parties doivent nécessairement être mises à la cause. Il s'agit cette fois de la *dimension passive* du droit de résolution. Enfin, le dernier problème est de déterminer si une demande de résolution partielle d'un contrat multipartite indivisible doit être rejetée purement et simplement ou si elle doit plutôt entraîner la résolution totale du contrat. Il s'agit, en d'autres termes, de la *sanction du non-respect de l'indivisibilité du contrat* dans l'exercice du droit de résolution.

II. Pour tenter de démêler cet écheveau, un détour préalable par le *droit comparé* ne paraît pas inutile. Celui-ci révèle en effet que cette problématique est loin de recevoir une solution uniforme.

A. Ainsi, en **droit allemand**, le § 351 du BGB prévoit le principe de l'indivisibilité de l'exercice du droit de résolution, tant dans sa dimension active que passive (4522). Celui-ci ne peut être exercé, à peine d'inefficacité, que *par l'ensemble des créanciers à l'encontre de l'ensemble des débiteurs*. Ainsi, par exemple, si une chose est achetée par deux acheteurs, l'un d'entre eux ne pourra exercer le droit de résolution à l'encontre de leur vendeur commun que si l'autre acheteur décide d'en faire de même. Certes, une telle règle est supplétive de volonté et peut être écartée par un accord contraire même tacite, mais celui-ci ne paraît pas être admis très fréquemment en pratique (4523).

Dans un ordre d'idées voisin, on peut également s'inspirer du **droit international des traités**, et plus précisément du régime des traités multilatéraux qui suscitent des difficultés similaires à celles des contrats multipartites (4524). Or, il résulte de l'article 60.2 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qu'en cas de manquement par un État à un traité multilatéral, il ne peut être mis fin à celui-ci, en tout ou partie, que de *l'accord unanime* des autres parties (point a). La Convention reconnaît également un droit de suspension à la partie spécialement atteinte par la violation (point b), ainsi qu'à toute partie lorsque la violation remet en cause l'équilibre global du traité (point c), mais l'intention des rédacteurs

(4522) « Sind bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen. » En revanche, s'agissant de l'annulation du contrat, les choses sont nettement plus nuancées et controversées : voy. à ce propos W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, o.c., § 31, pp. 564 et s.

(4523) Voy. D. KAISER, o.c., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, § 351, n° 13, p. 707 ; R. GAIER, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 351, n° 6 ; T. LOBINGER, o.c., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, § 351, n° 3, p. 287.

(4524) Pour la même démarche, voy. P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 16, p. 241.

a été d'exclure la possibilité de mettre fin unilatéralement au traité dès lors que « les intérêts des autres parties doivent être pris en considération et le droit de suspension offre normalement une garantie suffisante » (4525). Comme le droit allemand, le droit international des traités se montre donc hostile à la possibilité de mettre fin à l'accord conclu sans que l'ensemble des créanciers n'en aient exprimé la volonté.

B. Des systèmes plus souples sont cependant envisageables. Ainsi, en **droit néerlandais**, l'article 6:279, alinéas 2 et 3, du NBW prévoit ce qui suit (4526) :

« De partij die een verbintenis op zich heeft genomen ter verkrijging van een daartegenover van een of meer der andere partijen bedongen prestatie, kan haar recht op ontbinding gronden op een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis jegens haarzelf.

Schiet een partij met samenhangende rechten en verplichtingen zelf tekort in de nakoming van haar verbintenis, dan kunnen in ieder geval de overige partijen gezamenlijk de overeenkomst ontbinden. »

L'exercice du droit de résolution est donc admis beaucoup plus largement qu'en droit allemand, du moins dans sa dimension active.

Ainsi, en vertu de l'alinéa 2, la résolution peut être demandée par toute partie victime d'une inexécution dès lors qu'elle a elle-même souscrit une obligation en vue d'obtenir cette prestation. Cette formulation large couvre non seulement l'hypothèse d'un contrat symétrique (par exemple le cas où une chose est vendue par un vendeur à deux acheteurs), mais également d'un contrat asymétrique (par exemple le cas d'un échange tripartite (4527) : si A s'engage à céder une chose à B à charge pour celui-ci d'en céder une autre C à charge pour ce dernier d'en céder une troisième à A, et que A n'obtient pas la prestation promise, il pourra demander seul la résolution) (4528). Néanmoins, la déclaration de résolution devra être adressée à toutes les autres par-

(4525) Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, art. 57, point 7), *Ann. C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 278 ; voy. également T. GIEGERICH, « Article 60 », *Vienna Convention on the Law of Treaties* (éd. O. DÖRR et K. SCHMALENBACH), Berlin et Heidelberg, Springer, 2012, pp. 1021 et s., n^{os} 49 et s., pp. 1036 et s.

(4526) Tout comme le § 351 du BGB, cette disposition est également supplétive de volonté (voy. M.M. OLTHOF, « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 4^e éd., Deventer, Kluwer, 2007, pp. 1013 et s., point 1, c), p. 1014).

(4527) M.M. OLTHOF, « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht, o.c.*, point 3, a), p. 1014.

(4528) Pour une typologie des contrats multipartites, voy. I. SAMOY, « La dissolution des contrats multipartites. Vers une reconnaissance générale de la résolution partielle temporelle, matérielle et personnelle, grâce au critère de l'(in)divisibilité et fondée sur la fonction modératrice de la bonne foi », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 195 et s., n^{os} 9 et s., pp. 200 et s.

ties (4529). Dans sa dimension passive, le droit de résolution demeure donc indivisible.

Quant à l'alinéa 3, il prévoit que lorsque la partie qui a souscrit une obligation en vue d'obtenir une prestation manque à son propre engagement, la résolution peut en tout cas être demandée conjointement par les autres parties à son encontre. La disposition peut présenter un intérêt notamment en cas de stipulation pour autrui (4530), où le bénéficiaire, n'ayant souscrit aucun engagement, ne pourrait agir en résolution sur la base de l'alinéa 2 en cas de manquement du promettant ; celui-ci pourra néanmoins entraîner la résolution du contrat, en vertu de l'alinéa 3, à la demande conjointe du bénéficiaire et du stipulant. En ce cas, le droit de résolution devient donc indivisible dans sa dimension active. Toutefois, cette règle n'est prévue que comme un filet de sécurité (« *in ieder geval* »). En effet, outre le cas visé à l'alinéa 2, la résolution pourrait également n'être demandée que par les parties intéressées en cas de résolution partielle (4531).

III. Qu'en est-il de ces questions en **droits belge et français** ?

Une première tendance consiste à aborder le problème sous l'angle des *règles de la copropriété*.

On sait, à cet égard, que si chaque copropriétaire « fait valablement les actes purement conservatoires et les actes d'administration provisoire » (article 577-2, § 5, alinéa 2, du Code civil), en revanche, « [n]e sont valables que moyennant le concours de tous les copropriétaires les autres actes d'administration et les actes de disposition » (article 577-2, § 6) (4532).

Le régime de la copropriété ordinaire paraît donc impliquer qu'en règle, l'exercice des droits découlant d'un bail portant sur un bien indivis requiert l'accord unanime des copropriétaires bailleurs (4533).

(4529) M.M. OLTHOF, « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht, o.c.*, point 3, c), p. 1014.

(4530) En effet, en cas d'acceptation de la stipulation, le bénéficiaire devient partie au contrat (art. 6:254, alinéa 1^{er} ; voy. également M.M. OLTHOF, « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht, o.c.*, point 1, b), p. 1013).

(4531) M.M. OLTHOF, « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht, o.c.*, point 4, b), p. 1014.

(4532) Cette disposition ajoute que « [n]éanmoins, l'un des copropriétaires peut contraindre les autres à participer aux actes d'administration reconnus nécessaires par le juge ». Comp. art. 815-2 et s. du Code civil français.

(4533) Voy., en ce sens, le rapport de la Commission permanente de la Justice et Législation civile et criminelle sur le projet de loi révisant et complétant les dispositions du Code civil relatives à la copropriété, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 1923-1924, n° 113, p. 4 (l'indivisaire agissant seul « ne peut ni donner à bail, ni donner congé de bail ») ; Cass., 28 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 86 (opposition à une cession de bail à ferme formée contre un preneur, copropriétaire du bailleur opposant ; l'action est cependant admise aux motifs qu'il s'agit d'un acte d'administration nécessaire au sens de l'article 577-2, § 6, 2^e phrase ; comp. Cass.

Ainsi, dans un contrat multipartite portant sur un bien indivis, l'action en résolution de ce contrat ne pourrait être introduite que de l'accord de l'ensemble des copropriétaires ou, à tout le moins, en mettant l'ensemble de ceux-ci à la cause, pour autant en ce cas que la résolution soit considérée comme nécessaire par le juge.

Un tel raisonnement fondé sur le régime de la copropriété n'est cependant pas à l'abri de la critique (4534).

En effet, on observera qu'il n'apporte pas de solution globale au problème de la résolution des contrats multipartites. En effet, ceux-ci peuvent parfaitement présenter un caractère indivisible sans pour autant porter sur un bien indivis. Il apparaît dès lors réducteur d'élaborer un régime de la dissolution des contrats multipartites en se fondant uniquement sur cette hypothèse particulière.

Plus fondamentalement, cette approche apparaît difficilement conciliable avec un autre principe du droit de la copropriété en vertu duquel « le seul objet de [la disposition de l'article 577-2, § 6, du Code civil] est de régir les rapports existant entre plusieurs personnes propriétaires indivis ; [...] elle est étrangère aux rapports entre ces personnes et des tiers, rapports qui demeurent régis par le droit commun » (4535). Dès lors, l'acte accompli par un copropriétaire seul – telle la vente de la chose indivise ou la conclusion d'un bail sur celle-ci – n'est pas nul en soi, mais simplement inopposable à ses co-indivisaires (4536). Pour le même motif, un propriétaire peut agir en

fr., 24 juin 2009, *Bull.*, 2009, III, n° 157, qui résout le problème de l'absence d'accord du preneur en décidant que « la confusion des droits locatifs et de propriété éteint le droit au bail sur les parcelles dont le preneur devient propriétaire » ; Cass., 9 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1158 (demande en réduction de la durée du bail ; la décision, qui rapproche expressément la réduction de la résiliation du bail, se fonde certes sur son « caractère indivisible », mais casse l'arrêt attaqué pour violation de l'article 577-2, § 6, du Code civil, ce qui montre bien qu'elle aborde plutôt le problème sous l'angle des règles de la copropriété) ; Cass., 12 septembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 45 (opposition par l'un des cobailleurs à une demande de renouvellement d'un bail commercial aux conditions proposées par le preneur ; en ce cas, le juge de paix est compétent pour autoriser cette opposition en tant qu'acte d'administration nécessaire mais non pour décider du contenu de la réponse signifiée au preneur, les conditions du bail renouvelé devant être fixées par la procédure prévues aux articles 14, 18 et 19 de la loi sur les baux commerciaux) ; Cass., 17 mai 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 627 (congé donné par un seul des bailleurs) ; P. JADOU et M. VLIÉS, « Le droit commun du bail », *Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 5 et s., spéc. pp. 68 et s. ; Y. MERCHERS, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VIII, L. I, n° 59, p. 128.

(4534) Voy., dans le même sens, P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, p. 184.

(4535) Voy. Cass., 28 juin 2013, *Pas.*, 2013, n°404, point 3, A.C., 2013, n°404, avec les conclusions de M. l'avocat général VAN INGELGEM ; Cass., 10 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 77 ; Cass., 4 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 443 ; voy. également Cass., 13 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 272.

(4536) Voy. Cass., 28 juin 2013, *Pas.*, 2013, n°404, point 3, A.C., 2013, n°404, avec les conclusions de M. l'avocat général VAN INGELGEM ; J. HANSENNE, *Les biens*, tome II, *o.c.*,

revendication à l'encontre d'un seul des possesseurs de sa chose sans être tenu de mettre l'ensemble de ceux-ci à la cause, la seule conséquence de cette abstention étant que le jugement n'aura pas autorité de la chose jugée à l'égard des parties non appelées (4537). Or, en rejetant l'action en résolution introduite contre le preneur par un seul des bailleurs aux motifs qu'il n'a pas obtenu le consentement de ses co-indivisaires, n'est-on pas précisément en train de donner effet à la règle de l'unanimité dans les rapports avec les tiers ? (4538) Il semblerait plus conforme au régime de la copropriété que la résolution puisse être prononcée mais demeure simplement inopposable aux créanciers qui ne l'ont pas demandée (4539).

IV. Si le droit des biens apparaît donc incapable d'apporter une solution satisfaisante à la question de l'exercice du droit de résolution dans les contrats multipartites, une autre approche peut alors consister à se tourner vers les règles du *droit des contrats*. Celui-ci paraît en effet être de nature à apporter une réponse plus générale qui dépasse le cas où un bien indivis est en cause (par exemple, dans le cas d'un contrat de consortium) (4540).

À cet égard, le Code civil édicte certaines règles particulières relatives aux *obligations indivisibles*.

Ainsi, l'article 1222 prévoit que « [c]hacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement ». Par conséquent, l'inexécution de cette obligation par l'un des débiteurs est imputable à l'ensemble de ceux-ci (4541). Inversement, « [c]haque

n° 861, p. 863 ; P. JADOUX et M. VLIÉS, *o.c.*, *Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, p. 70 ; Y. MERCHERS, *o.c.*, *Rép. not.*, tome VIII, L. I, n° 59, p. 127 ; V. SAGAERT, « Huur en goederenrecht », *Handboek algemeen huurrecht*, Brugge, die Keure, 2006, pp. 48 et s., n° 145, p. 55.

(4537) Voy. Cass., 10 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 77.

(4538) C'est dès lors à juste titre que le Conseil d'État considère « que l'article 577-2, §§ 5 et 6, du Code civil, invoqué par la partie adverse, règle les actes d'administration et de disposition relatifs à la chose commune, mais non la capacité et la qualité des copropriétaires à agir en annulation devant le Conseil d'État contre une décision d'une autorité administrative concernant des biens communs » (C.E., 2 février 2011, *Stoclet*, n° 210.958, p. 22).

(4539) Pour une observation similaire, voy. les conclusions de M. l'avocat général VAN INGELGEM avant Cass., 28 juin 2013, *A.C.*, 2013, n° 404, point 8.

(4540) La question paraît en revanche étrangère aux règles du droit judiciaire et, en particulier, à la notion de litige indivisible au sens de l'article 31 du Code judiciaire. Celle-ci ne concerne en effet pas les conditions auxquelles l'action en justice doit être introduite, mais seulement l'exercice des voies de recours (voy. le Rapport VAN REEPINGHEN, *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 1963-1964, n° 60, p. 32).

(4541) Arg. art. 1232 *initio* (« Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur [...] ») ; voy. également M. BACACHE, « Indivisibilité », *Rép. civ. Dalloz*,

héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible » (article 1224, alinéa 1^{er}) (4542).

Lues sans idée préconçue, ces dispositions paraissent attribuer à l'indivisibilité de l'obligation un *renforcement* des prérogatives individuelles du créancier. En effet, en présence d'une obligation indivisible, chaque créancier est habilité à en réclamer l'exécution totale, alors que si l'obligation était divisible, il n'aurait pu en exiger le paiement que pour sa part.

La jurisprudence s'est cependant engagée dans une tout autre voie et semble au contraire animée par le souci que le sort d'une obligation indivisible ne puisse être affecté que par une décision unanime des créanciers.

A. Ainsi, **en Belgique**, s'est posée la question de savoir si le concours de tous les bailleurs était nécessaire pour donner congé au preneur. Un pourvoi en cassation soutenait à cet égard qu'à l'obligation indivisible des bailleurs de fournir la jouissance des lieux correspondait l'obligation indivisible de restitution des lieux par le preneur et que, par conséquent, le droit de donner congé était également indivisible, de sorte qu'il pouvait être donné par chaque bailleur sans le concours des autres. Ce raisonnement, pourtant séduisant, fut rejeté par la Cour cassation qui a considéré « qu'aucun des textes légaux visés au moyen [parmi lesquels les articles 1222 à 1224 du Code civil] ne dispose qu'à l'indivisibilité de l'engagement des bailleurs doit nécessairement correspondre le droit pour chacun d'eux de résilier la convention intervenue ; Que l'indivisibilité passive créée entre les bailleurs, en ce qui concerne leur obligation de procurer la jouissance des biens, n'implique point que chacun d'eux, ou plusieurs d'entre eux, aient le droit de mettre fin à la convention intervenue » (4543).

De manière plus explicite encore, on relèvera qu'à côté des décisions précitées qui font application des règles de la copropriété (4544), un autre courant de jurisprudence aborde le problème en se fondant sur la nature indivisible du bail. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'« en ce qui concerne le preneur, la nature indivisible du bail commercial s'oppose à ce qu'un copropriétaire demande valablement la rupture du bail, sans appeler les autres copropriétaires à la

o.c., n° 32, p. 6 (« L'inexécution de l'obligation par l'un des débiteurs ou héritiers suffit à justifier la résolution du contrat à l'égard de tous. »).

(4542) L'article 1225 prévoit toutefois à cet égard que « [l]héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers ».

(4543) Cass., 23 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 92.

(4544) *Voy. supra*, III.

cause » (4545). De façon plus générale, la Cour a récemment décidé que la nature indivisible du bail « implique uniquement que, lorsqu'un contrat de location est conclu par plusieurs preneurs ou bailleurs, les droits indivisibles résultant de ce contrat de location doivent être exercés ensemble par ces preneurs ou bailleurs à peine de non-validité de l'acte accompli » (4546). Tout en écartant l'application de l'article 577-2, § 6, du Code civil dans les rapports avec les tiers, la jurisprudence aboutit donc au même résultat par le détour de la notion de contrat indivisible (4547).

Les droits indivisibles découlant d'un bail conclu par plusieurs bailleurs, tels que le droit de donner congé, d'agir en résolution ou en nullité (4548) ou encore celui d'accorder son renouvellement (4549), ne peuvent donc être exercés à peine d'invalidité – c'est-à-dire, dans le cas d'une action en justice, à peine d'irrecevabilité – qu'avec l'accord de tous les cobailleurs, lesquels doivent le cas échéant être appelés à la cause. Tout au plus faut-il réserver le cas où l'un des créanciers commettrait un abus de droit en refusant indûment d'agir en résolution (4550). À l'inverse, si le contrat est divisible, chacun des créanciers peut en demander la résolution partielle pour ce qui le concerne (4551). Enfin, bien que la jurisprudence précitée ne se

(4545) Cass., 13 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 272 ; voy. également Cass., 6 juillet 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 285 ; J. HANSENNE, *Les biens*, tome II, *o.c.*, n° 861, p. 865. La décision de fond soumise à la censure de la Cour de cassation dans son arrêt précité du 17 octobre 2008 s'inscrit dans la même tendance (voy. *supra*, n° 480).

(4546) Cass., 28 juin 2013, *Pas.*, 2013, n° 404, point 5, *A.C.*, 2013, n° 404, point 5, avec les conclusions de M. l'avocat général VAN INGELGEM. L'arrêt précise qu'en revanche, « [l]orsque plusieurs copropriétaires concluent *séparément*, avec un même tiers, un contrat de location relatif à un bien indivis, ces différents contrats de location sont valables et le preneur est, en principe, tenu de respecter chacun de ces contrats » (nous soulignons).

(4547) V. SAGAERT, *o.c.*, *Handboek algemeen huurrecht*, n° 148, p. 56.

(4548) Conclusions précitées de M. l'avocat général VAN INGELGEM, point 8 ; N. CARETTE et J. DE WEGGHELEIRE, « Knelpunten huur en goederenrecht », *Knelpunten huurrecht – Tien perspectieven*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 143 et s., n° 13, p. 150 ; V. SAGAERT, *o.c.*, *Handboek algemeen huurrecht*, n° 146, p. 55. – S'agissant de la nullité, il faut cependant réserver la question de l'office du juge, dont on pourrait à notre sens envisager qu'il élève d'office la nullité d'un contrat indivisible invoqué à l'appui d'une demande portée devant lui même si toutes les parties concernées ne sont pas à la cause (voy. à ce propos *supra*, n° 250, II).

(4549) Cass., 26 avril 2000, *Pas.*, 2000, n° 229 ; Cass., 16 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 183.

(4550) Comp. art. 577-2, § 6, 2^e phrase, du Code civil ; dans le même sens, P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, p. 188 ; I. SAMOY, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 43 et s., pp. 215 et s. ; S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, *o.c.*, *Meerpartijenovereenkomsten*, n° 11, p. 120. – Sans cette soupape de sécurité, l'exigence d'unanimité pourrait d'ailleurs constituer une restriction injustifiée au droit d'accès à un juge : voy. en ce sens C.E.D.H., 14 décembre 2006, *Lupas et autres C. Roumanie*, n° 1434/02, § 75.

(4551) Comp. en ce sens Cass., 7 février 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 601 (« que l'action en annulation d'un testament est divisible, en ce sens qu'il appartient à chacun de ceux qui y

prononce expressément sur l'exercice du droit de résolution que dans sa dimension active, on peut raisonnablement supposer que son fondement – à savoir l'indivisibilité du contrat – commande, réciproquement, que les droits affectant l'existence d'un contrat indivisible soient exercés à l'encontre de l'ensemble des débiteurs (4552). L'ensemble des parties concernées devraient donc être mises à la cause (4553).

En réalité, cette jurisprudence prétorienne implique *un double glissement* par rapport aux solutions consacrées aux articles 1222 et suivants.

Glissement, d'une part, de l'obligation au contrat (4554). Cela se comprend. En effet, le régime de l'obligation indivisible devient malaisé à manier lorsqu'on envisage l'exercice d'une prérogative du créancier, telle que le congé ou la résolution, qui, en mettant fin au contrat, éteint non seulement l'obligation indivisible, mais donne en outre généralement naissance à une obligation (également indivisible) de restitution. Ainsi, pour reprendre l'exemple du bail, il est certes vrai que la créance des bailleurs au paiement du loyer est divisible, mais si le bail est résolu en raison d'un défaut de paiement, le preneur sera tenu d'une obligation indivisible de restituer les lieux loués, de sorte que la tentation est grande de reconnaître, en quelque sorte par contagion, un caractère indivisible au droit de mettre fin au bail (4555).

Glissement, d'autre part, d'une indivisibilité accordant aux créanciers le droit de demander individuellement l'exécution totale de l'obligation, et donc un accroissement de leurs prérogatives individuelles, à une indivisibilité leur imposant d'agir ensemble. Ainsi, le souci pratique de traiter de manière globale une situation juridique complexe finit par l'emporter sur les principes édictés par le Code (4556).

ont intérêt, héritiers ou légataires en vertu d'un testament antérieur, d'apprécier s'il y a lieu de l'intenter, sans avoir égard à l'existence d'autres intéressés demeurant inactifs, et que l'action ne peut profiter aux demandeurs qu'à concurrence de leurs droits dans la succession du testateur »).

(4552) Voy. en ce sens le sommaire de Cass., 8 juillet 1954, *Pas.*, 1954, I, p. 985, selon lequel, en cas de pluralité de bailleurs et hors le cas d'un mandat, la demande de renouvellement d'un bail commercial doit être adressée à l'ensemble de ceux-ci. On notera cependant que cet enseignement ne ressort pas directement de l'arrêt, celui-ci se prononçant exclusivement sur la régularité de la motivation et rejetant pour le surplus les griefs formulés comme étant irrecevables à défaut d'intérêt.

(4553) P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, p. 186.

(4554) Voy. déjà la référence à la nature indivisible du bail dans les décisions citées *supra*, III ; comp. également l'arrêt du 27 février 1959 analysé *supra*, n° 308.

(4555) Comp., dans le même sens, P.A. FORIERS, *o.c.*, *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, pp. 183 et s.

(4556) Comp. également les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT avant Cass., 20 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 476, qui considère qu'une cession de créance n'emporte cession à titre d'accessoire du droit de résolution au créancier cessionnaire (voy. à

B. Un mouvement similaire est perceptible en France.

Ainsi, en présence d'un contrat indivisible, l'un des créanciers ne peut agir en résolution (4557) ni donner congé (4558) sans l'accord des autres.

Par ailleurs, partant du principe que l'obligation indivisible n'est pas susceptible d'exécution partielle (4559), la jurisprudence a déduit de la simple faculté pour chaque créancier de réclamer le paiement total de l'obligation indivisible (article 1224 du Code civil) une véritable interdiction de se limiter à demander l'exécution partielle. Transposé dans le domaine de la résolution, ce raisonnement permet de justifier le rejet de l'action d'un des créanciers qui s'est borné à demander la résolution partielle de la convention.

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation de France du 5 avril 2006 (4560). Dans cette affaire, un terrain donné en bail à ferme avait été partagé entre les deux enfants des bailleurs après le décès de ceux-ci. L'un des deux enfants avait assigné le preneur en résolution pour non-paiement des fermages et les juges d'appel avaient fait droit à cette demande en précisant que la résolution ne valait que pour les parcelles dont le demandeur était propriétaire. Cet arrêt fut cassé dès lors que « le partage consécutif aux décès des bailleurs n'avait pas eu pour effet de rendre le bail à ferme divisible ». Certes, ce motif lapidaire permet d'hésiter sur les raisons qui ont entraîné la cassation : la cour d'appel est-elle censurée pour ne pas avoir prononcé une résolution totale, ou plutôt pour avoir accueilli la demande en résolution partielle ? Le sommaire de l'arrêt publié au *Bulletin* dissipe cependant l'équivoque, puisqu'il énonce que « [L]e fait que des parcelles, objet d'un bail unique, soient partagées entre les héritiers à la suite du décès du bailleur, ne rend pas le bail à ferme divisible et le nouveau propriétaire d'une partie seulement des parcelles ne peut seul

ce propos *infra*, n° 492) qu'à la condition que la totalité de la créance lui soit cédée et que le créancier cédant ne conserve donc plus aucun droit envers le débiteur cédé. En effet, à défaut, « le morcellement de l'action résolutoire au profit conjoint des créanciers cédant et cédé créerait inévitablement un conflit insoluble, l'un pouvant souhaiter la résolution du contrat pour inexécution de sa propre créance, l'autre s'y opposant en raison de la parfaite exécution de la sienne ».

(4557) Voy. en ce sens Cass. fr., 22 mars 2012, n° 09-72.792 (qui réserve le cas où l'action vise à obtenir la réparation d'un préjudice personnel au créancier).

(4558) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, o.c., n° 1242, p. 711.

(4559) Arg. art. 1218 *in fine*.

(4560) Cass. fr., 5 avril 2006, *Bull.*, 2006, III, n° 95, *A.J.D.I.*, 2006, p. 748, note S. PRIGENT, « Le bail à ferme est indivisible ».

en demander la résiliation » (4561). Ici également, le passage de l'obligation indivisible au contrat indivisible est nettement perceptible.

V. *En résumé*, la jurisprudence belge a donc consacré le caractère indivisible du droit de résolution, tant dans sa dimension active que passive, lorsque le contrat multipartite présente lui-même un caractère indivisible. L'action doit donc en principe être introduite par l'ensemble des créanciers à l'encontre de l'ensemble des débiteurs.

Reste alors la question de savoir ce qu'il advient lorsque l'un des créanciers, se méprenant sur le caractère indivisible du contrat, *se borne à solliciter sa résolution partielle*, sans avoir donc mis ses cocréanciers à la cause ni *a fortiori* sollicité leur concours, ou sans avoir agi à l'encontre de l'ensemble des débiteurs. Dans la rigueur des principes qui viennent d'être exposés, sa demande devrait théoriquement être purement et simplement rejetée (4562).

Sur ce dernier point, le raisonnement nous paraît toutefois faire preuve d'une rigueur excessive, ainsi qu'en témoignent les solutions que le Code a lui-même consacrées à propos de la résolution du contrat de vente par l'exercice du réméré (4563).

En effet, « [s]i plusieurs ont vendu conjointement et par un seul contrat un héritage commun entre eux, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part qu'il y avait » (article 1668). Néanmoins, « l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs [...] soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier ; et, s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande » (article 1670). Ces dispositions, inspirées de Pothier, s'expliquent par l'idée que, bien que l'obligation de livrer un fonds de terre soit en soi divisible juridiquement (chacun des copropriétaires s'engageant à

(4561) Voy. également M. BACACHE, « Indivisibilité », *Rép. civ. Dalloz, o.c.*, n° 30, p. 6, et la note précitée de S. PRIGENT ; dans le même sens, voy. Cass. fr., 1^{er} juin 2011, n° 10-17.633, *A.J.D.I.*, 2012, p. 37, note V. ZALEWSKI, « Indivisibilité du bien loué et congé pour reprise » (impossibilité pour l'un des bailleurs de donner congé uniquement pour le lot dont il est propriétaire) ; Cass. fr., 19 octobre 1983, *Bull.*, 1983, III, n° 191 (en cas de pluralité de bailleurs, certains d'entre eux sont irrecevables à demander la révision des fermages pour les seules parcelles dont ils sont tributaires). Dans certains arrêts, la jurisprudence admet cependant que le congé donné six mois avant le terme du bail commercial afin de s'opposer à sa prolongation tacite soit notifié par un seul des bailleurs en ce qui concerne les parcelles dont il est seul propriétaire, « l'indivisibilité du bail cessant à son expiration » (voy. ainsi Cass. fr., 11 juillet 2007, *Bull.*, 2007, III, n° 132 ; Cass. fr., 12 janvier 2005, *Bull.*, 2005, III, n° 5 ; comp. en revanche Cass., 17 mai 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 627).

(4562) Comp., **en droit allemand**, le cas où une partie notifie l'annulation partielle d'un contrat indivisible : une telle notification est dépourvue d'effets (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *o.c.*, § 31, p. 562).

(4563) Voy. les articles 1668 à 1672 du Code civil. Ces dispositions sont également applicables à l'exercice de l'action en rescision pour lésion énorme (voy. l'article 1685 du Code civil).

livrer sa part indivise) (4564), elle est néanmoins indivisible *in solutione*, en ce sens que l'acheteur ne peut se trouver incommodé par l'exercice partiel du réméré, n'ayant acheté l'héritage que pour l'avoir en entier (4565). Ces dispositions aboutissent donc à empêcher l'un des vendeurs-créanciers de provoquer seul la résolution partielle de la vente lorsque l'acheteur s'y oppose. La solution est toutefois moins radicale qu'un rejet pur et simple de l'action en réméré partiel, puisque le demandeur se voit au moins accorder une chance de se concilier avec ses cocréanciers.

Certes, les solutions édictées par le Code apparaissent aujourd'hui fort subtiles, la doctrine contemporaine s'étant efforcée de simplifier la matière en reconnaissant une seule catégorie d'obligations indivisibles, qui incluent l'obligation de livrer une chose certaine, sans plus distinguer entre les différentes formes d'indivisibilité (4566). Il nous semble néanmoins que la solution de l'article 1670 pourrait être généralisée à tous les cas où le créancier sollicite la résolution partielle d'un contrat en réalité indivisible en ayant négligé d'appeler ses cocréanciers à la cause ou de diriger son action contre tous les débiteurs, et ce, spécialement lorsque l'obligation, quoique matériellement indivisible, pourrait néanmoins être divisée juridiquement (4567). Dans un tel cas de figure, si le débiteur assigné ne se prévaut pas de l'indivisibilité, il apparaît en effet excessif de rejeter d'emblée la demande en résolution partielle, alors qu'elle serait juridiquement possible et aboutirait simplement à une restitution partielle de la chose. Par ailleurs, si le débiteur objecte à la demande le caractère indivisible de l'obligation, il resterait une possibilité pour le demandeur de convaincre ses cocréanciers de se rallier à son action et, le cas échéant, d'étendre son action aux autres codébiteurs.

Au demeurant, cette solution nuancée peut également se réclamer de la conception moderne de l'office du juge. En effet, on sait que le juge est désormais tenu d'appliquer d'office, tout en respectant les

(4564) On en trouve d'ailleurs la confirmation à l'article 1672, alinéa 1^{er}, qui prévoit que « [S]i l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, dans le cas où elle est encore indivise, et dans celui où la chose vendue a été partagée entre eux ».

(4565) Voy. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 397, pp. 246 et s. ; voy. également R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 316, p. 304.

(4566) Voy. ainsi H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n° 299, p. 302 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, Les obligations*, tome 2, o.c., n° 1262, pp. 1850 et s.

(4567) En faveur d'une application analogique à l'action rédhibitoire, G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, o.c., n° 440, p. 463 ; à l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, *ibid.*, n°s 543 et s., pp. 576 et s.

droits de la défense, les règles de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions (4568). La circonstance que le demandeur se soit mépris sur le caractère indivisible du contrat ne devrait donc pas, *a priori*, empêcher le juge de rectifier les règles applicables. Par conséquent, il nous semble qu'avant de rejeter d'office la demande en résolution partielle, le juge devrait rouvrir les débats en attirant l'attention du créancier sur le caractère indivisible du contrat. Pour autant qu'une demande en intervention soit encore recevable à ce stade de la procédure, le demandeur pourra alors inviter ses cocréanciers à intervenir dans la procédure de manière à solliciter conjointement la résolution totale du contrat, s'ils le jugent opportun, et d'étendre, le cas échéant, l'action aux autres codébiteurs.

3. – *Étendue matérielle de la résolution – Groupes d'obligations séparables*

482. Objections possibles. Plus controversée est la question de savoir si, dans un contrat bipartite, l'inexécution partielle de la convention pourrait donner lieu à une résolution partielle de celle-ci, limitée aux obligations inexécutées et à celles qui en forment la contrepartie. À l'encontre de cette possibilité, divers arguments ont été avancés (4569).

I. Tout d'abord, on souligne que *le texte de l'article 1184* ne permet pas au créancier de solliciter la résolution partielle du contrat (4570). Dès lors, en cas d'inexécution partielle, le créancier ne pourrait obtenir que la résolution totale de la convention si l'obligation inexécutée était déterminante de son consentement ou devrait, à défaut, se contenter de dommages-intérêts avec maintien du contrat (4571).

Cet argument de texte ne nous paraît toutefois pas déterminant. Le législateur a en effet laissé le régime de la résolution pour inexécution largement inorganisé, ce qui a contraint la doctrine et la jurisprudence à en préciser les contours. En admettant la

(4568) Voy. *supra*, n° 249.

(4569) Contre la résolution partielle, voy. également L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 11, p. 232.

(4570) P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 30, p. 690.

(4571) P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 880, p. 463.

possibilité d'une résolution partielle, celles-ci ne témoigneraient pas d'une audace plus grande que celle dont elles ont déjà fait preuve en modulant, par exemple, l'effet rétroactif de la résolution dans les contrats successifs (4572).

II. On objecte également à la possibilité d'une résolution partielle qu'elle *permettrait d'obtenir à la fois la résolution et l'exécution forcée* de la convention, alors que l'article 1184 impose de choisir entre ces deux sanctions (4573). Une autre manière de présenter l'argument consiste à dire que la résolution, qui tend à la destruction du contrat, serait incompatible avec le maintien, même partiel, de celui-ci (4574).

On répondra que la résolution partielle implique, non un cumul de ces deux sanctions, mais une application distributive de celles-ci, chaque partie du contrat n'étant soumise qu'à une seule de ces deux sanctions à la fois, de la même manière que la nullité partielle ne signifie pas qu'une même partie du contrat soit à la fois nulle et valable.

III. Un autre argument consiste à soutenir que la résolution partielle impliquerait en réalité une *révision du contrat*, ce qui excéderait les pouvoirs du juge (4575).

La critique est sérieuse, mais elle procède cependant d'une conception trop restrictive des pouvoirs du juge. Nous avons vu, en effet, que pour autant que l'accord demeure soutenu par la volonté des parties, le juge a le pouvoir de retrancher de celui-ci les clauses entachées d'un vice, ce qui aboutit *de facto* à une réécriture au moins partielle de la convention (4576). Si la nullité partielle lui permet ainsi, dans une certaine mesure, d'aménager les engagements des parties, on ne voit pas pourquoi il ne dispose-

(4572) Voy. à ce propos *supra*, n^{os} 428 et s. Sur la faiblesse de l'argument textuel, comp. d'ailleurs C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^o 246, p. 149, pourtant adversaire de la résolution partielle.

(4573) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n^o 484, p. 545 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^o 244, p. 148 ; C. RIGALLE-DUMETZ, o.c., *Droit des contrats*, n^o 9, p. 131 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 204, p. 294.

(4574) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^o 685-21, p. 663.

(4575) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^{os} 800 et s., pp. 571 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^{os} 208 et s., pp. 125 et s.

(4576) Voy. *supra*, n^o 313. L'application des théories de la lésion qualifiée (consacrée par Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n^o 605, point 2) et de l'abus de droit (voy. par ex. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n^o 603) aboutissent également, d'une certaine manière, à une réécriture du contrat.

rait pas du même pouvoir dans le cas de la résolution partielle. En effet, ce qui est interdit au juge, c'est de modifier directement le contrat au nom de l'équité (4577), mais non d'en corriger la portée en vertu d'une règle de droit.

IV. On avance aussi que la *gravité du manquement* justifiant la résolution exclurait que le contrat puisse être partiellement maintenu (4578). À tout le moins, on fait valoir que « le domaine de la résolution partielle est très réduit, puisqu'il est délimité par l'inexécution partielle grave source de résolution totale, et l'inexécution partielle minime qui n'appelle aucune sanction » (4579). À l'inverse, on craint parfois que la résolution partielle finisse par supplanter entièrement la résolution ordinaire sauf dans les cas d'inexécution totale (4580).

Ces opinions nous paraissent cependant conférer à la gravité du manquement une portée qu'elle n'a pas. Des études approfondies ont en effet montré que la gravité du manquement ne s'inscrit pas dans une logique du « tout ou rien ». Pour décider s'il y a lieu de prononcer la résolution du contrat, le juge doit plutôt vérifier si celui-ci continue à présenter une utilité économique suffisante pour le créancier nonobstant son inexécution (4581). En d'autres termes, le juge apprécie si le choix de la résolution n'est pas abusif au regard d'un critère de proportionnalité (4582). Or, cette approche nuancée n'impose pas de considérer qu'un manquement du débiteur doit nécessairement entraîner, soit la suppression totale du contrat, soit à l'inverse son maintien intégral. Au contraire, si le juge constate que le manquement fait perdre son utilité à une partie du contrat sans pour autant priver le reste du contrat de tout intérêt pour le créancier (4583), et que la partie inexécutée peut

(4577) Cass., 7 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 452.

(4578) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 481, p. 542 ; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 808, p. 576.

(4579) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 113, p. 66. Cet auteur souligne également l'incertitude du critère de la gravité du manquement, mais ce reproche pourrait tout aussi bien valoir à l'encontre de la résolution totale.

(4580) T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 803, p. 573.

(4581) Voy., sur ce point, S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 182, pp. 263 et s.

(4582) S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 183, p. 265 et s.

(4583) Voy. dans le même sens, **en droit allemand**, le § 323, alinéa 5, 1^{re} phrase, du BGB (« Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat »).

être séparée du reste du contrat, alors rien ne paraît s'opposer à ce qu'il considère que le manquement commis, quoiqu'insuffisant pour prononcer la résolution totale, présente néanmoins une gravité suffisante pour justifier une résolution partielle de la convention (4584). À cet égard, la circonstance que la résolution totale soit parfois mieux à même de garantir l'utilité du contrat (4585) n'est pas pertinente : le choix entre résolution totale et résolution partielle demeurera toujours fonction des circonstances concrètes de la cause.

V. On fait encore valoir que la résolution partielle ne pourrait être accordée lorsque seule la résolution totale a été sollicitée, à peine de statuer *ultra petita* (4586).

Cette conclusion ne nous paraît toutefois pas inéluctable dès lors que le juge se borne en réalité à statuer sur l'objet de la demande (soit la résolution du contrat) en ne faisant que partiellement droit à celle-ci (4587).

VI. Enfin, on s'appuie parfois sur *les articles 1220 et 1244 du Code civil* qui excluent la possibilité d'un paiement partiel même en présence d'une obligation divisible (4588).

L'exclusion d'un paiement partiel et la possibilité d'une résolution partielle se situent toutefois sur deux plans différents, la première constituant une interdiction, la seconde une sanction. Or, ce n'est pas parce qu'une règle impose au débiteur d'exécuter son obligation en totalité sans être autorisé à la fractionner qu'il se justifie nécessairement, en cas d'exécution partielle, de lui faire perdre le bénéfice de la totalité du contrat, lorsqu'il est divisible.

(4584) C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 26, pp. 170 et s.

(4585) Comme s'attache à le démontrer C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 163, p. 94.

(4586) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 202, p. 120.

(4587) Comme l'admet d'ailleurs elle-même C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 204, p. 121. En faveur de la possibilité pour le juge de faire partiellement droit à une demande sans violer l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, voy. Cass., 16 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 667, *A.C.*, 2009, n° 667, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER ; Cass., 14 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 559 ; Cass., 7 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 306. – En revanche, prononcer la résolution du contrat lorsque seule son exécution forcée a été sollicitée, mais que celle-ci s'avère abusive, nous paraît plus problématique, compte tenu de la différence de nature entre ces deux sanctions : voy. *supra*, n° 420, II.

(4588) Voy., en ce sens, Cass. fr., 16 avril 1986, *Bull.*, 1986, III, n° 45 ; voy. également C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 6, p. 159 et I. SAMOY et A. MAES, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 17, p. 194 (ces auteurs admettent cependant la résolution partielle).

La sanction obéit en effet à des impératifs différents et en particulier à des exigences de proportionnalité (4589).

VII. Au demeurant, certains auteurs hostiles à la résolution partielle admettent qu'elle puisse être prononcée en présence d'une *clause explicite de divisibilité* (4590). La solution se justifie parfaitement dès lors que l'article 1184 ne touche pas à l'ordre public (4591). Toutefois, on n'aperçoit pas pour quel motif la résolution partielle ne pourrait pas dès lors être également admise lorsque la divisibilité du contrat est conforme à la volonté tacite des parties, qui pourra notamment se déduire de l'économie de la convention (4592).

Ces objections ayant été réfutées, d'autres arguments peuvent être avancés en vue de justifier cette fois positivement l'admission de la résolution partielle en droit positif.

483. Premier argument – Droit comparé et droit international. Tout d'abord, le droit comparé et le droit international montrent que la résolution partielle est largement admise dans d'autres ordres juridiques. Ce succès laisse supposer que l'institution répond à un certain besoin de la pratique.

Tel est ainsi le cas **en droit allemand**. Le § 323, alinéa 5, du BGB distingue à cet égard deux hypothèses, à savoir le cas où un paiement partiel a été effectué et celui où le débiteur n'a pas effectué un paiement conforme aux stipulations contractuelles (4593). Dans le

(4589) Voy., en ce sens, le **droit allemand** où l'interdiction du paiement partiel (§ 266 du BGB) n'exclut pas pour autant la possibilité d'une résolution partielle (§ 323, alinéa 5, du BGB). Tout au plus existe-t-il une controverse sur le point de savoir si le créancier qui accepte un paiement partiel renonce de ce fait à demander la résolution totale de la convention (voy. à ce propos W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n° 206).

(4590) P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 30, p. 690 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 482, p. 544 ; voy. également C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *o.c.*, n° 532, p. 323.

(4591) C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 8, p. 160.

(4592) Dans le même ordre d'idées, on a fait valoir que si un contrat apparaît divisible en plusieurs opérations économiques distinctes, alors il n'y aurait pas véritablement résolution partielle d'un contrat unique, mais pluralité de contrats dont seuls certains font l'objet d'une résolution totale (T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, nos 805 et s., pp. 574 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *o.c.*, n° 147, p. 82 et n° 283, p. 168). Cette analyse nous paraît pour le moins forcée.

(4593) On notera que cette disposition est complétée et modifiée par des dispositions particulières à certains contrats spéciaux, par exemple le § 441 pour la vente (voy. W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n° 239).

premier cas, le créancier ne peut opter pour la résolution totale que lorsque le paiement partiel ne présente aucun intérêt pour lui. Dans le second, le créancier ne peut résoudre totalement le contrat lorsque le manquement est de faible importance (*unerheblich*). Dans l'un et l'autre cas, le choix entre la résolution partielle et la résolution totale (lorsque cette dernière est possible) appartient au créancier (4594). Le droit de la vente, qui laissait traditionnellement le choix à l'acheteur entre l'action réhibitoire et l'action estimatoire, a sur ce point servi de modèle (4595).

En droit néerlandais, l'article 6:265 du NBW, alinéa 1er, reconnaît au créancier en cas de manquement de son débiteur la possibilité de résoudre la convention en tout ou en partie, « *tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt* ». Ainsi, le choix entre la résolution totale ou partielle appartient en principe au créancier, mais celui-ci devra parfois se contenter d'une résolution partielle en raison de la nature ou de la portée limitée du manquement (4596).

La possibilité d'une résolution partielle fait également l'objet d'une reconnaissance expresse dans la **CVIM**. On peut citer en ce sens l'article 51 en cas de livraison partielle des marchandises ou de défaut de conformité de celles-ci et l'article 73 en ce qui concerne la sanction des obligations des deux parties dans les contrats à livraisons successives. Il en va de même dans le **DCFR** (4597) et dans la proposition de **DCEV** (4598), ainsi que dans le **Projet Catala** (4599) et dans le **Projet Terré** (4600).

484. Deuxième argument – Solutions traditionnelles.

Ensuite, l'institution de la résolution partielle est conforme à la tradition et fait l'objet de certaines applications, au moins implicites, dans le Code civil (4601).

(4594) W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n^{os} 210 et 243.

(4595) Voy. en ce sens W. ERNST, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n^o 240.

(4596) M.M. OLTROFF, « Art. 6:265 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht, o.c.*, point 3, p. 998.

(4597) Voy. l'article III. – 3:506.

(4598) Voy. les articles 117 et 137 ; voy. également l'article 9 et, pour une critique de sa formulation, H. SCHULTE-NÖLKE, « Article 9 », *Common European Sales Law (CESL), o.c.*, n^{os} 7 et s., pp. 112 et s.

(4599) Art. 1160.

(4600) Art. 114.

(4601) Voy., dans le même sens, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n^o 14, p. 13 (qui critique cependant le mécanisme de la résolution partielle).

I. Ainsi, lorsqu'il examinait l'*action rédhitoire*, Pothier consacrait quelques pages de son traité sur la vente au cas où le contrat portait sur plusieurs choses dont une seule était atteinte d'un vice. En substance, il aboutissait à la conclusion que la rédhition ne devait porter que sur la chose vicieuse, et emporter la restitution du prix de cette seule chose, lorsque celle-ci était, dans l'intention des parties, dissociable des autres (4602).

II. Par ailleurs, l'*action estimatoire* ouverte à l'acheteur en cas de vice caché par l'article 1644 du Code civil peut être analysée comme une forme de résolution partielle puisque, en contrepartie du manquement partiel du vendeur à son obligation de délivrer une chose conforme exempte de vices (la chose est délivrée mais elle est affectée d'un vice), l'acheteur est autorisé à obtenir une restitution partielle du prix (4603). Certes, on pourrait objecter que la somme obtenue par l'acheteur ne constitue pas à proprement parler une restitution du prix, mais plutôt des dommages-intérêts représentant l'exécution par équivalent de la garantie du vendeur (4604). Cette vision des choses ne paraît cependant pas recueillir les faveurs de la Cour de cassation (4605).

III. Plus largement, on peut se référer à la possibilité admise dans les ventes commerciales de procéder à la *réfaction du prix* en cas de manquement de minime importance à l'obligation de délivrance, ou aux différentes hypothèses de réduction du prix ou du loyer prévues notamment aux articles 1617, 1619, 1724 et 1726 du Code civil (4606).

(4602) Voy. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n^{os} 227 et s., pp. 139 et s., où différentes hypothèses sont examinées (vente d'une chose principale avec ses accessoires, selon que le vice atteint la première ou les seconds ; vente de plusieurs choses principales, selon qu'elles ont été vendues comme formant un tout ou qu'elles aient été indépendantes l'une de l'autre ; prix global ou prix distincts) ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome V, o.c., n^o 355bis, p. 114 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, o.c., n^o 440, p. 460.

(4603) En faveur de cette analyse, C. CAUFFMANN, o.c., *Droit des contrats*, n^o 17, p. 166 ; W. Ernst, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n^o 201 ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, o.c., n^o 956, p. 389.

(4604) En ce sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n^o 214, p. 297.

(4605) Voy. ainsi Cass., 10 mars 2011, *Pas.*, 2011, n^o 187, spécialement à la lumière de la critique formulée par le moyen ; voy. également les objections soulevées par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^o 685-23, pp. 663 et s.

(4606) Sur ces différentes hypothèses, cons. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^{os} 685-4 et s., pp. 646 et s. On notera que cet auteur considère que ces différentes hypothèses de réfaction ne peuvent s'analyser comme des formes de résolution partielle – dont il reconnaît cependant l'existence –, parce que la résolution, qui vise la destruction du contrat, serait incompatible avec son maintien même partiel, et que la résolution ne peut être prononcée en cas d'inexécution légère (*ibid.*, n^o 685-21, p. 663). Nous avons déjà indiqué les motifs pour lesquels ces objections ne nous paraissent pas dirimantes (voy. *supra*, n^o 482). On concédera cependant que ces différentes formes de réfaction ne peuvent être ramenées

Même si ces solutions, que certains préfèrent analyser comme une application de la responsabilité contractuelle (4607) ou de la théorie de l'abus de droit (4608), ne répondent pas toutes exactement au même régime (4609), elles confortent néanmoins l'idée qu'un contrat faisant l'objet d'une inexécution partielle puisse être maintenu moyennant une réduction proportionnelle des obligations du créancier (4610).

485. Troisième argument – Institutions similaires. La résolution partielle peut également se prévaloir de sa similitude avec d'autres institutions déjà admises en droit positif. Sa reconnaissance participe donc d'un souci de cohérence de l'ordre juridique (4611).

I. Ainsi, nous avons vu que la figure de la *nullité partielle* était déjà bien ancrée dans la doctrine et la jurisprudence (4612). Or, si l'illégalité d'une partie du contrat ne provoque pas nécessairement l'annulation de la totalité de celui-ci, l'inexécution partielle doit, pareillement, pouvoir dans certaines circonstances n'entraîner que la résolution partielle de la convention, dès lors que les effets de la résolution sont moins étendus que ceux de la nullité (4613).

II. On admet par ailleurs que l'impossibilité partielle d'exécution du contrat due à une cause étrangère puisse entraîner la dissolution partielle de la convention par application de la *théorie des risques*, pour autant du moins qu'une exécution partielle de la

sous la bannière de la résolution partielle qu'à condition d'accepter d'apprécier la divisibilité du contrat dans un sens qualitatif (voy. *infra*, n° 487).

(4607) Voy. ainsi, à propos de la réfaction dans les ventes commerciales, S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 204, p. 293 ; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, o.c., n° 330, p. 271 ; mais comp. la critique de P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 685-23, pp. 663 et s.

(4608) Voy. *infra*, note n° 4623.

(4609) C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 274, p. 163.

(4610) Comp. également en ce sens S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, o.c., *Meerpartijovereenkomsten*, n° 64, p. 151.

(4611) Sur l'importance de ce paramètre, voy. *supra*, n° 18.

(4612) Voy. *supra*, n°s 307 et s.

(4613) Pour un rapprochement avec la nullité, voy. également C. CAUFFMANN, o.c., *Droit des contrats*, n° 23, p. 169 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 15, p. 238. – Ce rapprochement a été contesté par C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 13, p. 13, au motif que la nullité partielle repose sur la volonté des parties alors que « [l]e mécanisme de la résolution suppose, au contraire, que la volonté des parties ait été trahie ». L'objection nous paraît spécieuse. En effet, cette « trahison » de la volonté en cas d'inexécution est par hypothèse moins grave qu'une illégalité entachant l'accord de volonté même (comp. *supra*, n° 377). Si, par conséquent, la volonté des parties peut être prise en considération en cas de nullité, elle doit *a fortiori* pouvoir l'être en cas de résolution (voy. *supra*, n° 378).

convention continue à présenter une utilité pour les parties (4614). Or, la théorie des risques et la résolution présentent de grandes ressemblances, dès lors qu'elles reposent toutes deux sur l'interdépendance des obligations inhérente aux contrats synallagmatiques (4615).

III. Plus proche encore de notre problématique, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2008 a reconnu implicitement la possibilité de prononcer la *résolution partielle d'un contrat multipartite* divisible (4616). Cette possibilité implique d'isoler, au sein du contrat multipartite, un groupe d'obligations synallagmatiques autonomes, conclues entre certaines parties et considérées comme formant une convention partielle, susceptible d'être résolue sans porter atteinte aux rapports avec ou entre les autres parties. Tel est par exemple le cas lorsque la résolution partielle aboutit à permettre à un membre d'une association de fait de se retirer de celle-ci (4617). Or, une telle démarche peut parfaitement être transposée dans les rapports entre les mêmes parties. Une résolution partielle sur le plan personnel constitue en effet toujours, en un certain sens, une résolution partielle sur le plan matériel (4618).

Ainsi, par exemple, dans les contrats de livraisons successives, un défaut de conformité affectant une livraison pourra entraîner la résolution partielle de celle-ci à l'exclusion des autres, l'obligation de délivrance d'une chose conforme et l'obligation réciproque de payer le prix relatif à cette livraison pouvant être séparées des obligations se rapportant aux autres livraisons (4619).

IV. Enfin, la *résolution des contrats successifs* (4620) peut également être analysée comme une forme de résolution partielle sur le plan matériel. En effet, si l'on envisage par exemple le cas du

(4614) Voy. P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 241 et s., n° 47, p. 277 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 685-28, p. 669.

(4615) Voy. *supra*, n° 372.

(4616) Voy. *supra*, n° 480.

(4617) Voy. ainsi la décision attaquée soumise à la censure de Cass., 2 mai 2002, A.C., 2002, n° 264 (le moyen n'est pas reproduit dans la *Pasicrisie*) et le commentaire P. WÉRY, o.c., R.C.J.B., 2004, n° 1, note (4), p. 301. On notera que la question de la résolution partielle des contrats multipartites n'était pas soumise à la Cour dans cette affaire, qui n'avait donc pas à la trancher.

(4618) S. STJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, o.c., *Meerpartijovereenkomsten*, n° 74, p. 157.

(4619) Voy. l'article 73 de la **CVIM**.

(4620) Voy. à ce propos *supra*, nos 428 et s.

bail, on analyse classiquement celui-ci comme engendrant deux obligations principales, le paiement du loyer d'une part, la fourniture de la jouissance d'autre part. Dans cette perspective, on considère généralement que la résolution serait totale quant à son objet (en ce sens qu'elle frappe ces deux obligations), mais limitée d'un point de vue temporel (puisque'elle ne remonte pas nécessairement jusqu'à la conclusion du contrat). Une autre manière de voir les choses consiste cependant à analyser le contrat comme engendrant une pluralité d'obligations réciproques (4621) : loyer du mois n en échange de la jouissance pour le mois n , loyer du mois $n + 1$ en échange de la jouissance pour le mois $n + 1$, etc. Sous cet angle, la limitation dans le temps des effets de la résolution des contrats successifs constitue en fait une résolution partielle quant à son objet, puisque'elle ne frappe que certaines des obligations réciproques. Le mécanisme est en tout cas très similaire à celui de la résolution partielle que nous examinons ici.

486. Quatrième argument – Proportionnalité de la sanction. Enfin et plus fondamentalement, l'admission de la résolution partielle limitée à un groupe d'obligations synallagmatiques séparables du reste du contrat se justifie par le principe de la proportionnalité de la sanction (4622). Certains auteurs abordent le problème sous un angle légèrement différent en considérant que la résolution partielle pourrait constituer une forme de réduction du droit à son usage normal en cas d'abus du droit de demander la résolution totale (4623). Le raisonnement demeure toutefois en substance identique dès lors que le critère de la proportionnalité est inhérent au mécanisme de l'abus de droit (4624).

(4621) Comp. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 126, p. 141 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 479 p. 289.

(4622) Voy. *supra*, n° 479, ainsi que J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 255-1, p. 245. Tout en critiquant la figure de la résolution partielle, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat, o.c.*, n° 173, p. 102, souligne également ses liens avec l'idée de proportionnalité.

(4623) Voy. C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 21, p. 166 ; voy. également les auteurs qui expliquent le mécanisme de la réfaction dans les ventes commerciales par la théorie de l'abus de droit : P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s., n° 24, pp. 224 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2e éd., *o.c.*, n° 685-24, p. 666 ; adde S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 206, p. 295.

(4624) Voy. à ce propos P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, n° 21, pp. 217 et s.

La possibilité de prononcer une résolution partielle du contrat limitée à un groupe d'obligations synallagmatiques étant admise, il reste à en préciser brièvement le régime.

487. Conditions. La résolution partielle est dominée par l'idée de divisibilité (4625). Plus précisément, il faut que, d'après l'économie de la convention et l'intention des parties (4626), tant l'obligation partiellement inexécutée que sa contrepartie soient divisibles (4627) et que cette partie du contrat puisse être anéantie sans faire perdre sa raison d'être ou son utilité au reste du contrat (4628).

L'article 73.1 de la **CVIM** consacre le principe de la résolution partielle des contrats à livraisons successives, mais l'article 73.3 précise que « [l]'acheteur qui déclare le contrat résolu pour une livraison peut, en même temps, le déclarer résolu pour les livraisons déjà reçues ou pour les livraisons futures si, en raison de leur connexité, ces livraisons ne peuvent être utilisées aux fins envisagées par les parties au moment de la conclusion du contrat ».

Comme application classique de l'idée d'indivisibilité, on peut également citer le cas où une entreprise acquiert auprès d'un fournisseur informatique, par un contrat unique (4629), un logiciel et le matériel qui lui est adapté. Bien que les deux objets du contrat soient susceptibles d'être vendus indépendamment l'un de l'autre, il faudra normalement conclure à l'indivisibilité de la convention et, partant, à la résolution totale lorsque l'un des objets se révèle défectueux, dès lors que le but de l'acheteur était d'obtenir une solution globale répondant à ses besoins (4630).

(4625) Voy. R. CASSIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, n° 9, p. 175 ; C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 26, p. 171 ; S. STJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n° 205, p. 294 ; S. STJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, *o.c.*, *Meerpartijovereenkomsten*, n° 62, p. 151 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 678, p. 638 ; voy. déjà, à propos des contrats successifs, *supra*, n° 436.

(4626) Une clause expresse de divisibilité ou d'indivisibilité peut donc utilement être insérée dans l'accord pour éviter toute discussion à ce propos (S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 125, p. 140).

(4627) Voy. W. Ernst, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n° 202 ; H. Kötz, *Vertragsrecht*, n° 950, p. 387.

(4628) Voy. C. Cauffmann, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 26, p. 171.

(4629) On se trouve sinon dans le domaine des groupes de contrats. La distinction entre ces deux hypothèses peut s'avérer délicate, mais son intérêt est limité dès lors que les solutions se rejoignent largement en pratique : voy. *supra*, n°s 331 et s.

(4630) Voy. en ce sens BGH, 7 mars 1990, *N.J.W.*, 1990, p. 3011, point III, 1, b), bb) ; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 124, p. 139.

À l'inverse, comme application originale de la résolution partielle, on peut citer l'arrêt de la Cour de cassation de France du 3 mai 2007 (4631). Dans cette affaire, un bailleur avait inséré dans un bail commercial une clause faisant interdiction au preneur d'exercer une activité concurrente à celle exercée par les autres occupants de l'immeuble, l'intention des parties ayant été qu'une clause identique soit insérée dans tous les baux consentis au sein de l'immeuble. Le bailleur ayant cessé d'insérer ladite clause dans les baux consentis à d'autres occupants, la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a pu prononcer une résolution du bail limitée à la clause de non-concurrence, qui constituait la contrepartie de l'engagement du bailleur d'insérer la clause dans tous les baux consentis au sein de l'immeuble.

Lorsqu'elle est envisagée par les auteurs belges, la divisibilité du contrat est généralement entendue dans un sens *quantitatif*, en ce sens qu'un contrat portant sur différentes opérations (la livraison de plusieurs marchandises par exemple) est scindé en autant de conventions qu'il y a d'opérations (4632). En droit comparé, elle est toutefois également entendue dans un sens *qualitatif*, de manière à couvrir l'hypothèse d'une exécution défectueuse d'une obligation unique (4633). Cette extension permettrait de ramener dans le domaine de la résolution partielle des cas de figure tels que l'action estimatoire ou la réfaction du prix dans les ventes commerciales (4634) et d'éviter ainsi de devoir recourir à un mécanisme *sui generis* (4635). Par ailleurs, la circonstance que le même résultat puisse également être atteint par le biais d'autres institutions, telles que la théorie de l'abus de droit ou l'exécution par

(4631) Cass. fr., 3 mai 2007, *Bull.*, 2007, III, n° 67, *D.*, 2007, p. 2068, note J. ROCHFELD.

(4632) Une forme particulière de divisibilité quantitative est la divisibilité temporelle admise dans les contrats successifs : voy. *supra*, n° 436.

(4633) Voy. ainsi, **en droit allemand**, le § 323, alinéa 5, 2^e phrase, du BGB ; **en droit néerlandais**, M.M. OLTHOF, « Art. 6:270 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht, o.c.*, point 2, c), p. 1004 ; comp. le mécanisme de la réduction des obligations partiellement nulles, *supra*, n°s 314 et s.

(4634) Voy. à ce propos *supra*, n° 484.

(4635) Sur cette possibilité, cons. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 685-25, p. 667. À cet égard, on sait que la décision de consacrer une nouvelle institution autonome ou au contraire de tenter de la réintégrer dans le cadre de mécanismes plus classiques n'est pas commandée par des raisons purement objectives, mais est partiellement dictée par les préférences de l'observateur. Comp., à propos de l'apparence, les pénétrantes observations de P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.D.C.*, 2000, n° 15, p. 489. Sur les réserves que suscite le recours à la solution *sui generis* comme mode d'explication, voy. également *supra*, n° 26, I.

équivalent, n'ôte pas nécessairement à une analyse fondée sur le mécanisme de la résolution partielle toute utilité (4636).

Une question délicate est celle de savoir si la résolution partielle, lorsqu'elle est possible, constitue une simple *option* pour le créancier, qui pourrait également opter pour la résolution totale, ou s'impose au contraire à celui-ci (4637). En droit comparé, la tendance semble être de laisser au créancier le choix, même si celui-ci est dans certains systèmes restreint en fonction de la nature ou de l'importance du manquement (4638). En droit belge, des textes particuliers consacrent également une possibilité de choix du créancier (4639). Toutefois, en dehors de ceux-ci, le fondement retenu pour justifier la résolution partielle, à savoir la proportionnalité de la sanction (4640), conduit plutôt à considérer que la résolution partielle, lorsqu'elle est possible, se substitue nécessairement à la résolution totale. On notera qu'une telle possibilité de choix n'a d'ailleurs jamais été défendue dans le domaine des contrats successifs (4641).

488. Effets. La résolution partielle produit les mêmes effets que la résolution totale, mais ceux-ci se trouvent limités à la portion divisible du contrat qu'ils concernent. Ainsi, la résolution partielle anéantit l'obligation dans la mesure de son inexécution (ainsi que les obligations inséparables du débiteur (4642)) et la partie correspondante de sa contre-prestation (4643). Elle implique, en

(4636) Voy. à cet égard P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé. Observations sans prétentions », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s., spéc. n° 12, p. 49.

(4637) Comp. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 685-30, pp. 670 et s.

(4638) Voy. l'exemple des droits allemand et néerlandais, *supra*, n° 483.

(4639) Voy. ainsi les articles 1644 (choix entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire) et 1649 *quinquies*, § 3 (dans les ventes de biens de consommation, choix entre la résolution et la réduction de prix, lorsque la réparation et le remplacement sont écartés) du Code civil.

(4640) Voy. *supra*, n° 479.

(4641) Voy. *supra*, n°s 428 et s.

(4642) Ainsi, par exemple, en cas de résolution partielle d'un contrat à livraisons successives en raison d'un vice caché affectant l'une des livraisons, la résolution partielle anéantira non seulement la garantie des vices cachés relative à cette livraison, mais également l'obligation de donner, l'obligation de délivrance et la garantie d'éviction qui s'y rapportent.

(4643) W. ERNST, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n° 199.

d'autres termes, une réduction proportionnelle de la contre-prestation (4644).

4. – *Étendue matérielle de la résolution – Clauses accessoires autonomes*

489. Principe. La possibilité de scinder la convention en plusieurs sous-contrats composés de groupes d'obligations synallagmatiques susceptibles d'être résolus indépendamment les uns des autres donne lieu, comme nous l'avons vu, à d'importantes discussions. En revanche, le fait que la résolution du contrat n'emporte pas nécessairement l'anéantissement de l'ensemble de ses clauses est plus largement admis. Ici également, le critère décisif est celui de la *divisibilité* de ces clauses par rapport au reste du contrat (4645).

Différents fondements ont été avancés à l'appui de cette solution.

On a ainsi fait valoir que si l'option prévue à l'article 1184 du Code civil empêche le créancier de solliciter simultanément la résolution et l'exécution forcée du contrat – et par conséquent de demander le respect des clauses même accessoires que celui-ci comporte –, un tel cumul n'est pas à craindre lorsque ces clauses sont spécifiquement prévues pour le cas où la résolution est prononcée, comme c'est le cas d'une clause fixant l'étendue des dommages-intérêts complémentaires à la résolution (4646). En toute hypothèse, ces auteurs admettent la survie de certaines clauses lorsque leur divisibilité a été explicitement convenue par les parties (4647) ; pourquoi ne raisonnerait-on pas de même lorsque la

(4644) **En droit néerlandais**, voy. l'article 6:270 du NBW (« Een gedeeltelijke ontbinding houdt een evenredige vermindering in van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid ») et, à ce propos, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 695 ; **en droit allemand**, W. ERNST, o.c., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 323, n° 209.

(4645) Voy. I. SAMOY et A. MAES, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, n° 26, p. 196 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 120, p. 134 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 678, p. 638.

(4646) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 768, p. 551 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 488, pp. 548 et s. ; voy. également P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 30, p. 690.

(4647) P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 30, p. 690 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 494, p. 553.

divisibilité correspond à la volonté tacite des parties, eu égard notamment aux exigences de la bonne foi ? (4648) D'autres auteurs aboutissent au même résultat en considérant que la résolution ne frappe que le rapport d'obligations mais laisse subsister la norme contractuelle, en ce compris la clauses accessoires autonomes, dans la mesure où elle n'est pas contraire à l'objectif de la résolution (4649).

En réalité, la survie de certaines clauses à la résolution du contrat s'explique par la portée limitée de l'effet rétroactif et, plus largement, de la résolution (4650). La rétroactivité ne constitue qu'un renforcement technique de l'efficacité de la sanction ; ce serait dès lors prêter à cette dernière des conséquences allant au-delà de son objectif que de se fonder sur elle pour priver d'effet des clauses qui ont précisément été convenues pour le cas où le contrat prendrait fin en raison de son inexécution (4651).

Cette solution est confirmée par l'article 81.1, 2^e phrase, de la **CVIM** qui prévoit que la résolution « n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends ou aux droits et obligations des parties en cas de résolution » (4652).

490. Applications. Tout d'abord, on s'accorde à reconnaître que la résolution du contrat demeure sans incidence sur les *clauses finales*, telles que les clauses d'arbitrage, d'élection de for ou de droit applicable (4653). En effet, ayant été adoptées précisément pour le cas où la

(4648) Comp. dans le même sens *supra*, n° 482, VII.

(4649) Voy. C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n°s 358 et s., pp. 216 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, o.c., *Droit des contrats*, n°s 31 et s., pp. 149 et s. ; sur cette théorie et l'objet de la résolution, voy. *supra*, n° 351.

(4650) À cet égard, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 357, p. 216, a raison de souligner que l'effet rétroactif n'est pas en cause lorsqu'il s'agit de permettre à une clause de produire des effets *après* la résolution (par exemple, une clause de non-concurrence). En effet, même si une telle clause ne prenait fin que pour l'avenir, elle ne pourrait pas être appliquée. Au-delà de l'effet rétroactif, il faut donc considérer que la résolution elle-même est dotée d'un effet limité.

(4651) Voy. P. ANCEL, o.c., *Rev. contrats*, 2008, n° 2, p. 36 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 236 ; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 766, p. 550 ; de manière générale, sur l'idée maîtresse de proportionnalité, voy. *supra*, n° 479.

(4652) Voy. également, rédigés dans des termes identiques ou très proches, l'article III. – 3:509, alinéa 2, du **DCFR** ; l'article 8.1 de la proposition de **DCEV** ; l'article 7.3.5, alinéa 3, des **Principes d'Unidroit 2010** ; l'article 115, alinéa 3, du **Projet Terré** ; l'article 146 du **Projet de la Chancellerie**.

(4653) Voy. le Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, doc. A/CONF.97/5, *Documents officiels*

convention donnerait lieu à un litige entre les parties, il est conforme à l'intention des parties qu'elles puissent produire leurs effets dans le cadre d'une action en résolution, même si celle-ci aboutit en définitive à provoquer la dissolution du contrat. Il en va d'autant plus ainsi que de telles clauses peuvent en principe être appliquées même en cas de nullité du contrat (4654).

Parce qu'elle tend également au règlement des différends entre les parties, la *clause résolutoire expresse* doit pareillement survivre à la résolution (4655), que celle-ci intervienne en vertu de cette clause elle-même (4656) ou d'une action en résolution distincte (4657). En revanche, les clauses relatives à la résiliation unilatérale du contrat, parce qu'elles sont étrangères à toute idée d'inexécution, n'ont pas vocation à s'appliquer en cas de résolution du contrat (4658).

Pour le même motif, les *clauses pénales* doivent également être respectées en cas de résolution du contrat (4659), notamment la

de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, New York, Nations Unies, 1981, art. 66, point 4, p. 61 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 702 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 12, pp. 234 et s. ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 787, p. 563 ; J.-F. GERMAIN, o.c., *Manuel de la vente*, n° 802, p. 344 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 161, p. 177 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 214, p. 303, note n° 664 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 369, p. 222 ; C. RIGALLE-DUMETZ, o.c., *Droit des contrats*, n° 34, p. 152 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 678, p. 592 ; *contra* : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 491, p. 550 (à propos de la clause compromissoire en matière d'arbitrage interne ; mais voy. le nouvel article 1447 du Nouveau Code de Procédure civile, inséré par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, et le Rapport au Premier ministre, *J.O.*, 14 janvier 2011, p. 8).

(4654) Voy. *supra*, n° 312, I, et sur la légitimité de cet argument *a fortiori*, *supra*, n° 378, III.

(4655) P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 37, p. 695 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 236 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 161, p. 177.

(4656) À peine de priver une telle clause de toute efficacité : voy. *supra*, n° 52.

(4657) *Contra* : Cass. fr., 24 novembre 1999, critiqué *supra*, n° 355.

(4658) Voy. Cass. fr., 3 mai 2012, *Bull.*, 2012, IV, n° 86.

(4659) Voy. Cass. fr., 25 janvier 2011, n° 10-30.471 (troisième moyen) ; Cass. fr., 15 juin 1999, n° 97-21.203 ; Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, doc. A/CONF.97/5, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, New York, Nations Unies, 1981, art. 66, point 4, p. 61 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 702 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 398, p. 283 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 236 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 490, p. 550 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 879, p. 462 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, o.c., n° 188, p. 101 ; C. RIGALLE-DUMETZ, o.c., *Droit des contrats*, n° 34, p. 151 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 214, p. 303, note n° 664 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 678, p. 592.

clause dispensant le créancier de restituer ce qu'il a reçu en cas de résolution (4660). Ce principe appelle toutefois certaines nuances. En effet, il est certain que la clause pénale devra être appliquée au cas où il apparaît clairement que le montant dont elle prévoit le paiement vise à réparer forfaitairement le dommage subi par le créancier que la résolution ne suffirait pas à effacer (4661). En revanche, elle nous paraît devoir être écartée lorsqu'elle a été calculée de manière à couvrir le dommage consistant en la privation du bénéfice de l'obligation inexécutée, sans tenir compte du bénéfice que le créancier retire de la libération de ses propres obligations ; en effet, dans un tel cas de figure, la clause pénale constitue plutôt un substitut à l'exécution forcée, qui ne peut être cumulée avec la résolution (4662). L'applicabilité de la clause pénale en cas de résolution du contrat dépend donc avant tout d'une interprétation de la volonté des parties (4663). C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré « que si, en renonçant à poursuivre l'exécution, même tardive, de l'obligation principale, le créancier demande et obtient la résolution de la convention pour inexécution fautive par le débiteur, cette résolution, prononcée *ex tunc*, rend sans objet la clause pénale stipulée pour le simple retard » dans l'exécution (4664).

On perçoit parfois une réticence plus grande à maintenir les *clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. À notre sens, celles-ci doivent cependant être appliquées nonobstant la résolution du contrat, ayant été spécialement convenues pour l'hypothèse de

(4660) Voy. Cass. fr., 26 janvier 2011, *Bull.*, 2011, III, n° 26. De manière générale, les parties peuvent aménager librement les conséquences de la résolution (A. DE BOECK, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 452), étant entendu que ces clauses demeurent soumises au principe de la réductibilité des clauses pénales (voy. I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 36, p. 110 ; T. STAROSSELETS, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2005, n° 3, note n° 9, p. 455).

(4661) Voy. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 792, p. 566 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 802, p. 344, note n° 1736.

(4662) Voy. H. STOLL, *o.c.*, *AcP*, 1929, p. 185 ; comp. T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 792, p. 567, qui propose en ce cas de réduire la clause pénale.

(4663) C. CAUFFMANN, *o.c.*, *Droit des contrats*, n° 10, pp. 160 et s.

(4664) Cass., 16 juin 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1126 ; voy. également Civ. Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.G.* n° 96/11355/A, www.juridat.be ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 776, p. 557 ; J.-F. GERMAIN, *o.c.*, *Manuel de la vente*, n° 802, p. 344, note n° 1736 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 165, p. 181 ; S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSSEN, *o.c.*, *Meerpartijovereenkomsten*, n° 6, p. 117. Une note rédigée par le ministère public précise cependant que « [i]l en va différemment de la clause pénale qui fixe forfaitairement la réparation due pour inexécution de la convention », c'est-à-dire à notre sens la réparation due pour le cas où une résolution serait prononcée. On cite également fréquemment, mais à tort, Cass., 26 octobre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 194, cette décision se prononçant uniquement sur la régularité de la motivation, et non sur la légalité de la décision attaquée.

son inexécution (4665), et ce, d'autant plus que les parties auraient pu aller jusqu'à exclure la faculté de résoudre le contrat (4666).

Enfin, en dépit de certaines résistances (4667), les *clauses de non-concurrence et de confidentialité* doivent aussi recevoir effet en cas de résolution du contrat, sauf lorsque l'intention des parties était d'en écarter l'application dans ce cas (4668). Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a également considéré que les cessions de droit d'auteur accessoires à un contrat d'enregistrement exclusif survivent à la résolution de ce dernier (4669).

B. – Au-delà du contrat : les groupes de contrats

491. Renvoi. La question se pose enfin de savoir si la résolution d'une convention est de nature à entraîner la chute d'autres conventions qui lui sont liées. Cette problématique se pose en des termes tout à fait similaires dans le domaine des nullités où nous l'avons déjà traitée et nous nous permettons donc d'y renvoyer le lecteur (4670).

(4665) Voy. le Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, doc. A/CONF.97/5, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, New York, Nations Unies, 1981, art. 66, point 4, p. 61 ; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n° 702 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 236 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 793, p. 568 ; J.-F. GERMAIN, o.c., *Manuel de la vente*, n° 802, p. 344 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 214, p. 303, note n° 664 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 678, p. 592.

(4666) P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 236.

(4667) Voy. ainsi. Cass. fr., 6 mars 1996, *Bull.*, 1996, I, n° 118 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 773, p. 554.

(4668) Voy. C. CAUFFMANN, o.c., *Droit des contrats*, n° 9, p. 160 ; P.-H. DELVAUX, o.c., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, n° 37, p. 695 ; P.A. FORIERS, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 13, p. 236 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, nos 57 et s., pp. 184 et s. (qui considèrent que, dans l'intention des parties, la clause de non-concurrence ne peut sortir ses effets lorsque la résolution est prononcée aux torts de la partie qui entend s'en prévaloir et que, par ailleurs, la confidentialité devrait être préservée, même en l'absence de tout accord sur la base des usages et de la bonne foi) ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 494, pp. 553 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n° 363, p. 219 et n° 372, p. 224 ; C. RIGALLE-DUMETZ, o.c., *Droit des contrats*, n° 31, p. 150 et n° 35, pp. 152 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 214, p. 303, note n° 664 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, o.c., n° 678, p. 592 ; art. 115, alinéa 3, du **Projet Terré**.

(4669) Voy. Cass. fr., 5 juillet 2006, *Bull.*, 2006, I, n° 361.

(4670) Voy. *supra*, nos 325 et s.

492. Cas particulier – Chaîne de contrats translatifs de propriété. Signalons néanmoins une particularité propre au régime de la résolution. On sait que dans les ventes en chaîne, chaque vendeur intermédiaire est censé transmettre à l'acquéreur, à titre d'accessoire, l'action en résolution qu'il possède à l'encontre de son propre vendeur (4671). Dans un tel cas de figure, lorsque l'acquéreur final actionne directement le vendeur originaire et obtient la résolution, celle-ci ne devrait, théoriquement, déployer ses effets que dans les rapports entre le vendeur originaire et son cocontractant immédiat, ce qui ne présenterait guère d'utilité pour l'acquéreur final (4672). La Cour de cassation de France considère cependant qu'au niveau des restitutions également, les rapports se nouent essentiellement entre l'acquéreur final et le vendeur originaire. Dès lors, le premier restituera au second la chose et ce dernier sera tenu de lui restituer, non le prix payé par l'acquéreur final à son vendeur intermédiaire, mais le montant que le vendeur originaire a obtenu de son propre acheteur (4673). Cette solution pragmatique (4674), que l'on peine à justifier en droit, pourrait à notre sens s'expliquer si l'on admet que la cession du droit de résolution implique également la cession à l'acquéreur final du droit aux restitutions que les vendeurs intermédiaires auraient pu obtenir de l'exercice du droit de résolution. Au surplus, cette solution n'est pas vraiment préjudiciable à l'acquéreur final puisque s'il n'obtient pas ce faisant la restitution de la totalité du prix qu'il a versé à son propre vendeur, il pourra néanmoins réclamer des dommages-intérêts complémentaires au vendeur initial (4675).

(4671) Arg. art. 1615 du Code civil ; voy. à ce propos J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 512 et s., n° 8, pp. 519 et s. ; B. TILLEMAN, *Gevolgen van de koop, o.c.*, n° 164, pp. 134 et s. ; comp. avec la transmission du droit de critique à titre d'accessoire, *supra*, n° 104. — On notera qu'une jurisprudence ancienne aboutissait à un résultat analogue en recourant à la notion critiquable d'action mixte (voy. *supra*, n° 463). — Comp. également, en cas de cession de créance, l'article 1692 du Code civil et, à ce propos, Cass., 20 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 476, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT, décidant que « [l]a clause résolutoire exprime qui est au service exclusif d'une créance en constitue un accessoire au sens de cette disposition ».

(4672) O. DESHAYES, « Circonscription et circulation de l'obligation de délivrance conforme », note sous Cass. fr., 20 mai 2010, *D.*, 2010, pp. 1757 et s., n° 11.

(4673) Voy. Cass. fr., 22 mai 2012, *Bull.*, 2012, IV, n° 109 ; Cass. fr., 20 mai 2010, *Bull.*, 2010, I, n° 119, *D.*, 2010, p. 1757, obs. X. DELPECH, note O. DESHAYES ; Cass. fr., 4 mars 1997, n° 94-22.026 ; Cass. fr., 31 janvier 1995, n° 92-11.149 ; Cass. fr., 27 janvier 1993, *Bull.*, 1993, I, n° 45 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 44, p. 260.

(4674) O. DESHAYES, *o.c.*, *D.*, 2010, pp. 1757 et s., n° 13.

(4675) Voy. en ce sens Cass. fr., 20 mai 2010, *Bull.*, 2010, I, n° 119 ; Cass. fr., 31 janvier 1995, n° 92-11.149 ; Cass. fr., 27 janvier 1993, *Bull.*, 1993, I, n° 45 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise*

CHAPITRE III

CONDITION RÉSOLUTOIRE

§ 1. – *Généralités*

493. Objectif de ce chapitre. Lors de l'étude de la condition suspensive, nous avons signalé d'emblée que, tout en présentant de très grandes similitudes avec la condition résolutoire dont elle constitue un peu le miroir, elle s'en distingue néanmoins par sa finalité (4676). En effet, la réalisation de la condition suspensive vise à donner son plein effet à des droits que l'on pouvait considérer jusqu'alors comme « inachevés » – ce qui la rapproche d'autres institutions telles que la confirmation des obligations nulles et la ratification des actes souscrits sans pouvoir. La condition résolutoire tend quant à elle à l'effacement de droits existants, dans un esprit similaire – quoiqu'avec une intensité différente – à celui de la nullité et de la résolution pour inexécution (4677).

Cette similitude et ces différences constitueront le fil conducteur du présent chapitre. Il serait en effet à la fois vain et fastidieux de reproduire ici l'ensemble des développements déjà consacrés à la condition suspensive et qui peuvent être transposés sans peine à la condition résolutoire. Nous nous permettrons, dès lors, de renvoyer systématiquement le lecteur à ces analyses antérieures et aux références y afférentes, lorsqu'ils sont communs aux deux institutions. Toutefois, même lorsque nous nous contenterons de nous référer au régime de la condition suspensive, le présent chapitre permettra de se faire une idée globale des effets de la condition résolutoire, dans la perspective d'une comparaison avec la nullité et la résolution pour inexécution (4678).

en vente d'un immeuble, n° 44, p. 260.

(4676) *Voy. supra*, n° 164

(4677) Sur ce cadre d'analyse, consistant à regrouper les institutions dotées d'un effet rétroactif selon leur fonction, *voy. supra*, n°s 8 et s.

(4678) *Voy. infra*, n° 535.

En revanche, nous examinerons en détail les questions qui, soit se posent en des termes différents en ce qui concerne la condition résolutoire (telle la question des risques, en l'absence de disposition équivalente à l'article 1182 du Code civil (4679)), soit lui sont propres (comme son effet sur les contrats successifs, qui ne se pose pratiquement jamais à l'égard de la condition suspensive (4680)).

Enfin, nous étudierons dans ce chapitre le régime de la défaillance de la condition suspensive qui tend, tout comme la réalisation de la condition résolutoire, à l'effacement des droits existants (4681).

494. Notion. Il ressort de l'article 1168 du Code civil que l'obligation est conclue sous condition résolutoire « lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain [...] en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ». L'article 1183 précise cette définition comme suit :

« La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive. »

Enfin, l'article 1234 range l'effet de la condition résolutoire parmi les modes d'extinction de l'obligation.

C'est cette dernière disposition qui, en raison de la neutralité des termes utilisés, nous paraît devoir servir de point de départ à l'analyse. Les termes « résiliation » et « révocation » utilisés par les articles 1168 et 1183 sont en effet réservés, dans la langue actuelle, à d'autres institutions et concernent au premier chef le contrat plutôt que les obligations qui en découlent (4682).

La condition résolutoire peut donc se définir comme une modalité de l'obligation qui fait dépendre son extinction d'un événement

(4679) Voy. *infra*, n° 514.

(4680) Voy. *infra*, n° 513.

(4681) Voy. *infra*, n^{os} 527 et s.

(4682) Voy. *supra*, n° 351.

futur et incertain (4683). Lorsque l'ensemble des obligations principales du contrat sont ainsi affectées, elle entraîne donc, indirectement, la dissolution du contrat (4684).

Comme exemple paradigmatique de la convention dont les obligations sont souscrites sous condition résolutoire, on cite généralement la *vente à réméré* (4685). Bien que ce contrat se rencontre aujourd'hui rarement dans la pratique, il présente pour nous l'avantage de faire l'objet de dispositions qui en règlent minutieusement les effets et qui pourront dès lors nous servir de point de référence tout au long de ce chapitre.

495. Distinction avec la résolution pour inexécution. Nonobstant les termes de l'article 1184 du Code civil, la résolution résultant de la réalisation d'une condition ne doit pas être confondue avec celle prononcée à titre de sanction de l'inexécution du contrat. Quoique toutes deux rétroactives au sens large, les deux institutions se distinguent en effet tant par leurs conditions que par leurs conséquences (4686).

En théorie, les deux institutions sont assez faciles à distinguer. La condition résolutoire constitue en effet une modalité surajoutée à l'obligation, qui pourrait être contractée sans elle (4687). La résolution pour inexécution est au contraire un droit inhérent à tout contrat synallagmatique, sans qu'une clause doive en rappeler l'existence (4688). Le travail de qualification se complique toutefois dès lors qu'une condition résolutoire peut être conclue tacitement (4689)

(4683) Voy. en ce sens Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 612, point 1 (« Une condition est, dès lors, un événement futur et incertain duquel les parties contractantes font dépendre l'exécution ou l'extinction de l'obligation ») ; comp. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1222, p. 1752 (qui parle plutôt de « dissolution » de l'obligation ou du contrat). Sur la définition de la condition elle-même, voy. *supra*, n° 163.

(4684) P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 22, p. 169 ; S. STIJNS, *o.c.*, *Verbintenissenrecht*, n° 5, p. 27 ; voy., *mutatis mutandis*, *supra*, n° 166.

(4685) Le lien entre les deux institutions est très généralement admis en droit positif (voy. Cass. fr., 31 janvier 1984, *Bull.*, 1984, III, n° 21 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 378, p. 449 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 52, p. 123 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 23, p. 92, note n° 136), et ce, même si le Code civil ne rattache pas expressément la vente à réméré au régime de la condition résolutoire et qu'elles se seraient distinguées sous l'Ancien Droit (voy. en ce sens P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 28, p. 172).

(4686) Pour plus de détails, voy. *supra*, nos 368 et s.

(4687) Voy. *supra*, n° 163.

(4688) Voy. *supra*, n° 350.

(4689) Voy. not. C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 41, p. 179.

et que, surtout, le droit de résolution est fréquemment consacré et modalisé par une *clause* résolutoire expresse (4690). La distinction entre cette dernière et une *condition* résolutoire expresse dépend dès lors d'une recherche de l'intention des parties, selon qu'elles ont ou non entendu sanctionner une inexécution de la convention (4691).

§ 2. – *Période intermédiaire*

496. Devoir de réserve du créancier sous condition résolutoire. Nous avons déjà examiné les effets *pendente condicione* de l'obligation conclue sous condition résolutoire (4692). On rappellera que, si cette obligation produit en règle les mêmes effets qu'une obligation pure et simple, l'événement érigé en condition n'en constitue pas moins une possibilité envisagée par les parties dès la conclusion du contrat et dont celles-ci doivent tenir compte dès avant son éventuelle réalisation.

Il en résulte que le créancier sous condition sera notamment tenu d'une obligation de conservation de la chose, étant susceptible de devoir la rétrocéder à son débiteur, et ne pourrait, compte tenu du principe de l'exécution de bonne foi, tenter de prévenir fautivement la réalisation de la condition. Au surplus, il devra tolérer que le débiteur accomplisse les actes conservatoires des droits dont il bénéficierait en cas de réalisation de la condition.

Tout au long de la période intermédiaire, l'existence de la condition résolutoire, conçue par les parties comme un instrument de prévision de l'avenir, impose donc au créancier un certain devoir de réserve dans l'exercice des droits qu'il tire de l'obligation sous condition afin de ne pas porter atteinte à l'utilité que le débiteur pourrait retirer de la réalisation de celle-ci.

(4690) Voy. à ce propos *supra*, n° 359.

(4691) Voy. ainsi, notamment à propos de la « condition » faisant dépendre la résolution du contrat de la faillite du débiteur, I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 49, p. 121, avec les nuances apportées n° 52, pp. 123 et s. ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 99, p. 199 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1222, p. 1753 ; pour une application, Liège, 17 janvier 2011, *D.A.O.R.*, 2011/100, p. 536.

(4692) Pour plus de détails, voy. *supra*, n° 172.

§ 3. – *Effets de la réalisation de la condition résolutoire*

I. – Aperçu général

497. Renvoi. En droits belge et français, les articles 1179 et 1183 du Code civil attribuent à la réalisation de la condition résolutoire un effet rétroactif. Celui-ci doit néanmoins, ainsi que nous le verrons, être restreint aux effets envers les tiers, dans la mesure nécessaire afin d'assurer l'efficacité de la condition.

Nous avons déjà vu, par ailleurs, que ce même souci était commun aux législateurs allemand et néerlandais, mais que ceux-ci ont préféré faire l'économie du mécanisme de la rétroactivité en frappant d'inefficacité, par une disposition légale expresse, les actes de disposition accomplis *pendente condicione* au mépris de la condition (4693). La résolution de l'obligation n'intervient donc que pour l'avenir mais, dans la mesure où elle implique également des restitutions entre parties et où le débiteur conditionnel se trouve aussi bien protégé que si le transfert de propriété avait été effacé *ab initio*, on peut y voir une institution rétroactive au sens large (4694).

Dans les pages qui suivent, nous aborderons, selon une progression désormais classique, le fondement de la rétroactivité de la condition résolutoire (II), ses effets envers les parties (III) et envers les tiers (IV) et enfin son étendue par rapport au contrat (V).

II. – Fondement

498. Souci d'assurer l'efficacité de la condition à l'égard des tiers. L'article 1179 du Code civil, qui concerne tant la condition suspensive que la condition résolutoire (4695), dispose que « [l]a condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Il n'est pas étonnant, dès lors, que de nombreux auteurs aient conféré à la condition résolutoire un effet

(4693) Voy. *supra*, n^{os} 175 et s.

(4694) Sur les différents degrés dans la rétroactivité, voy. *supra*, n^{os} 58 et s.

(4695) Ce qui est confirmé par sa place dans le Code civil dans un § 1^{er} intitulé « De la condition en général, et de ses diverses espèces » (C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., n^o 529, p. 321).

rétroactif de principe (4696), en lui prêtant des conséquences analogues à l'annulation du contrat (4697).

On cite parfois en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1995, dont le sommaire se réfère il est vrai à l'effet rétroactif de la condition résolutoire (4698). L'arrêt proprement dit a cependant une portée plus limitée. Après avoir rappelé la teneur de l'article 1183 du Code civil, il se borne en effet à casser une décision qui avait condamné une partie à exécuter une convention *après* la réalisation de la condition résolutoire dont elle était assortie. Seule la question de son effet extinctif, plutôt que celle de son effet rétroactif, se posait donc en l'espèce (4699).

En dépit de cette prétention à la rétroactivité, nous avons vu que la doctrine majoritaire a mis en évidence que le véritable objectif de celle-ci était d'empêcher que les parties ne puissent, par les actes qu'elles accompliraient *pendente condicione*, porter atteinte aux droits dont elles bénéficieraient en cas de réalisation de la condition (4700). Ainsi, il importe d'empêcher le créancier, qui a reçu une chose en exécution d'une obligation affectée d'une condition résolutoire, de disposer de celle-ci pendant la période d'attente, puisqu'en cas de réalisation de la condition, il se trouverait dans l'incapacité de la restituer au débiteur. La rétroactivité de la condition permet d'atteindre ce but puisque, si le transfert de propriété à ce créancier est rétroactivement anéanti, celui-ci n'a jamais pu disposer de la chose au préjudice du débiteur. Si, au contraire, la condition ne rétroagissait pas, le débiteur ne disposerait que d'une action personnelle contre son créancier et il serait sans recours à l'encontre du tiers acquéreur du bien.

499. Absence d'effet rétroactif entre parties – Position du problème. Si le souci d'assurer l'efficacité de la condition

(4696) Voy. not. les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER avant Cass., 24 janvier 2011, *A.C.*, 2011, n° 64, point 1.1, p. 286 ; C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 302, p. 122 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 324, p. 255 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1052, p. 2159 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1223, p. 1753.

(4697) Voy. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *o.c.*, n° 326, p. 255.

(4698) Cass., 19 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 47.

(4699) Voy. à ce propos *infra*, n° 520.

(4700) Cette solution constitue une voie intermédiaire entre deux solutions extrêmes consistant, l'une, à admettre la rétroactivité de la condition dans toutes ses conséquences, l'autre, à refuser à la condition tout effet rétroactif. Pour plus de détails, *supra*, nos 177 et s.

résolutoire justifie donc de lui reconnaître un effet rétroactif à l'égard des tiers, il ne commande pas, en règle, de lui conférer un tel effet dans les rapports entre parties.

Certes, l'article 1183 du Code civil est rédigé en ces termes :

« La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ».

Cette remise des choses dans leur pristin état n'est toutefois pas nécessairement synonyme de dissolution rétroactive (4701). Nous savons, en effet, que la notion de rétroactivité peut être utilisée au sens large comme au sens strict (4702). Dans le premier cas, l'on a égard au *résultat* recherché : l'objectif est de faire *comme si* tel événement (en l'occurrence, l'extinction de l'obligation) s'était produit antérieurement, indépendamment du mécanisme utilisé pour atteindre cette fin. Dans le second cas, au contraire, c'est le *procédé technique* qui est au centre de l'attention. La rétroactivité au sens strict implique en effet de considérer qu'un événement s'est juridiquement produit à une date antérieure à sa date d'accomplissement. Par conséquent, s'il est indéniable que la réalisation de la condition résolutoire, du fait des restitutions qu'elle entraîne, peut être qualifiée de rétroactive au sens large, il n'en résulte pas nécessairement que, d'un point de vue technique, l'extinction de l'obligation doive également s'opérer rétroactivement.

Or, à cet égard, rien n'impose de considérer qu'entre parties, l'obligation affectée par la condition résolutoire doive rétroactivement s'éteindre, comme si elle n'était jamais née. Il suffit, au contraire, que la condition produise ses effets à compter de sa réalisation. Plusieurs arguments peuvent être avancés en ce sens.

500. Premier argument – Comparaison avec la nullité et la résolution pour inexécution. Tout d'abord, il convient de garder à l'esprit que la résolution (de l'obligation) découlant de la

(4701) Comp., en droit néerlandais, l'article 6:24 NBW, rédigé en des termes très similaires à notre article 1183, alors que la condition résolutoire y est dépourvue d'effet rétroactif (voy. à ce propos *supra*, n° 176).

(4702) Voy. *supra*, n°s 58 et s.

réalisation de la condition se distingue fondamentalement d'autres causes d'anéantissement (du contrat), telles que la nullité ou la résolution. Une *summa divisio* peut en effet être tracée entre les causes de restitution normales et anormales (4703).

La nullité et la résolution pour inexécution peuvent en effet être considérées comme des circonstances *anormales*, non prévues ou à tout le moins non voulues par les parties lors de la conclusion du contrat, et qui constituent la sanction de la méconnaissance de la loi (s'agissant de la nullité) ou de l'accord des parties (s'agissant de la résolution) (4704).

La condition, au contraire, est un événement dont la survenance est certes incertaine, mais parfaitement envisagée par les parties ; elle constitue pour eux un instrument de prévision de l'avenir (4705) et les restitutions qui en découlent doivent dès lors être considérées comme *normales* (4706). Certes, il se peut que le créancier conditionnel porte atteinte à l'utilité de la condition en disposant de la chose *pendente condicione*, rendant ainsi impossible sa restitution au débiteur en cas de réalisation de la condition résolutoire. En ce cas, l'effet rétroactif reconnu à la condition permettra en principe au débiteur de revendiquer la chose entre les mains du tiers acquéreur et assurera ainsi l'utilité ou, si l'on préfère, la sanction du droit qu'il tire de la résolution de l'obligation. Toutefois, dans la plupart des cas, la réalisation de la condition sera étrangère à toute idée de sanction.

Dès lors, afin d'assurer la cohérence de l'ordre juridique (4707), il nous semble que la condition résolutoire *ne peut se voir reconnaître des conséquences plus étendues* que la nullité ou la résolution pour inexécution.

(4703) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 35 ; reprenant cette distinction, F. GLANSDORFF, « Les obligations de restitution », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 72 et s., n° 2, p. 72 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution », *L'obligation de restitution du banquier. De restitutieverbintenissen van de bankier*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 5 et s., n° 5, p. 11.

(4704) M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 35. Sur l'importance du caractère sanctionnateur de ces deux institutions comme fondement de leur effet rétroactif, voy. *supra*, n°s 241 et 375.

(4705) Voy. *supra*, n° 167.

(4706) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 230 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 35.

(4707) Sur l'importance de ce paramètre, voy. *supra*, n°s 16 et s.

En effet, nous avons constaté que parce qu'elle trouve sa cause dans un manquement commis dans l'exécution du contrat, la résolution pour inexécution ne remet pas en cause, en tant que telle, la conclusion même de ce contrat (4708) et doit dès lors produire des effets moins étendus que la nullité (4709). Pour des raisons similaires, il serait excessif de considérer que la réalisation de la condition résolutoire aurait pour conséquence de supprimer rétroactivement l'accord de volonté des parties. Au contraire, les restitutions qui en découlent sont *conformes* à cet accord de volonté, puisque les parties ont, dès l'origine, envisagé que l'événement érigé en condition puisse se produire et en ont fait dépendre l'extinction de leurs obligations.

En outre, il serait curieux de conférer à la réalisation de la condition résolutoire des effets plus étendus qu'à la résolution pour inexécution, en particulier lorsque celle-ci intervient en vertu d'une clause résolutoire expresse (4710). En effet, la résolution pour inexécution a pour objectif de protéger le créancier d'une obligation inexécutée en lui permettant de corriger le déséquilibre causé par cette inexécution en effaçant l'exécution donnée de part et d'autre au contrat (4711). Il serait dès lors étrange que le créancier victime d'une telle inexécution soit *moins bien protégé* que celui bénéficiant d'une condition résolutoire, alors que celle-ci n'a pas principalement pour objet de lui accorder une telle protection.

Nous arrivons ainsi à la conclusion que, dans les cas où la nullité ou la résolution pour inexécution sont dépourvues d'effet rétroactif entre parties, il devrait *a fortiori* en aller de même pour la condition résolutoire. Ce raisonnement qui, il est vrai, ne suffit pas à lui seul pour exclure tout effet rétroactif de la condition résolutoire entre parties, permet en tout cas d'en limiter déjà la portée sur la base d'une interprétation conforme des articles 1179 et 1183 du Code civil au principe constitutionnel d'égalité (4712).

(4708) Voy. *supra*, n° 377.

(4709) Voy. *supra*, n° 378.

(4710) Nous avons vu en effet que la résolution pour inexécution produisait en règle des effets identiques, qu'elle soit prononcée en justice ou notifiée en vertu d'une clause résolutoire expresse (voy. *supra*, n° 363).

(4711) Voy. *supra*, n° 354.

(4712) Sur la technique de l'interprétation conforme au principe constitutionnel d'égalité, voy. *supra*, n° 72, et, sur l'importance du raisonnement *a fortiori* dans ce contexte, voy. *supra*, n° 69.

501. Deuxième argument – Limitation du domaine du terme extinctif. Un deuxième élément qui conduit à douter de l'idée selon laquelle la condition résolutoire serait dotée d'un effet rétroactif absolu entre parties consiste dans le choix limité que le Code civil offre aux parties qui souhaitent convenir de la dissolution automatique de leur contrat en cas de survenance d'un événement extérieur.

Le Code ne leur offre en effet que deux possibilités : assortir leurs engagements d'un terme extinctif – dépourvu d'effet rétroactif – ou d'une condition résolutoire.

Entre ces deux possibilités, les parties ne disposent toutefois pas d'un véritable choix. En effet, dès que l'arrivée de l'événement dont dépend l'extinction de l'obligation est incertaine, la clause constitue automatiquement une condition résolutoire plutôt qu'un terme (4713).

Le recours à la condition résolutoire n'implique donc pas nécessairement la volonté d'effacer rétroactivement les engagements conclus, mais peut s'expliquer par l'impossibilité d'ériger en terme extinctif un événement incertain.

502. Troisième argument – Intérêt économique de l'opération. Il faut enfin garder à l'esprit que les parties qui souhaitent faire dépendre le sort de leur convention de la survenance d'un événement incertain peuvent encore choisir – il s'agit cette fois d'un véritable choix – entre la condition suspensive et la condition résolutoire.

Dans le premier cas, l'exigibilité de l'engagement sera suspendue jusqu'à la survenance de l'événement. Dans le second, au contraire, l'obligation sera exigible depuis l'origine (4714).

On peut supposer que le choix entre ces deux possibilités n'est pas innocent. Si les parties optent pour la condition résolutoire, c'est parce qu'elles ont un *intérêt économique* à ce que le contrat soit immédiatement exécuté. Si, maintenant, l'événement érigé en condition survient, les parties entendent certes mettre un terme à leurs engagements, mais on peut douter qu'elles veuillent pour

(4713) Pour une application, voy. Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 612. Comp. l'article 1173 du **Projet Catala** qui prévoit l'introduction d'un troisième type de condition, la condition extinctive non rétroactive.

(4714) Voy. *supra*, n°s 169 et 172.

autant effacer *l'ensemble* des effets que leur accord a produits. À défaut, quelle serait encore l'utilité de leur opération (4715), et pourquoi ne se sont-elles pas contentées d'une condition suspensive ?

On trouve confirmation de cette intuition dans l'institution, classique, de la *vente à réméré*. Celle-ci visait autrefois à réaliser une opération de crédit à une époque où le droit canon interdisait en principe le prêt à intérêt (4716). En effet, le vendeur à réméré se trouvait dans une position analogue à celle d'un emprunteur, le prix perçu représentant le capital emprunté et la chose vendue jouant le rôle d'une sûreté, puisque l'acheteur-prêteur pouvait conserver celle-ci aussi longtemps que le vendeur-emprunteur ne lui avait pas remboursé le prix de la chose. Dans ce système, il est logique que l'exercice du réméré – qui constitue le déroulement normal de l'opération – ne porte pas atteinte aux baux contractés par l'acheteur-prêteur et que celui-ci ne soit pas tenu de restituer les fruits, tels que les loyers, perçus *pendente condicione* : ceux-ci représentent en effet les intérêts sur le capital prêté (4717). Ainsi, l'opération ne répond à une logique économique que si la réalisation de la condition résolutoire laisse subsister certaines traces du contrat, à savoir en l'occurrence la perception des fruits. Entre parties, la résolution de la vente à réméré n'intervient donc que pour l'avenir (4718). À l'égard des tiers, en revanche, cette résolution effacera rétroactivement les charges et aliénations consenties *pendente condicione* par l'acheteur-prêteur, et ce, en vue de protéger le vendeur-emprunteur contre les actes de disposition accomplis par son cocontractant qui menaceraient les droits qu'il entendait retirer de la réalisation de la condition.

Le même raisonnement peut être tenu en dehors du cadre de la vente à réméré, ainsi que l'illustrent les faits de la cause ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1993 (4719). Dans cette affaire, l'Office national de l'emploi avait recruté le 29 septembre 1986 un travailleur sous la condition résolutoire de la non-

(4715) Comp., dans le même sens, à propos de la condition purement potestative dans le chef du débiteur, P.A. FORIERS, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 12, p. 124 ; à propos de la faculté de résiliation unilatérale, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 660, pp. 703 et s.

(4716) Sur l'interdiction de l'usure et les différentes manières dont elle était tournée, cons. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, *o.c.*, pp. 170 et s. Sur les utilisations modernes de la technique du réméré, voy. I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 60, pp. 130 et s. ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n°s 7 et s., pp. 197 et s.

(4717) Voy. P.A. FORIERS, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 6, p. 120.

(4718) Voy. l'opinion de POTHIER citée *infra*, n° 503.

(4719) Cass., 18 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 52, *R. Cass.*, 1993, p. 71, note W. RAUWS.

réussite par celui-ci du concours d'instructeur. Le travailleur ayant échoué audit concours, l'ONEm l'a ensuite informé le 5 février 1988 que son contrat prendrait fin au 1^{er} mai 1988. La Cour de cassation a admis la validité d'une telle condition résolutoire, aux motifs « qu'une condition résolutoire stipulée dans un contrat de travail est nulle lorsqu'elle a pour effet que le contrat peut prendre fin uniquement par la volonté d'une des parties sans respect des règles impératives régissant le licenciement prescrites par le droit des contrats de travail », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La Cour n'était certes pas saisie de la question des effets de la résolution résultant de cette clause, mais on voit immédiatement que si l'ONEm avait estimé que le travailleur ne lui aurait été d'aucune utilité sans la réussite du concours d'inspecteur, il ne l'aurait jamais engagé pour une durée de presque deux ans, même en supposant que l'arrivée de la condition aurait contraint le travailleur à rembourser tous les salaires perçus, et l'ONEm à l'indemniser du travail accompli : il aurait plutôt conclu le contrat sous condition suspensive ou, plus vraisemblablement, aurait attendu que le travailleur réussisse le concours avant de l'engager. Si, donc, le travailleur est immédiatement entré en fonction, fût-ce sous condition résolutoire, on peut supposer que c'est parce que l'ONEm entendait, dans l'attente de l'organisation du prochain concours, l'employer à certaines tâches qu'elle l'estimait apte à remplir même sans avoir encore réussi celui-ci. Dans ces conditions, il serait sans doute excessif d'effacer l'exécution donnée *pendente condicione* au contrat.

503. Conclusion – Approche fonctionnelle. Comme pour la condition suspensive, nous aboutissons donc à la conclusion qu'en dépit des termes absolus des articles 1179 et 1183 du Code civil, il n'est nullement indispensable de reconnaître à la condition résolutoire un effet rétroactif dans les rapports entre parties. Si la rétroactivité se justifie, c'est uniquement dans les rapports avec les tiers, plus précisément dans la stricte mesure nécessaire pour assurer la protection des droits du débiteur conditionnel en cas de réalisation de la condition, puisque les actes de disposition consentis *pendente condicione* sur la chose se trouvent ainsi effacés. Dès lors, sur la base d'une réduction téléologique de ces dispositions (4720), la condition résolutoire ne doit pas se voir reconnaître un effet rétroactif excédant ce but (4721). La

(4720) Sur cette méthode d'interprétation, voy. *supra*, n° 42.

(4721) Voy. déjà *supra*, n° 181.

rétroactivité de la condition résolutoire constitue donc, non une notion conceptuelle dont la portée pourrait être déduite *a priori* de sa définition, mais une notion fonctionnelle, c'est-à-dire une technique mise au service d'intérêts précis et dont la portée est commandée par ceux-ci (4722).

Cet objectif limité de la rétroactivité apparaît clairement si l'on examine dans les écrits de Pothier le traitement de la vente à réméré, qui deviendra après l'adoption du Code le paradigme du contrat conclu sous condition résolutoire (4723). En effet, pour cet auteur, « [l]'effet du réméré, lorsque la clause du réméré est portée par le contrat de vente, est d'opérer pour l'avenir la résolution du contrat de vente » (4724), principe dont il fait application entre parties en ce qui concerne les accroissements de la chose (4725) ainsi que ses fruits qui peuvent être conservés par l'acheteur même après l'exercice du réméré (4726). Par ailleurs, si les charges et autres droits réels consentis par l'acheteur *pendente condicione* doivent tomber, c'est en vertu du principe selon lequel il ne peut transférer à des tiers plus de droits qu'il n'en avait (4727). Sur ce dernier point, nous avons vu cependant que la règle *nemo plus juris* ne suffisait plus, en droit positif, à justifier la remise en cause des actes de disposition consentis par l'acheteur à réméré (4728). Pour y parvenir, il faut donc une justification supplémentaire : tel est précisément le rôle conféré par la doctrine moderne à la rétroactivité. Cette fonction limitée ne doit cependant pas occulter le principe initial de la non-rétroactivité de la condition résolutoire, qui conserve tout son sens dans les rapports entre parties.

Il importe, maintenant, de s'assurer que l'état du droit positif répond bien à cette analyse.

III. – Effets entre parties

504. Plan. Nous aborderons, dans un premier stade, les restitutions auxquelles la réalisation de la condition résolutoire impose de procéder (A). Après avoir examiné leur fondement, leur objet et leur forme (1), nous passerons en revue le sort des fruits (2), des

(4722) Sur la différence entre notions conceptuelles et fonctionnelles, voy. *supra*, n^{os} 5 et s.

(4723) Voy. à ce propos *supra*, n^o 494.

(4724) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n^o 430, p. 264.

(4725) *Ibid.*, n^o 403, p. 252.

(4726) *Ibid.*, n^o 406, p. 254.

(4727) *Ibid.*, n^o 431, p. 265.

(4728) Voy. *supra*, n^o 180.

contrats successifs (3) et des moins-values et plus-values affectant la chose (4). Nous concluons en exposant brièvement les autres conséquences que la réalisation de la condition résolutoire entraîne pour les parties (B).

A. – Restitutions

1. – *Principe et fondement*

505. Principe. Le devoir de procéder à des restitutions en cas de réalisation de la condition résolutoire est expressément prévu par l'article 1183 du Code civil. Il s'opère, à ce stade, une interversion des qualités des parties, puisque le *créancier* conditionnel de la chose (par exemple, l'acheteur à réméré) devient ainsi le *débiteur* de sa restitution.

On s'accorde à reconnaître que l'arrivée de la condition résolutoire laisse intact le lien synallagmatique sous-jacent, de sorte que les obligations de restitution réciproques s'inscriront dans un rapport de même nature (4729). Ainsi, lorsqu'une partie s'abstient de restituer ce qu'elle a reçu, l'autre pourra suspendre ses propres restitutions en lui opposant l'exception d'inexécution (4730) ou un droit de rétention (4731). Cette solution est du reste parfaitement conforme à la logique du raisonnement *a fortiori* que nous avons défendue (4732) : puisque le caractère synallagmatique du rapport entre parties survit aussi bien à la nullité qu'à la résolution pour inexécution (4733), il doit également subsister en cas de simple réalisation d'une condition résolutoire.

(4729) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 239 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 395, p. 469 (vente à réméré).

(4730) Arg. art. 1673, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, du Code civil (le vendeur à réméré « ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations » énoncées dans la phrase précédente) ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 239 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 395, p. 469 (vente à réméré) ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 45, p. 215 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome I^{er}, o.c., n° 563, p. 845.

(4731) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 239. Le droit de rétention est désormais consacré par l'article 73 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(4732) Voy. *supra*, n° 500.

(4733) Voy. *supra*, nos 243 et 415.

506. Fondement personnel – Enrichissement sans cause et paiement indu. Afin de préciser le régime technique des restitutions, il importerait d'en déterminer le fondement exact.

Généralement, les restitutions consécutives à la réalisation de la condition résolutoire sont fondées sur les théories de l'enrichissement sans cause ou du paiement indu (4734). Celles-ci se heurtent toutefois aux objections que nous avons déjà relevées (4735).

Ainsi, on peut reprocher à la théorie de l'enrichissement sans cause de ne pas permettre d'assurer une restitution intégrale des prestations (4736), d'être difficilement compatible avec l'existence de deux obligations réciproques de restitution alors que l'enrichissement consiste plutôt dans la différence de valeur entre les deux prestations, et de ne pouvoir être invoquée, en raison de son caractère subsidiaire, qu'en l'absence de tout autre fondement.

Quant à la théorie du paiement indu, elle repose toute entière sur la distinction entre l'*accipens* de bonne ou de mauvaise foi. Or, celle-ci n'est guère satisfaisante dans le domaine de la condition résolutoire. En effet, le créancier conditionnel connaît, par hypothèse, depuis la conclusion du contrat, la précarité de son titre, puisqu'il a lui-même conclu la condition résolutoire. Il sait donc, en d'autres termes, qu'il pourra à tout moment être tenu de restituer ce qu'il a reçu, et est dès lors de « mauvaise foi » au sens des articles 1378 et suivants du Code civil. Rien ne justifie pourtant en opportunité de faire preuve à son égard d'une telle sévérité.

Revenons à la vente à réméré. L'article 1673 du Code civil n'impose au vendeur que de restituer le « prix principal », à l'exclusion donc des intérêts (4737). Or, s'il avait fallu faire application des règles relatives au paiement de l'indu, l'article 1378 lui aurait prescrit de restituer les intérêts du prix.

En outre, la théorie du paiement indu est mal adaptée aux obligations de faire et de ne pas faire (4738) et devrait donner lieu à deux obligations unilatérales, plutôt qu'à un véritable rapport synallagmatique de restitution.

(4734) En ce sens, M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 217, p. 142.

(4735) Pour plus de détails, voy. *supra*, n°s 245 et s. (nullité) et n°s 416 et s. (résolution pour inexécution).

(4736) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 228.

(4737) Voy. *infra*, n° 512.

(4738) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *o.c.*, n° 228.

Enfin, tant la théorie de l'enrichissement sans cause que celle du paiement indu reposent dans une certaine mesure sur l'idée d'un effacement rétroactif de l'obligation : un transfert de richesses, un paiement, serait intervenu de manière valable à un certain moment, mais serait après coup considéré comme ayant été accompli en exécution d'une obligation devenue inexistante (4739). Or, nous avons vu que le recours à la rétroactivité n'était pas indispensable pour justifier les restitutions entre parties (4740).

507. Suite – Fondement autonome. La recherche d'un fondement quasi contractuel aux obligations de restitution peut faire l'objet d'une critique plus fondamentale. Un tel détour apparaît en effet inutile puisque l'article 1183 du Code civil prévoit expressément le principe des restitutions.

Certains auteurs considèrent dès lors que les restitutions consécutives à la réalisation de la condition résolutoire reposent sur un fondement *sui generis* (4741). Cette idée peut encore être précisée. En effet, puisque les restitutions constituent une conséquence normale du contrat, certes incertaine mais néanmoins prévue par les parties dès la conclusion de leur accord (4742), il n'apparaît pas déplacé de reconnaître à ces restitutions un *fondement contractuel* (4743).

Nous n'allons pas jusqu'à prétendre que les parties auront systématiquement entendu régler toutes les conséquences de la résolution de leurs obligations, ce qui serait leur prêter des intentions qu'elles n'ont sans doute pas eues (4744). Toutefois, la convention oblige non seulement à ce qui a été expressément ou tacitement convenu, mais également à toutes les suites que la loi lui donne (article 1135 du Code civil). Il ne paraît dès lors pas inconciliable de considérer, d'une part,

(4739) Ce lien avec l'idée de rétroactivité apparaît très clairement **en droit néerlandais** : lorsque le législateur a supprimé l'effet rétroactif de la condition résolutoire, il a jugé nécessaire de régler les restitutions dans une disposition expresse (l'article 6:24 NBW), parce que les règles du paiement indu n'étaient plus applicables (voy. à ce propos J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 226 ; W.L. VALK, « Art. 6:24 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 516 et s., n° 1, p. 517).

(4740) Voy. *supra*, n° 499.

(4741) C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 137, p. 209, note n° 264.

(4742) Voy. *supra*, n° 500.

(4743) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 229 et s.

(4744) Comp., dans le domaine de la résolution pour inexécution, la critique de T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 71, p. 54.

que les restitutions ont un fondement contractuel mais que, d'autre part, leur régime est prévu de manière supplétive par la loi (4745).

Cette conception se rapproche de la **théorie allemande** du rapport de liquidation, élaborée initialement dans le domaine de la résolution pour inexécution (4746). En effet, si l'on admet classiquement que les restitutions consécutives à la réalisation d'une condition résolutoire insérée dans un acte créateur d'obligations (4747) se fondent sur le § 812 du BGB relatif à l'enrichissement sans cause, de nombreux auteurs considèrent aujourd'hui qu'elles trouvent plus exactement leur fondement dans le contrat, les parties ayant envisagé les restitutions dès la conclusion de celui-ci (4748).

En réalité, l'idée de donner un fondement contractuel aux restitutions consécutives à la réalisation de la condition résolutoire est plus ancienne qu'il n'y paraît. C'est ainsi qu'en **droit romain**, les parties à une vente sous condition résolutoire disposaient déjà des actions *ex empto et vendito* (4749), conception qui se retrouve sous l'Ancien Droit (4750) ainsi que chez les premiers commentateurs du Code civil (4751).

Ce fondement contractuel permet de déterminer le délai de prescription de l'action personnelle en restitution, c'est-à-dire dix ans à dater de la réalisation de la condition (soit le moment à partir duquel les obligations de restitution deviennent exigibles) (4752).

508. Fondement réel. À côté de son action personnelle en restitution, le débiteur conditionnel de la chose dispose également d'une action réelle en revendication, puisque la résolution de l'obligation de donner a pour effet de le faire redevenir de plein droit

(4745) Comp., sur les liens entre la volonté des parties et les effets juridiques de l'accord conclu, *supra*, n° 321, II.

(4746) Voy. *supra*, n° 364.

(4747) Sur le caractère dualiste du droit allemand et la distinction entre acte créateur d'obligations et acte de disposition, voy. *supra*, n° 176.

(4748) Voy. R. BORK, *o.c.*, *Staudingers Kommentar*, § 159, n° 9, p. 736 ; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 50, n° 37, p. 922 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, n° 840, p. 330 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, o.c.*, § 133, n° 1139, p. 386.

(4749) Voy. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, o.c.*, pp. 733 et s.

(4750) Voy. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n° 396, p. 246 (vente à réméré), n° 454 et p. 256 (*addictio in rem*).

(4751) Voy. C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, *o.c.*, n° 564, p. 601 (pour qui, si l'obligation est résolue, le contrat en revanche « reste dans toute sa force pour obliger les contractants à remplir les engagements qui naissent de la résolution des premières obligations »).

(4752) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 240.

propriétaire (4753). Si l'existence de ce droit réel présente surtout un intérêt dans les rapports avec les tiers (4754), elle n'en est pas totalement dépourvue entre parties puisque le droit de propriété échappe à la prescription extinctive (4755).

509. Objet des restitutions. Comme le prévoit l'article 1183 du Code civil, chaque partie se trouve tenue de restituer ce qu'elle a reçu de l'autre en vertu de l'obligation résolue (4756). Les développements que nous avons consacrés à cette question dans le domaine des nullités, particulièrement en ce qui concerne les contrats réels ainsi que les paiements effectués par ou au profit de tiers, peuvent ici être appliqués par analogie (4757).

510. Forme et étendue. Conformément au droit commun, les restitutions ont lieu en principe en nature (4758), à moins que celle-ci ne s'avère impossible (4759) ou ne soit constitutive d'abus de droit (4760). Il est vrai que cette dernière hypothèse devrait demeurer exceptionnelle en pratique, la possibilité d'une restitution en nature ayant été envisagée par les parties dès la conclusion du contrat (4761). On sait par ailleurs que, pour apprécier cette

(4753) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 394, p. 468 (vente à réméré) ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 217, p. 142. La question de savoir si c'était également le cas en **droit romain** est controversée : cons. R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, o.c., pp. 734 et s.

(4754) Voy. *infra*, n° 522.

(4755) Voy. à ce propos *supra*, n° 248.

(4756) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 394, p. 468 (vente à réméré) ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 57, p. 126 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 217, p. 141.

(4757) Voy. *supra*, n° 253.

(4758) Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 64, point 1, A.C., n° 64, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER, *T.R.V.*, 2012, p. 627, note B. BELLEN et R. VLEUGELS ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 238 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 177, p. 190 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 138, p. 210 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 45, p. 215 ; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., *L'obligation de restitution du banquier*, n° 14, p. 16.

(4759) Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 64, point 1, A.C., n° 64, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER, *T.R.V.*, 2012, p. 627, note B. BELLEN et R. VLEUGELS ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 143, p. 212 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 45, p. 215 ; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., *L'obligation de restitution du banquier*, n° 14, p. 17, note n° 27.

(4760) C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 142, p. 212 ; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., *L'obligation de restitution du banquier*, n° 14, p. 17, note n° 27.

(4761) Sur la prise en compte de la prévisibilité de la situation pour apprécier s'il y a abus de droit, voy. les intéressantes réflexions de J. VAN ZUYLEN, o.c., *D.A.O.R.*, 2012/101, n° 11, p. 14.

impossibilité, il y a lieu de tenir compte du caractère en principe interchangeable des choses de genre (*genera non pereunt*) (4762). À défaut de restitution en nature, la chose doit être restituée par équivalent sur la base de la valeur objective de la chose (4763).

511. Suite – Coûts engendrés par les restitutions. Une question délicate est celle de la charge des coûts engendrés par les restitutions.

En droit commun, le coût de l'exécution d'une obligation est à la charge de celui tenu de l'exécuter (article 1248 du Code civil), soit en l'occurrence le créancier conditionnel de la chose, débiteur de sa restitution. Telle est la solution que nous avons préconisée dans le domaine de la nullité et de la résolution pour inexécution, sous réserve d'une éventuelle responsabilité du cocontractant (4764).

L'article 1673 amène cependant à douter de cette solution en imposant au vendeur qui use du pacte de rachat de rembourser « les frais et loyaux coûts de la vente ». S'agirait-il de l'expression d'un principe applicable à toutes les formes de conditions résolutoires ?

À la réflexion, nous pensons que l'article 1673 ne constitue sur ce point qu'une disposition spéciale, propre au domaine de la vente à réméré (4765). Pothier enseigne en effet que cette obligation de rembourser les frais et loyaux coûts de la vente procède de l'idée que « la faculté de rémérer n'étant pas due au vendeur par la nature du contrat, et étant pour cela appelée par plusieurs coutumes, grâce de réméré ; l'acheteur, qui accorde cette faculté au vendeur pour lui faire plaisir, est censé ne l'accorder qu'à la charge qu'il sera rendu indemne » (4766). On se rappellera, en effet, que sous l'Ancien Droit, la vente à réméré jouait la fonction d'un prêt à intérêt, prohibé en tant que tel par le droit canon, l'acheteur occupant la position du prêteur se payant sur les loyers de la chose (4767). Dans ce cadre, on peut comprendre que les frais de l'exercice du réméré soient mis à la charge du vendeur-emprunteur, de la même manière que l'emprunteur supporte aujourd'hui régulièrement les frais liés à la conclusion du prêt : ces frais participent en effet du coût du service qui lui est

(4762) C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 143, p. 212 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *L'obligation de restitution du banquier*, n° 15, p. 18.

(4763) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 182, p. 196 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 45, p. 215.

(4764) Voy. *supra*, n°s 255 et 423.

(4765) En ce sens, A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, *o.c.*, n° 86, p. 94.

(4766) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, *o.c.*, n° 422, p. 262.

(4767) Voy. *supra*, n° 502.

fourni. Il nous paraît en revanche hasardeux d'étendre cette répartition des charges au-delà de ce contexte particulier. Certes, en cas de volonté expresse ou tacite des parties de faire supporter les coûts de la restitution par le débiteur conditionnel de la chose (créancier de sa restitution), ce principe devra être respecté ; mais, en l'absence d'une volonté claire en ce sens, il nous paraît préférable de faire supporter cette charge par le créancier conditionnel (débiteur de la restitution), conformément au droit commun.

2. – *Fruits*

512. Conservation des fruits perçus par chaque partie. Les auteurs sont assez partagés sur la question de savoir si les fruits de la chose livrée sous condition résolutoire doivent ou non être restitués en cas de réalisation de la condition.

Pour les uns, la réponse est affirmative. Ils se fondent à cet égard sur l'effet rétroactif de la condition (article 1179 du Code civil) et sur le principe de la remise en pristin état (article 1183 du Code civil) (4768). Certains ajoutent que l'article 549 du Code civil ne pourrait faire obstacle à cette restitution dès lors que le créancier sous condition résolutoire n'est pas un tiers (4769). Le fondement de l'inapplication de cette disposition nous paraît devoir être précisé. En effet, nous avons vu qu'elle pouvait en réalité être appliquée aussi bien dans les rapports entre parties qu'envers les tiers (4770). Toutefois, il nous paraît clair que le créancier sous condition résolutoire ne peut se prétendre de « bonne foi » au sens de cette disposition, ayant parfaitement connaissance de la précarité de son titre (4771).

(4768) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 446 (sous réserve de la volonté contraire des parties) ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 290, p. 393 (sous la même réserve) ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, o.c., n° 94, p. 111 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 85 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n° 563, p. 599.

(4769) A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, o.c., n° 94, p. 112.

(4770) Voy. *supra*, n°s 257 et 425.

(4771) J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 290, p. 391 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 165 ; voy., dans le même sens, à propos du paiement indu, *supra*, n° 506.

Les autres considèrent au contraire que les restitutions doivent, au moins dans une certaine mesure, être écartées. La justification avancée varie cependant (4772).

Ainsi, certains invoquent l'article 549 du Code civil pour écarter les restitutions (4773). Nous venons de voir cependant que la condition de bonne foi ne paraît pas être remplie.

D'autres se fondent quant à eux sur une idée de compensation entre les fruits de la chose et les intérêts de son prix (4774), avec pour conséquence qu'une restitution devrait quand même avoir lieu lorsque la perception des intérêts et du prix est intervenue de manière asymétrique (par exemple, parce que la chose n'était pas frugifère) (4775).

On se réfère également à diverses dispositions du Code civil dont on prétend induire un principe général de non-restitution des fruits (4776).

À notre sens, la meilleure justification de l'absence de restitution des intérêts et des fruits réside dans le fait que la rétroactivité prévue aux articles 1179 et 1183 du Code civil n'est qu'une rétroactivité restreinte (4777). En effet, nous avons vu qu'elle avait pour seul but de protéger le débiteur sous condition résolutoire contre les actes de disposition que le créancier pourrait accomplir à son préjudice en faveur de tiers (4778). Un tel but limité ne commande toutefois pas de reconnaître à la condition résolutoire un

(4772) Outre les justifications développées ci-après, voy. encore P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *L'obligation de restitution du banquier*, n° 18, p. 22 (qui considère que les fruits ne doivent pas être restitués toutes les fois que le contrat conférerait au débiteur de la restitution le droit de jouir de la chose et d'en user). *Adde*, sans justification particulière, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 290, p. 275 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 218, p. 143.

(4773) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1223, p. 1754, et tome I^{er}, *o.c.*, n° 677, p. 1008.

(4774) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 395, p. 470 (vente à réméré) ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, pp. 165 et s. ; voy. également R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n° 406, p. 254 (vente à réméré).

(4775) Voy. I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 57, p. 128 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 140, p. 211.

(4776) Voy. ainsi C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 128, p. 207 ; pour une critique de cette approche, voy. *supra*, n° 187.

(4777) C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 322, p. 124, spéc. note n° 76 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 23, pp. 91 et s.

(4778) Voy. *supra*, n° 503 ; voy. également R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n° 406, p. 254.

effet rétroactif entre parties, dès lors que la perception des fruits intervenue *pendente condicione* ne contredit en rien le droit sur la chose auquel le débiteur sous condition résolutoire peut prétendre à compter de la réalisation de la condition (4779). L'article 1673 du Code civil le confirme implicitement en matière de vente à réméré en prescrivant uniquement le remboursement du « *prix principal* », excluant ainsi la restitution des intérêts (4780).

Dès lors que le créancier sous condition résolutoire ne doit pas restituer les fruits de la chose, il ne peut pas non plus être tenu d'indemniser son cocontractant pour l'usage ou la jouissance de la chose dont il a bénéficié *pendente condicione* (4781).

3. – *Contrats successifs et aléatoires*

513. Principe. Dans ce domaine également, la doctrine se trouve partagée (4782).

Certains auteurs s'en tiennent en effet strictement à l'effet rétroactif de la condition résolutoire, et considèrent dès lors que le créancier ayant bénéficié *pendente condicione* d'une prestation à caractère successif, telle que la mise à disposition d'une chose, est tenu en cas de réalisation de la condition de verser une indemnité égale à la valeur objective de cette prestation, et doit recevoir en retour le loyer qu'il avait payé (4783).

La majorité des auteurs s'accordent toutefois à considérer que la condition résolutoire laisse intactes les prestations successives exécutées *pendente condicione* (4784). Si l'on invoque souvent à

(4779) Voy. I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 57, p. 127, note n° 238 ; voy. déjà *supra*, n° 187.

(4780) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 395, p. 470. Cette solution trouve, il est vrai, son origine dans l'utilisation de la vente à réméré comme instrument de crédit (voy. à ce propos *supra*, n° 502).

(4781) I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 58, p. 128.

(4782) Outre les opinions exposées ci-après, une fraction de la doctrine se réfère par analogie au régime des nullités (ainsi, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1223, p. 1754), ce qui apparaît critiquable, compte tenu des différences importantes entre l'objectif de la nullité et celui de la condition résolutoire (voy. *supra*, n° 500).

(4783) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, *o.c.*, n° 1386, p. 800 (mais comp. n° 1391, p. 803).

(4784) Voy., outre les auteurs cités ci-après, C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, *o.c.*, § 322, p. 133 ; C. EYBEN et J. ACOLY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 127, p. 206 ; P.A. FORIERS, *o.c.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 12, p. 125 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, *o.c.*, *La vente*, n° 38, p. 212.

cet égard l'impossibilité de restituer en nature de telles prestations (4785), on sait que cet argument est insuffisant dès lors que la restitution pourrait également intervenir par équivalent (4786). En réalité, la solution se fonde plutôt sur une combinaison de motifs qui se renforcent mutuellement.

Tout d'abord, elle peut s'appuyer sur une recherche de la volonté présumée des parties, liée à la divisibilité de principe du contrat (4787). Ainsi, en cas de conclusion d'un bail sous condition résolutoire, on peut raisonnablement supposer que les parties ont entendu considérer la période antérieure à la réalisation de la condition comme étant séparable de celle qui lui est postérieure, et ce, d'autant plus que la condition résolutoire constitue le seul instrument mis à leur disposition par le Code civil pour faire dépendre la fin du contrat d'un événement extérieur incertain (4788). Dès lors, sauf volonté contraire, la résolution du contrat ne devrait intervenir que pour l'avenir.

Cette solution est également conforme à l'idée que nous défendons selon laquelle l'attribution d'un effet rétroactif à la condition résolutoire dans les rapports entre parties excéderait le but en vue duquel cette rétroactivité a été instituée (4789).

En outre, cette limitation de l'effet rétroactif de la condition résolutoire peut également se réclamer d'un rapprochement avec le régime de la résolution pour inexécution. En effet, dès lors que cette dernière laisse intactes les prestations successives antérieures à l'événement rétroactif (4790), il doit *a fortiori* en aller de même de la condition résolutoire, la résolution du contrat voulu

(4785) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, o.c., n° 1391, p. 803 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 290, p. 275 ; Y. HANNEQUART, « La Condition », *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, o.c., n° 350, p. 458 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 121 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 221, p. 143.

(4786) Comp. *supra*, n°s 260 et 430.

(4787) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 236 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 117, p. 204 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 40, p. 178 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 121 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 221, p. 144 ; comp., en matière de résolution pour inexécution, *supra*, n°s 435 et s.

(4788) Voy. à ce propos *supra*, n° 501.

(4789) Voy. *supra*, n° 503.

(4790) Sur la notion d'événement rétroactif, voy. *supra*, n°s 58 et s. Dans la résolution pour inexécution, il s'agit du manquement du débiteur, là où il s'agit de l'accomplissement de la condition dans la condition résolutoire.

par les parties ne pouvant pas raisonnablement se voir reconnaître des effets plus étendus que celle instaurée par le législateur à titre de sanction des manquements du débiteur (4791).

Dès lors que la résolution n'atteint donc en principe les contrats successifs que pour l'avenir, le créancier sous condition résolutoire pourra donc continuer à réclamer après la réalisation de la condition l'exécution des obligations antérieures demeurées en souffrance, tel un arriéré de loyers (4792). En outre, on relèvera que l'effet *ad futurum* de la résolution n'est pas exclusif de l'existence d'une obligation de restitution anticipée par rapport à la date initialement convenue (4793). Ainsi par exemple, dans l'hypothèse d'un bail sous condition résolutoire, les lieux loués devront être restitués au bailleur à compter de la réalisation de la condition.

On soulignera enfin que ces principes peuvent être transposés aux contrats aléatoires (4794).

4. – *Plus-values et moins-values*

514. Perte totale de la chose par cas fortuit. On sait qu'en matière de condition suspensive, l'article 1182 du Code civil consacre, par dérogation à l'article 1138, une application de la règle *res perit debitori* dans le cas où la perte de la chose survient par cas fortuit avant la réalisation de la condition (4795). Dès lors que les textes relatifs à la condition résolutoire ne comportent pas de disposition similaire, la question s'est posée de savoir sur quelle partie pesait alors le risque de la contre-prestation (4796).

Pour les uns, il convient de revenir au droit commun de la vente, à savoir la règle *res perit domino*. Or, puisque le débiteur de la chose sous condition résolutoire (par exemple, le vendeur à réméré) redevient rétroactivement propriétaire en cas de réalisation de la condition, c'est sur lui que pèseraient les risques en

(4791) Voy. à ce propos *supra*, n° 500.

(4792) Voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 50, n° 38, p. 923.

(4793) Voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, o.c.*, § 50, n° 38, p. 923.

(4794) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 121 ; sur la mise en oeuvre concrète de ces solutions, comp., *supra*, n° 442.

(4795) Voy. *supra*, n° 188.

(4796) Sur les différentes acceptions du mot « risque », voy. *supra*, n° 264.

cas de perte fortuite *pendente condicione* (4797). Concrètement, il serait donc tenu de restituer le prix de la chose sans rien recevoir en échange.

Pour les autres au contraire, c'est la règle *res perit debitori* qu'il conviendrait d'appliquer, la perte fortuite de la chose libérant chaque partie de leurs obligations de restitution. Plusieurs arguments nous paraissent plaider en ce sens (4798).

La plupart des auteurs partisans de cette thèse se fondent sur une application analogique de l'article 1182 (4799), laquelle se justifie en raison de l'étroite parenté existant entre la condition suspensive et la condition résolutoire (4800).

Au-delà des textes, on peut également relever que l'application de la règle *res perit debitori* est conforme au principe selon lequel la condition résolutoire est dépourvue d'effet rétroactif entre parties (4801), y compris donc en matière de risques (4802). En effet, pour reprendre le cas de la vente à réméré, les risques sont passés sur la tête de l'acheteur dès la conclusion de la vente (article 1138 du Code civil) ; ils le demeurent, en l'absence d'effet rétroactif de la résolution, jusqu'à l'accomplissement de la condition. Cette absence d'effet rétroactif peut du reste se justifier par l'idée que la

(4797) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 446 (sous réserve de la volonté contraire des parties) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 266, p. 255 ; F. GLANSDORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 23, p. 92 (qui paraît cependant assimiler risque de la prestation et risque de la contreprestation) ; voy. également A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, o.c., n° 91, pp. 101 et s.

(4798) Certains auteurs soutiennent également que la condition résolutoire ne peut se réaliser, à défaut d'objet, en cas de perte de la chose (C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 122 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 658, p. 701), mais nous avons déjà dénoncé la faiblesse de cet argument (voy. *supra*, n° 188).

(4799) Voy. C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 302, p. 122 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 393, p. 464, note n° 2 (à propos de la vente à réméré) ; J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 293, p. 403, note n° 1 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 129, p. 207 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 658, p. 701 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 110 (tout en critiquant ce qu'il estime être la solution légale) ; S. NUDELHOLE, o.c., *R.C.J.B.*, 1988, n° 18, p. 237 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1223, p. 1754, et tome I^{er}, o.c., n° 677, p. 1008 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 219, p. 143.

(4800) Voy. à ce propos *supra*, n° 164.

(4801) Voy. *supra*, n° 503.

(4802) Voy. en ce sens J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome I^{er}, o.c., *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. 1^{er}, titre IV, n° 10, pp. 143 et s. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 249.

réalisation de la condition résolutoire ne peut se voir reconnaître des effets plus étendus que ceux de la résolution pour inexécution (4803), laquelle ne remet pas non plus en cause rétroactivement la charge des risques répartie par le contrat (4804).

515. Suite – Cas particuliers. Lors de l'étude de la nullité, nous avons épinglé certaines situations rarement étudiées dans l'application de la théorie des risques aux restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat. Il s'agissait des obligations unilatérales de restitutions, de l'exécution asymétrique du contrat, des cas de perte de la chose antérieure au transfert des risques sur la tête du créancier de la chose et de perte postérieure à l'annulation du contrat (4805).

Dans la mesure où, tout comme en matière d'annulation (4806), l'effet rétroactif est écarté lorsqu'il s'agit d'appliquer la théorie des risques en cas de condition résolutoire, les développements que nous avons consacrés aux trois premières de ces situations particulières peuvent être ici transposés sans peine.

Il en va toutefois autrement dans l'hypothèse d'une perte postérieure à la réalisation de la condition résolutoire (4807). En ce cas se pose la question de savoir si, à compter de la réalisation de la condition, les risques repassent de plein droit sur la tête du débiteur conditionnel de la chose, redevenu propriétaire (*res perit domino*) (4808), ou si au contraire ils demeurent sur la tête du créancier conditionnel (*res perit debitori*), sans préjudice des effets d'une éventuelle mise en demeure (4809). Entre ces deux thèses, le doute est permis. En dépit des réticences que l'on peut éprouver à l'idée d'une application extensive de l'article 1138 du Code civil (4810), nous pensons à la réflexion qu'elle se justifie dans ce cas précis dès lors que le transfert de propriété résultant de la réalisation de la condition résolutoire constitue,

(4803) Voy. *supra*, n° 500.

(4804) Voy. *supra*, n° 447.

(4805) Voy. *supra*, n°s 268 et s.

(4806) Voy. *supra*, n° 267.

(4807) Comp. *supra*, n° 271. Le raisonnement développé en cas de perte postérieure à l'annulation n'est pas transposable en tant que tel parce que, à la différence de l'annulation, la résolution résultant de la réalisation d'une condition ne suppose pas nécessairement une demande en justice ; le raisonnement fondé sur l'existence d'une mise en demeure de restituer ne peut dès lors être suivi ici.

(4808) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 387, p. 461 (à propos de la vente à réméré).

(4809) Sur les conséquences de celle-ci, voy. *supra*, n° 445. Sur ce que le simple retard dans l'exécution n'empêche pas en soi mise en demeure, voy. l'article 1146 du Code civil ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 447, p. 429.

(4810) Comp. *supra*, n° 267.

tout comme le transfert initial opéré par la convention, une mutation volontaire de propriété. Ces deux transferts doivent dès lors être soumis en principe au même régime. À compter de la réalisation de la condition résolutoire, les risques nous paraissent donc repasser de plein droit sur la tête du débiteur conditionnel.

516. Perte partielle de la chose par cas fortuit. Supposons maintenant que la chose cédée sous condition résolutoire ait péri partiellement par cas fortuit avant que la condition ne s'accomplisse. La seule certitude est à cet égard que le débiteur de la restitution (par exemple, l'acheteur à réméré) n'est tenu d'aucune indemnité envers son cocontractant, puisque par hypothèse la perte partielle n'est pas due à sa faute (articles 1245 et 1302 du Code civil). Mais qu'advient-il alors de l'obligation réciproque du créancier de la restitution (par exemple, l'obligation du vendeur à réméré de restituer le prix) ? Deux solutions sont à cet égard envisageables.

La première consiste à écarter toute référence à l'article 1182, alinéa 3, du Code civil (4811). En se fondant sur la rétroactivité de la condition, on considère que la perte de la chose doit être supportée entièrement par le créancier de la restitution, qui en est devenu rétroactivement propriétaire (*res perit domino*). Celui-ci doit dès lors restituer la totalité du prix sans pouvoir en conserver une partie du fait de la perte partielle de la chose (4812).

Il nous paraît préférable, au contraire, d'admettre une application analogue de l'article 1182, alinéa 3, du Code civil, qui prévoit que « [s]i la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix ». Ainsi, le créancier de la restitution (par exemple, le vendeur à réméré) aura le choix soit de récupérer la chose sans indemnité, soit de « résoudre l'obligation », c'est-à-dire d'opter pour la libération de son obligation de restituer le prix et ainsi de conserver celui-ci intégralement (4813).

(4811) C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 322, pp. 122 et s., note n° 71 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 659, p. 702.

(4812) A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, o.c., n° 91, pp. 101 et s. ; R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 402, p. 251 (à propos de la vente à réméré).

(4813) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 111 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 219, p. 143.

En laissant un tel choix au créancier de la restitution, on aboutit donc à faire supporter le risque économique de la contre-prestation par le débiteur de la restitution, ce qui répond à l'esprit de la règle *res perit debitori*. Les risques demeurent ainsi sur la tête de la partie qui les supportait avant la réalisation de la condition, ce qui est en accord avec l'absence d'effet rétroactif de celle-ci entre parties (4814).

517. Perte de la chose par le fait du créancier conditionnel. Nous avons déjà relevé que la restitution devait s'opérer en nature ou, à défaut, par équivalent, en cas de perte matérielle ou juridique de la chose (4815). Les deux modes de restitution pourraient au demeurant être tous les deux applicables pour partie. Ainsi, si la chose a été détériorée par le fait du créancier sous condition résolutoire (débiteur de la restitution), celui-ci devra restituer en nature ce qu'il en reste et compenser en argent la perte partielle subie par la chose (4816). Par ailleurs, la forme de la restitution de la chose – en nature ou par équivalent – demeure en principe sans incidence sur l'obligation corrélatrice de restitution (par exemple du prix) (4817).

Comment évaluer l'indemnité due en cas de restitution par équivalent ? Il convient, comme d'ordinaire, d'évaluer objectivement la valeur de la chose impossible à restituer en nature indépendamment de sa valeur convenue (4818). Sur ce point, c'est le système de la *dette de valeur* qui paraît devoir être retenu, à savoir celui consistant à évaluer la chose au jour de la restitution, mais dans l'état où elle se trouvait le jour de sa délivrance (4819).

(4814) Voy. *supra*, n° 514.

(4815) Voy. *supra*, n° 510.

(4816) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits, o.c.*, n° 401, p. 251 (à propos de la vente à réméré). Tout au plus pourrait-on admettre qu'une indemnité pour l'usure résultant d'un usage normal de la chose soit implicitement exclue par la volonté des parties lorsque le contrat autorisait l'acquéreur sous condition résolutoire à en user (comp. en ce sens M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 77). Ce lien entre l'usure normale et le droit à la jouissance de la chose ne nous paraît cependant pas pouvoir être admis de manière générale, spécialement lorsque la dissolution du contrat peut être considérée comme anormale et tend donc à un effacement plus étendu du passé contractuel (comp. ainsi, en matière de nullité, *supra*, n° 273, I).

(4817) Voy., dans le même sens, en matière de nullité, *supra*, n° 273, III.

(4818) Voy. *supra*, n° 510.

(4819) C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 144, p. 213 ; voy., dans le même sens, en matière de nullité, *supra*, n° 273, II. Sur le cas particulier de la vétusté, voy. *supra*, n° 275.

À cet égard, l'on se gardera de tirer d'un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011 les conclusions qu'une lecture hâtive pourrait suggérer (4820).

Dans cette affaire, des actions cédées sous condition résolutoire par le premier demandeur en cassation (A) au défendeur (B) avaient été recédées par ce dernier au second demandeur en cassation (C). À la suite de la réalisation de la condition résolutoire, A demandait à B, à titre subsidiaire, « la restitution de la valeur des actions à la date de la cession ainsi que la désignation d'un expert en vue de la détermination de cette valeur ».

Le juge du fond avait rejeté cette demande au motif qu'elle n'était « pas opportune ». Ce motif, qui devait évidemment entraîner la cassation, était critiqué par le premier moyen. Statuant sur celui-ci, la Cour de cassation décide, au visa de l'article 1183 du Code civil, « qu'en cas de révocation d'une cession en raison de l'accomplissement d'une condition résolutoire, le cessionnaire est tenu de restituer la chose achetée au cédant, soit en nature, soit par équivalent si la restitution en nature n'est pas ou n'est plus possible » (point 1). Rappelant ensuite le contexte factuel et la décision du juge du fond, la Cour en conclut qu'en rejetant la demande subsidiaire précitée, le juge d'appel a violé l'article 1183 du Code civil.

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, il nous paraît clair que la Cour n'a pas entendu, ce faisant, se prononcer sur la date à laquelle les actions doivent être évaluées en cas de restitution par équivalent. Cette précision, que le moyen ne commandait pas – puisqu'il reprochait à l'arrêt attaqué, non pas d'avoir procédé à l'évaluation à une date plutôt qu'une autre, mais d'avoir purement et simplement rejeté la demande en restitution –, aurait au demeurant été prématurée. En effet, il ressort de la réponse au second moyen que la réalisation de la condition résolutoire affectant la vente conclue entre A et B avait, par voie de conséquence, privé C de la propriété des actions, à moins que celui-ci puisse se prévaloir d'une règle protectrice des tiers telle que l'article 2279 du Code civil (4821). L'arrêt attaqué ne comportant apparemment aucune appréciation sur ce point, c'est donc au juge de renvoi qu'il appartiendra de se prononcer sur la possibilité pour C de conserver les actions. Or, cette circonstance est essentielle pour la bonne compréhension du premier moyen. En effet, au cas où C n'aurait pas valablement acquis la propriété des actions, leur restitu-

(4820) Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 64, *A.C.*, n° 64, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER, *T.R.V.*, 2012, p. 627, note B. BELLEN et R. VLEUGELS.

(4821) Sur le motif selon lequel cette seconde vente serait « caduque », voy. *supra*, n° 201.

tion en nature à A serait possible (4822), de sorte que la question de la date à laquelle la restitution par équivalent doit être évaluée ne se poserait plus.

En réalité, il nous paraît qu'en rappelant la portée de la demande subsidiaire de A, la Cour de cassation a seulement entendu préciser l'étendue de la cassation et non se prononcer sur le fondement de cette demande, qui appartiendra au juge du fond. La lecture des conclusions de l'avocat général confirme d'ailleurs que la question de la date d'évaluation des actions à restituer ne formait pas l'enjeu du débat (4823).

518. Simple diminution de valeur due à une cause étrangère. Comme toujours (4824), la véritable perte de la chose, qui en entame la substance matérielle ou juridique, doit être distinguée de sa simple diminution de valeur due à des facteurs extrinsèques. Celle-ci est toujours supportée par le propriétaire de la chose, c'est-à-dire le créancier de la restitution (par exemple, le vendeur à réméré) (4825).

519. Augmentation de valeur de la chose. Si l'on examine maintenant les plus-values dont bénéficie la chose *pendente condicione*, il convient à nouveau de distinguer selon que celles-ci trouvent leur origine dans une cause étrangère ou dans un fait du créancier conditionnel (débiteur de la restitution).

Dans le premier cas, la plus-value acquise par la chose fait corps avec celle-ci et profite dès lors au débiteur conditionnel (créancier de la restitution), qui en redevient propriétaire. La chose lui sera donc restituée avec les accroissements naturels et les accessoires

(4822) Ou, plus exactement, leur revendication par A entre les mains de C, celle-ci valant cependant paiement de l'obligation de restitution de B (voy. à ce propos, *mutatis mutandis*, *supra*, n° 273, D).

(4823) Mme l'avocat général R. MORTIER conclut son raisonnement sur le premier moyen ainsi : « De appelrechter verantwoordt [...] zijn beslissing niet naar recht omdat het enkel feit dat de verplichting tot betaling van de koopprijs vervalt voor de koper niet impliceert dat de verkoper geen recht heeft op teruggave hetzij in natura, hetzij bij equivalent. Het oordeel van de appelrechter impliceert dus een schending van artikel 1138 B.W. Het eerste middel is gegrond. » (A.C., 2011, n° 64, point 1.2, p. 287). Elle laisse donc clairement ouverte la question de savoir si une restitution en nature ou par équivalent se justifiait en l'espèce.

(4824) Comp. *supra*, n°s 191 (condition suspensive), 275 (nullité) et 459 (résolution pour inexécution).

(4825) C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 141, p. 211, note n° 275.

qu'elle a acquis dans l'intervalle (4826), ce qui peut être vu comme un corollaire du principe de la restitution en nature (4827).

Si, en revanche, la chose a conservé ou augmenté de valeur par le fait du créancier conditionnel (par exemple l'acheteur à réméré), alors celui-ci pourra demander à son cocontractant le remboursement des impenses nécessaires et utiles (4828).

Sur ce point, la doctrine fait généralement une exception quant aux *dépenses d'entretien*. Celles-ci constituent certes des impenses nécessaires, mais le créancier conditionnel ne pourrait en réclamer le remboursement parce qu'elles constituent une charge de la jouissance de la chose dont il bénéficie par ailleurs (4829). À cet égard, bien que l'article 1673 du Code civil ne fasse aucune distinction entre les « réparations nécessaires » dont il impose le remboursement au vendeur à réméré, on rappellera que la théorie des impenses constitue en réalité une application de la théorie de l'enrichissement sans cause ; or, dans la mesure où les dépenses d'entretien constituent la contrepartie de la jouissance de la chose que le créancier conditionnel est autorisé à conserver (4830), elles peuvent effectivement être considérées comme n'étant pas « sans cause ».

De plus, un sort particulier nous paraît devoir être réservé aux *primes d'assurance* souscrites pour couvrir un cas fortuit menaçant la chose. En effet, dès lors que les risques de perte par cas fortuit pèsent

(4826) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 395, p. 470 (vente à réméré) ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 57, p. 126 ; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., *L'obligation de restitution du banquier*, n° 20, p. 23 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 217, p. 142. — On notera que Pothier, au contraire, appliquant strictement le principe selon lequel la condition résolutoire est dépourvue d'effet rétroactif entre parties (voy. *supra*, n° 503), considère que l'acheteur à réméré aurait le droit de conserver les augmentations naturelles acquises par la chose, par exemple, par alluvion (R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 403, p. 252).

(4827) P. VAN OMMESLAGHE, o.c., *L'obligation de restitution du banquier*, n° 20, p. 23 ; sur ce principe, voy. *supra*, n° 510.

(4828) Arg. art. 1673 du Code civil ; voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 395, pp. 470 et s. (vente à réméré) ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 141, p. 211 ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 57, p. 127 ; F. GLANSORFF, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 23, p. 93 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 222, p. 144 ; voy. et comp. dans le même sens R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 404, p. 253 et n°s 424 et s., pp. 262 et s.

(4829) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 395, p. 470 (vente à réméré) ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 57, p. 127 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XXIV, o.c., n° 405 ; R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, o.c., n° 424, p. 262 ; comp., en matière de prêt, l'article 1886 du Code civil.

(4830) Voy. *supra*, n° 512.

sur le créancier conditionnel (4831), l'assurance est souscrite dans son propre intérêt et a ainsi une « cause ». Dès lors, le remboursement de telles primes ne peut pas non plus, à notre sens, être réclamé au débiteur conditionnel (4832).

B. – Autres conséquences de la résolution

520. Effet extinctif. Enfin, indépendamment des restitutions découlant de la réalisation de la condition résolutoire, celle-ci constitue un mode d'extinction de l'obligation résolue (article 1234 du Code civil). L'exécution de cette dernière ne peut donc plus être demandée en justice après l'arrivée de la condition (4833).

IV. – Envers les tiers

521. Principe. Comme on l'a vu, le véritable fondement de la rétroactivité de la condition résolutoire est le souci de protéger le débiteur conditionnel de la chose (créancier de sa restitution) contre les actes que son cocontractant pourrait accomplir *pendente condicione* au préjudice de ses droits en traitant avec des tiers (4834). C'est pourquoi l'on considère que l'effet rétroactif de la condition constitue un effet externe du contrat, opposable à ce titre aux tiers (4835).

Les conséquences de ce principe ont déjà été examinées en détail lors de l'étude de la condition suspensive, dont les enseignements peuvent dans l'ensemble être transposés sans peine à la condition résolutoire (4836). Nous nous contenterons dès lors, dans les lignes qui suivent, de rappeler brièvement ces principes, tout en insistant sur les quelques spécificités de la condition résolutoire.

(4831) Voy. *supra*, n° 514.

(4832) Voy. de même, en matière de condition suspensive, *supra*, n° 192.

(4833) Voy. Cass., 19 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 47, discuté *supra*, n° 498 ; conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER avant Cass., 24 janvier 2011, *A.C.*, 2011, n° 64, point 1.1, p. 268 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 237 ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 55, p. 126.

(4834) Voy. *supra*, n°s 498 et s.

(4835) Voy. les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER avant Cass., 24 janvier 2011, *A.C.*, 2011, n° 64, point 1.1, p. 268 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XI, o.c., n° 112, p. 95.

(4836) Voy. ainsi, pour plus de détails, *supra*, n°s 193 et s.

522. Actes de disposition. Le principal effet de la réalisation de la condition résolutoire est de faire tomber – plus exactement, de rendre inopposables au débiteur conditionnel (4837) – les actes de disposition préjudiciables à celui-ci accomplis *pendente condicione* par le créancier conditionnel (4838). Réciproquement, l'arrivée de la condition a également pour effet de valider rétroactivement les actes de disposition accomplis par le débiteur conditionnel *pendente condicione* (4839).

Le Code civil contient une consécration expresse des effets de la condition résolutoire sur le plan réel. Ainsi, selon l'article 1664, « [l]e vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat ». L'effet de la condition ne se limite toutefois pas aux transferts de propriété consentis par l'acquéreur à réméré, mais frappe également les droits réels accessoires que celui-ci aurait consentis. En effet, « [l]orsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé » (article 1673, alinéa 2) (4840).

La même solution est consacrée à propos du droit de retour conventionnel prévu à l'article 951 du Code civil, qui s'analyse comme une forme de condition résolutoire casuelle (4841). L'article 952 dispose en effet que « [l]'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques [...] » (4842).

(4837) Voy. à ce propos *supra*, nos 200 et s., avec la discussion de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011.

(4838) C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 322, p. 123 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 326, p. 256 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 120, p. 205 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, o.c., n° 290, p. 274 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, o.c., n° 81 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1242, p. 720 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n° 575, p. 611 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 217, p. 142.

(4839) I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 58, p. 128 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 126, p. 206 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 217, p. 142 ; voy. de même, en matière de condition suspensive, *supra*, n° 204.

(4840) Voy. également l'article 74 de la loi hypothécaire.

(4841) Voy. à ce propos J. SACE, « Libéralités (dispositions générales) », *Rép. not.*, tome III, L. VI, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 243, p. 256.

(4842) La disposition réserve néanmoins « l'hypothèque de la dot et les conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces

On enseigne parfois que l'effet de la condition résolutoire qui se réalise après la faillite serait inopposable à la masse (4843) et, plus largement, qu'elle serait sans effet envers les tiers, étant imprévisible pour eux (4844). Ces affirmations nous paraissent devoir être nuancées. En effet, il semble *a priori* clair que, sur la base des textes existants, la condition résolutoire est dotée d'un effet réel, y compris dans le cadre d'une situation de concours (4845). Cela étant, il est exact que le caractère occulte de la condition résolutoire pour les tiers peut s'avérer problématique. Cette question nous paraît toutefois devoir être examinée au regard du correctif apporté par le principe constitutionnel d'égalité (4846).

Par ailleurs, comme l'a souligné la Cour de cassation dans un arrêt du 24 janvier 2011 (4847), la rétrocession rétroactive de propriété au cédant sous condition résolutoire ne vaut que sous réserve des dispositions légales protectrices des tiers, au premier rang desquelles figure bien sûr l'article 2279 du Code civil (4848).

Enfin, on rappellera que la période pendant laquelle la condition résolutoire demeure pendante et, ainsi, la propriété de la chose incertaine, ne peut se poursuivre indéfiniment. À cet égard, l'article 1660 du Code civil fixe un délai de maximum cinq ans en matière de vente à réméré. Mais, même pour les opérations ne répondant pas à cette qualification, la période intermédiaire nous paraît devoir être limitée dans le temps (4849).

523. Actes d'administration. On retrouve, sur la question du sort des actes d'administration accomplis *pendente condicione* par le créancier en possession de la chose, les hésitations habituelles concernant la portée de l'effet rétroactif de la condition résolutoire. Ainsi, certains auteurs, partant d'une approche dogmatique ou conceptuelle de la rétroactivité, considèrent que tous les actes accomplis au cours de la période intermédiaire par ce

droits et hypothèques ». Cette exception a toutefois perdu son objet depuis l'abrogation du régime dotal (voy. à ce propos J. SACE, *o.c.*, *Rép. not.*, tome III, L. VI, n° 243, p. 259).

(4843) V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 7, p. 83.

(4844) V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 27, p. 94.

(4845) Voy., à propos de la condition suspensive, *supra*, n° 195.

(4846) Voy. *infra*, n° 557.

(4847) Sur cette décision, voy. *supra*, n° 201.

(4848) Voy. not. C. EYBEN et J. ACOLTY, *o.c.*, *Droit des obligations*, n° 120, p. 205 ; pour plus de détails, voy. *supra*, n° 202.

(4849) Voy. à ce propos *supra*, n° 173.

créancier doivent tomber, en ce compris les actes d'administration (4850). D'autres auteurs, partant d'une approche plus mesurée ou fonctionnelle de l'effet rétroactif, considèrent au contraire qu'ils doivent en principe être maintenus (4851).

C'est cette dernière solution qui est consacrée, en matière de vente à réméré, par l'article 1673, alinéa 2, du Code civil, qui prévoit que le vendeur qui rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat « est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur ».

Cette disposition s'explique par le contexte de la vente à réméré. En effet, sans celle-ci, on pourrait craindre que l'acheteur ne trouve pas de locataire tant que dure l'incertitude liée à la période intermédiaire, ce qui pourrait menacer la conclusion même de l'opération, le vendeur se refusant à vendre à réméré si, au moment où il récupère son bien, ses terres n'ont plus été exploitées pendant plusieurs années (4852). Cela étant, la solution de l'article 1673, alinéa 2, nous paraît pouvoir être généralisée à toutes les formes de condition résolutoire. Il convient à cet égard de décomposer le raisonnement en plusieurs étapes.

Tout d'abord, on rappellera que le seul transfert rétroactif de la propriété au vendeur sous condition résolutoire ne suffirait pas, en principe, à faire tomber automatiquement les baux consentis par l'acquéreur. Ceux-ci deviendraient en effet, tout au plus, des baux consentis sur la chose d'autrui, ce qui ne devrait pas pour autant en compromettre la validité mais impliquerait seulement leur inopposabilité au vendeur (4853).

Cela étant, il existe à notre sens une différence importante entre le transfert rétroactif de propriété découlant de l'annulation ou de la résolution pour inexécution du contrat, d'une part, et celui résultant de la réalisation d'une condition résolutoire, d'autre part.

(4850) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 446 (sous réserve de la volonté contraire des parties) ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 83.

(4851) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation, o.c.*, n° 290, p. 275 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 35, p. 175 ; F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 23, p. 92 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1242, p. 720 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 218, p. 143.

(4852) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 395, p. 471.

(4853) Comp. *supra*, n°s 301 (nullité) et 475 (résolution pour inexécution).

Dans le premier cas, en effet, le transfert de propriété est *involontaire*, n'ayant pas été voulu par les parties lors de la conclusion du contrat ultérieurement annulé ou résolu pour inexécution, tandis qu'il est bien *volontaire* dans le second cas, la réalisation de la condition constituant une possibilité envisagée par les parties dès l'origine (4854). Cette différence présente à notre sens une importance cruciale pour l'application des dispositions, telles que l'article 1743 du Code civil (4855), qui prévoient – à certaines conditions – l'opposabilité à l'acquéreur d'un bail consenti antérieurement par le vendeur. En effet, alors qu'elles sont inapplicables en présence d'un transfert involontaire de propriété (4856), elles nous paraissent au contraire pouvoir être appliquées, par analogie, au transfert résultant de l'accomplissement d'une condition résolutoire (4857), dès lors qu'elles concernent toute aliénation (volontaire) d'un immeuble (4858). Par conséquent, même hors du cadre strict de la vente à réméré où cette solution est confirmée par l'article 1673, alinéa 1^{er}, du Code civil, le vendeur sous condition résolutoire nous paraît être en principe tenu d'exécuter les baux consentis *pendente condicione* par l'acquéreur.

Cette situation n'est cependant pas toujours satisfaisante. En effet, un bail consenti à des conditions anormales (par exemple pour un loyer modique, une durée excessive, ou juste avant la réalisation de la condition résolutoire) est susceptible de nuire autant aux prérogatives du vendeur sous condition résolutoire qu'un acte de disposition accompli par l'acquéreur. C'est pourquoi l'article 1673, alinéa 2, du Code civil, *assimile* de tels baux consentis « en fraude » à un acte de disposition effacé par l'effet rétroactif de la condition. Cette solution peut être généralisée (4859) dès lors que

(4854) Voy. à ce propos *supra*, n° 500.

(4855) Voy. également les articles 9 de la loi du 20 février 1991 sur les baux relatif à la résidence principale du preneur, 12 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux et 55 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme.

(4856) Voy. *supra*, n°s 302 (nullité) et 475 (résolution pour inexécution).

(4857) Voy., implicitement, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, o.c., n° 395, p. 472 (vente à réméré), pour qui le bail n'est opposable au vendeur à réméré qu'à la condition d'avoir date certaine.

(4858) Voy. *supra*, n° 302.

(4859) En faveur d'une application analogique de cette disposition, voy. C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, o.c., § 322, p. 123 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 326, p. 256 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 125, p. 206 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n° 576, p. 612.

l'effet rétroactif de la condition a, comme on l'a vu, pour objectif d'empêcher que l'acquéreur sous condition résolutoire ne prive la réalisation de la condition de son utilité pour le vendeur (4860).

L'atteinte portée aux actes d'administration anormaux constitue donc un *renforcement* de l'effet rétroactif (4861), puisqu'on ne se contente pas d'effacer les actes fondés sur la propriété perdue de l'acquéreur, mais plus largement les actes de cet acquéreur nuisibles au vendeur. On notera qu'un tel renforcement n'était pas nécessaire dans le domaine de la nullité et de la résolution pour inexécution puisque, comme on l'a vu, le bail consenti par le débiteur de la restitution était déjà en tant que tel inopposable au créancier de la restitution en vertu du principe de la relativité des conventions.

En résumé, en cas de réalisation de la condition résolutoire, le vendeur sera donc en principe tenu d'exécuter les baux consentis par l'acquéreur *pendente condicione*, pour autant qu'ils ne l'aient pas été à des conditions anormales (4862).

524. Actes de conservation. Comme autre exception à l'effet rétroactif de la condition résolutoire, on mentionne généralement le maintien des actes de conservation accomplis par l'acquéreur *pendente condicione* (4863). Il ne s'agit en réalité pas d'une véritable exception. En effet, de tels actes ne requérant pas la qualité de propriétaire pour être valablement accomplis, et ne menaçant pas non plus l'utilité que la condition résolutoire présente pour le vendeur, ils n'ont pas vocation à être remis en cause par l'effet rétroactif de la condition, mais n'en sont pas pour autant automatiquement opposables au vendeur (4864).

V. – Étendue de la résolution

525. « Résolution partielle » du contrat. La notion de « résolution partielle » du contrat est techniquement impropre. En effet,

(4860) Voy. *supra*, n° 498.

(4861) Comp. les auteurs pour qui le maintien des baux conclus sans fraude se justifie par le but limité de la rétroactivité de la condition : I. DURANT et M. CLAVIE, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 58, p. 128.

(4862) Pour plus de détails sur la notion de conditions anormales, voy. *supra*, n° 198.

(4863) Voy., par exemple, P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 1242, p. 720 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 218, p. 143.

(4864) Voy., pour plus de détails, *supra*, n° 199.

à la différence de la nullité (4865) ou de la résolution pour inexécution (4866), les effets de la réalisation de la condition résolutoire sont dirigés au premier chef, non contre le contrat lui-même, mais contre les obligations qu'il engendre. En effet, la condition résolutoire est avant tout une modalité de l'obligation (4867), de sorte que ce n'est que par un raccourci de langage que l'on peut parler d'un contrat comme étant conditionnel (4868).

Cela étant, il arrive fréquemment dans la pratique que les parties ne s'embarrassent pas de ces distinctions subtiles et déclarent simplement dans leur convention que celle-ci est affectée d'une condition résolutoire. Le Code civil lui-même, au demeurant, les y incite (4869). Dans un tel cas de figure, la question de savoir si toutes les obligations nées de la convention, ou seulement une partie d'entre elles, sont affectées par la condition résolutoire constitue un problème d'interprétation de la volonté des parties.

À cet égard, on considère que l'existence même du contrat, ainsi que ses clauses post-contractuelles, peuvent survivre à la résolution de certaines de ses obligations (4870). Sauf circonstances particulières, la condition résolutoire stipulée globalement n'affecte donc en principe que les obligations principales du contrat, et laisse intactes les clauses de confidentialité (4871), de non-concurrence (4872), ou encore les clauses finales (élection de for, droit applicable, arbitrage) (4873). En effet, l'intention des parties est normalement de permettre à ces clauses de jouer même en cas de résolution des obligations principales du contrat, ce qui explique

(4865) Voy. *supra*, n° 226.

(4866) Voy. *supra*, n° 351.

(4867) Voy. *supra*, n° 163

(4868) Voy. *supra*, n° 166.

(4869) Voy. ainsi l'intitulé du Livre III, Titre VI, Chapitre VI, où il est question de la résolution de la vente en général (plutôt que de ses obligations).

(4870) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 221 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 118, p. 204.

(4871) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 221 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 118, p. 204.

(4872) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 221 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 118, p. 204 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 57, p. 184.

(4873) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 221 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 118, p. 204 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 50, p. 182 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 37, p. 212.

qu'elles survivent en principe également à l'annulation de celui-ci (4874) ou à sa résolution pour inexécution (4875).

526. Résolution et groupes de contrats. Nous avons vu que, lorsque des contrats sont liés par l'objet ou par la cause, l'annulation ou la résolution pour inexécution de l'un peut, dans certains cas, entraîner la dissolution des autres (4876). En va-t-il de même lorsque les obligations principales de l'un des contrats du groupe se résolvent du fait de la réalisation d'une condition résolutoire ? Cette question appelle une réponse nuancée.

S'agissant des *contrats liés par l'objet*, le raisonnement peut à notre sens demeurer le même que celui suivi en matière de nullité. La raison en est que le fondement de la dissolution des autres contrats du groupe est leur impossibilité d'exécution (4877). Or, le motif concret pour lequel un contrat devient impossible à exécuter en nature importe peu : qu'il s'agisse de l'annulation d'un contrat conclu en amont, ou de la résolution des obligations de ce contrat, l'important est que le contrat en aval, étant devenu impossible à exécuter, ne peut plus subsister (4878).

La question se présente sous un angle différent pour les *contrats liés par la cause*. Nous avons vu, à cet égard, que l'annulation de l'un (nommons-le « contrat-pivot ») pouvait en principe permettre l'annulation des autres, ceux-ci étant entachés d'une erreur sur la cause ou d'une fausse cause (4879). Pareil raisonnement paraît plus délicat à tenir lorsque le contrat-pivot contient une condition résolutoire. La réalisation de la condition constitue en effet un événement, certes encore incertain au moment de la conclusion du contrat, mais néanmoins prévu et envisagé par les parties (4880). Il paraît dès lors difficile de considérer que la réalisation de cette condition puisse faire apparaître une erreur sur la cause lors de la conclusion d'autres contrats. Après tout, les parties à ceux-ci

(4874) Voy. *supra*, n° 312 (du moins s'agissant des clauses finales).

(4875) Voy. *supra*, n° 490.

(4876) Pour plus de détails, voy. *supra*, nos 325 et s.

(4877) Voy. *supra*, n° 328.

(4878) En outre, dès lors que la réalisation de la condition résolutoire a pour effet de priver rétroactivement l'acquéreur sous condition de la propriété de la chose, le contrat conclu par celui-ci pourra, le cas échéant, être considéré comme une vente de la chose d'autrui (comp. *supra*, n° 330).

(4879) Voy. *supra*, n° 332, III.

(4880) Voy. *supra*, n° 167.

devaient normalement avoir conscience de la possibilité que la condition s'accomplisse. Cela étant, la réalisation de la condition résolutoire pourra néanmoins retentir dans certains cas sur les autres contrats liés. Il en sera ainsi lorsqu'il sera possible de démontrer qu'ils ont eux-mêmes été affectés de la condition résolution tacite de la disparition (rétroactive) du contrat-pivot (4881).

§ 4. – *Comparaison avec la défaillance de la condition suspensive*

527. Jurisprudence de la Cour de cassation. Avant de clore ce chapitre, il importe d'esquisser brièvement le régime de la défaillance de la condition suspensive puisqu'elle tend, tout comme la réalisation de la condition résolutoire, à l'effacement des droits nés du contrat.

Classiquement, la défaillance de la condition suspensive était conçue comme une institution rétroactive. Ainsi, elle aurait eu pour effet de mettre à néant le contrat, comme s'il n'avait jamais existé (4882). Quelques auteurs enseignaient néanmoins que la défaillance de la condition suspensive met fin au contrat sans éprouver le besoin de formuler la règle par référence à l'idée de rétroactivité (4883).

C'est cette seconde tendance qui a reçu un appui décisif dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique.

L'arrêt de principe en la matière est celui du 5 juin 1981, qui avait déjà consacré le principe selon lequel la condition suspensive suspend l'exigibilité de l'obligation, plutôt que la naissance du contrat (4884). Dans cette affaire, une commune avait attribué un marché à un entrepreneur sous réserve de l'approbation de l'autorité de tutelle (4885). Avant même la décision de cette dernière, elle avait réattribué le marché à un tiers sans en aviser le premier entrepreneur. Alors que celui-

(4881) Voy. à ce propos *supra*, n° 332, IV.

(4882) Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1052, p. 2158 ; art. 1182, alinéa 1^{er}, du **Projet Catala**.

(4883) Voy. ainsi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 283, p. 269.

(4884) Voy. *supra*, n° 166 et les références citées à la note n° 1.

(4885) Sur ce que cette circonstance ne constitue pas une véritable condition suspensive, voy. *supra*, n° 163.

ci se plaignait de son éviction, la cour d'appel d'Anvers l'avait débouté en relevant que l'autorité de tutelle avait finalement improuvé la première adjudication de sorte que la convention était « définitivement inexistante ». Cet arrêt encourt la censure de la Cour de cassation qui, après avoir considéré que l'obligation contractée sous condition suspensive donne déjà naissance à des droits et obligations dont la méconnaissance peut donner lieu à des dommages-intérêts, poursuit en décidant « [Q]ue, lorsque la condition est défaillie, la convention cesse sans doute d'exister et l'obligation contractée sous condition ne devra jamais être exécutée ; que toutefois, ceci n'empêche pas que l'inobservation d'obligations pendant que la condition est en suspens puisse donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'inobservation reste la cause du dommage, bien qu'entre-temps la convention ait cessé d'exister ». La Cour a depuis lors confirmé à de multiples reprises que la défaillance de la condition suspensive ne fait cesser la convention que pour l'avenir (4886). La doctrine belge a très largement emboîté le pas à la Cour de cassation pour considérer que la défaillance de la condition suspensive ne produit ses effets qu'*ex nunc* (4887).

Cette jurisprudence doit être globalement approuvée. Elle appelle néanmoins certaines observations concernant l'objet de la caducité résultant de la défaillance de la condition, la justification avancée pour écarter la rétroactivité de cette caducité, le maintien partiel du droit aux dommages-intérêts, les restitutions qui peuvent intervenir lorsque le contrat aura déjà été partiellement exécuté et, enfin, l'effet de la défaillance de la condition sur les actes de disposition accomplis *pendente condicione*.

Avant d'examiner ces questions, on relèvera encore que le principe selon lequel la défaillance de la condition ne produit ses effets que pour l'avenir suscite des difficultés d'application lorsque les droits invoqués par une partie sont contemporains de la défaillance. Faut-il

(4886) Voy. Cass., 24 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 277, point 3 ; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417 ; Cass., 25 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 275, point 3, *A.C.*, 2007, n° 275, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THÏJS ; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 429, *R.W.*, 2005-2006, p. 1463, note E. DE CALUWE, « Het inroepen van het niet vervuld zijn van een opschortende voorwaarde en rechtsmisbruik : een (on)mogelijke combinatie ? ».

(4887) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 246 ; X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 9, p. 151 ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 34, p. 108 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 76, p. 188 ; P.A. FORIERS, « Option... », o.c., *Le patrimoine immobilier familial*, n° 24, p. 21 ; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, o.c., *La vente*, n° 50, p. 216 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, o.c., n° 1221, pp. 1750 et s. ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.*, 2009, n° 30, p. 314 ; voy. cependant E. DE CALUWE, o.c., *R.W.*, 2005-2006, n° 5, p. 1464 ; J. HERBOTS, o.c., *R.C.J.B.*, 1983, n°s 15 et s., pp. 216 et s.

en ce cas considérer que le contrat a déjà pris fin ? La question se pose ainsi lorsqu'une partie reproche à l'autre d'abuser de son droit en se prévalant de la défaillance de la condition. La Cour de cassation a dans ce cas considéré que, dès lors que la défaillance de la condition avait mis fin au contrat, celui-ci n'existait plus de sorte que le cocontractant ne peut plus se plaindre d'un abus des droits *contractuels* (4888). Ce raisonnement ne paraît pas à l'abri de la critique. La question était en effet précisément de savoir si, oui ou non, le contrat avait pris fin. Or, cette question, logiquement antérieure à la reconnaissance des effets de la défaillance de la condition, ne pouvait être résolue que sur la base des stipulations contractuelles, de sorte que l'abus invoqué ne pouvait à notre sens porter que sur l'exercice de droits contractuels (4889).

528. Objet de la caducité. À s'en tenir aux motifs énoncés dans l'arrêt du 5 juin 1981 et repris depuis lors dans d'autres arrêts de la Cour, il faudrait considérer que c'est « la convention » qui cesse d'exister du fait de la défaillance de la condition. Cette idée apparaît toutefois curieuse dès lors qu'il ressort du même arrêt que la condition constitue une modalité qui n'affecte que l'exigibilité de *l'obligation*, plutôt que l'exigibilité ou même l'existence du contrat dans son ensemble (4890). Réciproquement, il faut donc en déduire que la défaillance de la condition fait définitivement obstacle à l'exigibilité des seules obligations affectées, et ce n'est que lorsque l'ensemble des obligations (principales) se trouvent ainsi anéanties que l'on peut parler de caducité du contrat (4891).

À l'appui de cette solution, on fait encore valoir que la limitation des effets de la défaillance de la condition au niveau de l'obligation

(4888) Voy. Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 429, *R.W.*, 2005-2006, p. 1463, note E. DE CALUWE ; comp. Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 601, note A. VAN OEVELEN, « Het definitief en onherroepelijk karakter van de regelmatig gegeven opzegging van een overeenkomst », décidant que « [l]a résiliation unilatérale d'une convention entraînant irrévocablement l'extinction de celle-ci, la partie dont elle émane n'a aucun droit à y renoncer. L'absence de pareille renonciation ne peut, dès lors, constituer un abus de droit dans son chef ». Dans sa note sous cet arrêt, le professeur Van Oevelen considère que le destinataire de la résiliation aurait pu en revanche reprocher à son auteur d'avoir abusé de son droit de résiliation (*o.c.*, n° 3, p. 1433).

(4889) D'autres auteurs parviennent au même résultat en considérant que la défaillance de la condition suspensive ne met pas fin à l'obligation d'exécution de bonne foi de la convention : voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 251 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 33, note n° 65, pp. 315 et s.

(4890) Voy. *supra*, n° 166.

(4891) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 245 ; comp. avec la notion de « contrat conditionnel », *supra*, n° 166.

permet de justifier le maintien de la norme contractuelle et, ainsi, la survie de certaines clauses ou obligations post-contractuelles (4892). L'argument ne nous semble toutefois pas déterminant dès lors que, même si elle était dirigée au premier chef contre le contrat lui-même, il pourrait se justifier, dans une approche fonctionnelle, de ne reconnaître à cette caducité que des effets partiels (4893).

Cette observation nous conduit à distinguer trois types d'obligations au sein du contrat. Pour illustrer notre propos, nous partons de l'hypothèse simple d'une vente d'un immeuble sous la condition de l'obtention d'un crédit par l'acheteur.

Premièrement, le contrat peut comporter des *obligations conditionnelles*. Si l'on prend ainsi l'exemple du contrat de vente, il s'agira de ses obligations principales (transfert de propriété, délivrance, paiement du prix, etc.). De telles obligations naissent dès la conclusion du contrat mais sont à ce stade encore inexigibles. En cas de défaillance de la condition, elles deviennent définitivement inexigibles et prennent dès lors fin.

Deuxièmement, le contrat peut comporter des *obligations inconditionnelles qui sont indépendantes* du sort de la condition. Tel est notamment le cas de l'obligation de payer une somme qui représente le « prix de la condition », à savoir le montant qu'une partie exige afin de faire dépendre d'une condition d'autres obligations du contrat. Dès lors, en cas de défaillance de la condition, ces obligations inconditionnelles ne seront pas affectées (4894).

Entre ces deux extrêmes, le contrat peut enfin comporter des obligations certes *inconditionnelles*, mais néanmoins *inséparables* des obligations conditionnelles souscrites, en ce sens qu'elles ne peuvent leur survivre, compte tenu de l'intention des parties (4895) et de l'économie de la convention. Par conséquent, en cas de défaillance de la condition, ces obligations indivisibles, certes exigibles depuis la conclusion du contrat, seront « contaminées » par la caducité des obligations conditionnelles et s'étein-

(4892) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 245 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 29, p. 313 ; comp., dans le domaine de la résolution pour inexécution, *supra*, n° 351.

(4893) Comp. *supra*, n°s 308 (nullité partielle) et 478 (résolution partielle).

(4894) Voy. Gent, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45, point 15, note R. SLABBINCK ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 249 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 23, p. 308 et n° 28, p. 312.

(4895) Sur l'importance de celle-ci, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1221, p. 1752.

dront également pour l'avenir (4896). Tel est notamment le cas de l'ensemble des obligations accessoires qui avaient pour but de protéger le créancier pendant la période d'attente (comme l'obligation de conserver la chose, l'interdiction d'empêcher la réalisation de la condition, etc.) (4897). Il en va de même pour l'acompte payé par l'acheteur conformément aux stipulations du contrat : cette obligation est exigible dès la conclusion du contrat mais, en cas de défaillance de la condition, il devra normalement être restitué par le vendeur (4898).

529. Justification de l'absence d'effet rétroactif. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 5 juin 1981, le ministère public faisait valoir que, si l'on admet que la convention existe déjà *pendente condicione*, on peut difficilement considérer que cette convention n'aurait jamais existé en cas de défaillance de la condition (4899).

Cette justification apparaît, en soi, insuffisante. La seule existence d'un acte juridique au cours d'une période intermédiaire n'empêche en effet pas que cet acte soit ensuite rétroactivement remis en cause, comme le montre l'exemple de la nullité, de la résolution pour inexécution ou – situation plus proche encore – de la condition résolutoire.

Ceci étant, en l'absence de toute disposition légale en ce sens, rien n'impose de reconnaître un effet rétroactif à la défaillance de la condition suspensive. On se souviendra, à cet égard, que si la *réalisation* de la condition suspensive s'est vue reconnaître un effet rétroactif, c'est afin de remplir une fonction précise : il s'agissait en effet de sanctionner les actes de disposition que le débiteur conditionnel aurait accomplis *pendente condicione* et, ainsi, de garantir l'efficacité des droits conditionnels (4900). La

(4896) Voy. M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 21, p. 307. L'idée de « contamination » est empruntée à J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 17, p. 219 (qui estime cependant que les obligations contaminées s'éteignent rétroactivement). Comp. le mécanisme de la nullité partielle, également fondé sur la volonté des parties, *supra*, n° 310.

(4897) M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 28, p. 312.

(4898) Voy. Gent, 4 janvier 2010, *T. Not.*, 2010, p. 141, note L. WEYTS ; Liège, 6 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1690 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, *o.c.*, n° 283, p. 269 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 23, p. 308.

(4899) Conclusions de M. le procureur général LENAERTS, alors avocat général, avant Cass., 5 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 245 et s., spéc. col. 248.

(4900) Voy. *supra*, n° 181.

même nécessité ne se rencontre nullement en cas de défaillance de la condition suspensive. En effet, l'exigibilité des obligations conditionnelles étant suspendue, celles-ci ne produisent en principe aucun effet au cours de la période intermédiaire (4901). Il en résulte qu'en cas de défaillance de la condition, il n'est pas nécessaire de consolider rétroactivement les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel : ceux-ci étaient en effet valables et efficaces *ab initio*. Tout au plus la défaillance de la condition a-t-elle pour conséquence de supprimer définitivement, pour l'avenir, l'épée de Damoclès qui planait au-dessus de ces actes, ce qui ne lui confère pas pour autant un effet rétroactif (4902). En d'autres termes, la véritable justification de l'absence d'effet rétroactif de la défaillance de la condition est qu'une telle rétroactivité serait superflue (4903).

Ces propos doivent être nuancés lorsque la défaillance de la condition entraîne, par contagion, la caducité d'obligations *inconditionnelles* pouvant être considérées comme inséparables des obligations conditionnelles, telle que l'obligation pour l'acheteur de payer un acompte remboursable en cas de défaillance de la condition (4904). À la différence des obligations conditionnelles, un tel engagement était en effet exigible depuis la conclusion du contrat et a donc pu produire des effets. Dans cette mesure, il pourrait théoriquement se justifier d'effacer ceux-ci rétroactivement en cas de défaillance de la condition. En réalité, nous nous trouvons alors dans une situation extrêmement proche du cas où l'engagement a été souscrit sous une condition résolutoire, puisque l'engagement est anéanti par la survenance de l'événement érigé en condition (4905). Cette similitude nous incite à considérer que l'extinction de cet engagement doit, par analogie, être soumise aux règles applicables aux effets de la condition résolutoire. Les conséquences d'une telle conception demeurent toutefois limitées puisque les engagements dont il est ici question n'intéresseront nor-

(4901) Sur ce principe et ses tempéraments, voy. *supra*, n^{os} 169 et s.

(4902) Comp. *supra*, n^{os} 97 (confirmation) et 207 (défaillance de la condition résolutoire).

(4903) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n^o 246 ; X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n^o 9, p. 151 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n^o 30, p. 314.

(4904) Voy. *supra*, n^o 528.

(4905) Une partie de la doctrine et de la jurisprudence va même jusqu'à considérer que l'engagement de payer un acompte remboursable en cas de défaillance de la condition suspensive affectant les autres obligations est *nécessairement* conclu sous une condition résolutoire : voy. en ce sens la sentence arbitrale attaquée devant Bruxelles, 25 septembre 1997, R.G. 96/AR/3981 (www.juridat.be) ; *contra* : J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n^o 248, note n^o 773.

malement que les parties au contrat et que la condition résolutoire est en principe dépourvue d'effets rétroactifs entre parties (4906).

530. Maintien partiel du droit aux dommages-intérêts.

Depuis l'arrêt du 5 juin 1981, il est acquis que l'insertion d'une condition suspensive dans un contrat n'en suspend pas pour autant l'existence. Le contrat peut dès lors donner lieu à des obligations dont la méconnaissance peut être sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts. La Cour de cassation a à cet égard considéré que la défaillance de la condition n'exclut pas nécessairement le maintien du droit aux dommages-intérêts pour un manquement antérieur, pour autant que ce manquement « reste la cause du dommage » après la défaillance de la condition (4907). Cette causalité devra s'apprécier, conformément au droit commun de la responsabilité, sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions (4908).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 5 juin 1981, le ministère public donnait les exemples suivants (4909).

Si un vendeur s'engage à livrer un bien sous condition, l'acheteur ne pourra se plaindre de la dégradation ou même de la destruction de ce bien en cas de défaillance de la condition. En effet, l'acheteur subit certes un dommage, mais celui-ci se serait produit de la même manière en l'absence de la négligence du vendeur, puisque dans ce cas également, l'acheteur n'aurait pu prétendre à la livraison de la chose. Le défaut de livraison trouve donc sa cause, non dans la négligence du vendeur, mais dans la caducité du contrat résultant de la défaillance de la condition.

En revanche, si une partie est contractuellement tenue d'informer l'autre de la réalisation ou de la défaillance de la condition, le dommage subi par son cocontractant subsiste en cas de défaillance de la condition. En effet, si cette partie avait été informée à temps de la défaillance, elle aurait eu le temps de mieux réaffecter ses ressources, de rechercher une autre affaire, etc., et n'aurait dès lors pas subi le dommage dont elle se plaint.

(4906) Voy. *supra*, n° 499.

(4907) Voy. *supra*, n° 527 ; voy. également P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1215, p. 1741.

(4908) Voy. X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 11, p. 153.

(4909) Conclusions précitées de M. le procureur général LENAERTS, *R.W.*, 1981-1982, col. 248 et s.

En élargissant le propos, il nous semble que le critère devant permettre de conclure au maintien de la responsabilité nonobstant la défaillance de la condition doit être recherché, non dans la nature du préjudice en cause, mais bien dans la *nature de l'obligation violée*. La nature du préjudice est en effet indifférente puisque tout le dommage, qu'il soit direct ou indirect, doit être réparé sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions (4910). Le critère pertinent est donc plutôt de savoir si l'obligation violée était de nature conditionnelle ou inconditionnelle (4911), étant entendu qu'il faut à notre sens assimiler à l'obligation conditionnelle l'obligation inconditionnelle dont le sort est lié à la défaillance de la condition (4912). Ainsi, après ce moment, le créancier ne pourra plus se plaindre, ni d'un manquement aux obligations conditionnelles, ni aux obligations inconditionnelles qui en étaient inséparables.

Par exemple, dans le cas de l'engagement conditionnel de livrer un bien, l'acheteur ne pourra, en cas de défaillance de la condition, ni se plaindre du défaut de livraison du bien (préjudice intrinsèque), ni du manque à gagner qui en est résulté (préjudice extrinsèque) (4913). L'obligation de conservation de la chose était en effet une obligation certes inconditionnelle mais qui, dans l'esprit des parties, ne devait pas survivre à la défaillance de la condition.

Au contraire, les obligations d'information, de non-concurrence ou de confidentialité accessoires à l'obligation conditionnelle présenteront normalement un caractère véritablement inconditionnel (4914). Puisque ces obligations devaient être respectées indépendamment de la défaillance ultérieure de la condition, celle-ci ne supprimera donc pas le dommage résultant de leur méconnaissance.

Un cas discutable est celui où l'entrepreneur, qui entame les travaux sans attendre de connaître le sort de la condition, endommage l'immeuble avant la défaillance de la condition. On a soutenu, à cet égard, que sa responsabilité ne pourrait être que de nature quasi délictuelle, parce que son obligation serait rétroactivement « contaminée » par la défaillance de la condition (4915). Une autre possibilité serait

(4910) Voy. *supra*, n° 385.

(4911) En ce sens, J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 17, p. 219 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1221, pp. 1751 et s.

(4912) Voy. *supra*, n° 528.

(4913) Sur la différence entre préjudice intrinsèque et préjudice extrinsèque, voy. *supra*, n° 385.

(4914) Voy. *supra*, n° 170.

(4915) J. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 17, p. 219.

toutefois de voir dans le devoir de diligence de l'entrepreneur une obligation inconditionnelle rattachée au principe de l'exécution de bonne foi, qui soit suffisamment indépendante pour qu'elle puisse survivre à la défaillance de la condition. Certes, à dater de ce moment, l'entrepreneur serait libéré de son obligation principale d'effectuer les travaux, mais sa responsabilité pour les manquements passés demeurerait néanmoins de nature contractuelle.

531. Restitutions en cas de commencement d'exécution du contrat. Si l'on s'accorde à reconnaître que la défaillance de la condition suspensive oblige en règle les parties à se restituer les prestations déjà exécutées, des hésitations se manifestent lorsqu'il s'agit de déterminer le fondement exact de ces restitutions. Là où certains se fondent sur la théorie du paiement indu (4916), d'autres invoquent au contraire un fondement de nature contractuelle (4917).

En réalité, il ne nous paraît pas possible d'apporter une réponse uniforme à ce problème. Il faut plutôt envisager séparément les trois types d'obligations que nous avons identifiés (4918).

Ainsi, si l'on envisage les *obligations conditionnelles* proprement dites, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'un paiement effectué *pendente condicione* est, dès ce moment, répétable au titre de l'indu (4919). Puisque la défaillance de la condition ne produit ses effets que pour l'avenir et ne fait qu'entériner cette situation de droit (4920), il faut considérer que la théorie du paiement indu continuera à s'appliquer après la défaillance de la condition (4921).

Il en va autrement pour les *obligations inconditionnelles liées*, par la volonté des parties ou l'économie du contrat, au sort des obligations conditionnelles, tel l'engagement de payer un acompte. En ce cas, le paiement effectué *pendente condicione* est certainement dû puisqu'il était prévu par le contrat. S'il doit être restitué en cas de défaillance de la condition, c'est parce que les parties ont considéré, dès la conclusion du contrat, qu'il ne pourrait être

(4916) M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 22, p. 307.

(4917) J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, o.c.*, n° 250.

(4918) *Voy. supra*, n° 528.

(4919) *Voy. supra*, n° 169.

(4920) *Voy. supra*, n° 529.

(4921) X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 9, p. 152.

conservé dans cette hypothèse. Cette situation présente de fortes similitudes avec un engagement sous condition résolutoire (4922) de sorte que l'obligation de restitution doit, par analogie avec le régime de l'article 1183 du Code civil, se voir reconnaître un fondement contractuel (4923).

Enfin, les *obligations inconditionnelles indépendantes* sont, par définition, indifférentes au sort de la condition suspensive, comme c'est par exemple le cas du montant payé à titre de contrepartie de l'insertion d'une condition dans le contrat. Ces sommes ne doivent dès lors pas être restituées même en cas de défaillance de la condition.

532. Effet sur les actes de disposition accomplis par le débiteur pendente condicione. Même après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1981, on enseigne encore parfois que la défaillance de la condition suspensive a pour effet de valider rétroactivement les mesures accomplies *pendente condicione* par le débiteur conditionnel, telles qu'une aliénation (4924). Il serait plus exact, sans doute, de constater que la condition suspensive a empêché le transfert de propriété de s'opérer entre les parties au contrat conditionnel (4925) et que l'aliénation effectuée par le débiteur au profit d'un tiers était valable *ab initio* (4926) de sorte qu'elle demeurera telle à l'avenir, indépendamment de toute idée de rétroactivité (4927). Le seul effet de la défaillance est alors d'éteindre la créance de dommages-intérêts auxquels le créancier conditionnel pouvait jusque là prétendre du fait de cette aliénation (4928).

Si jamais une chose certaine avait été transmise au créancier *pendente condicione* en exécution des stipulations du contrat et que cette remise ne devait pas, dans l'esprit des parties, survivre à la défaillance de la condition, alors le transfert de propriété sera à notre

(4922) Comp. *supra*, n° 529.

(4923) Voy. *supra*, n° 507.

(4924) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, *o.c.*, n° 1221, p. 1751.

(4925) Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417.

(4926) Voy. *supra*, n° 169.

(4927) X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 9, p. 152 ; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 32, p. 315.

(4928) Voy. *supra*, n° 530.

sens effacé rétroactivement, par application analogique des règles relatives à la condition résolutoire (4929).

(4929) Comp. *supra*, n° 529.



CHAPITRE IV

ANALYSE CRITIQUE DES DROITS EFFACÉS

533. Introduction. Le moment est venu de confronter notre étude des « droits effacés » à la thèse que nous défendons. Il s'agit en effet de montrer que, dans ce domaine, la rétroactivité constitue bien une notion fonctionnelle dont la portée varie selon l'institution examinée (§ 1) et que le principe constitutionnel d'égalité permet néanmoins de corriger les incohérences et les excès de ces différents régimes (§ 2).

§ 1. – *Caractère fonctionnel de la rétroactivité*

534. Plan. Le caractère fonctionnel de la rétroactivité ressort du régime des droits effacés tel que nous l'avons mis en lumière tout au long de cette partie de l'étude (I). Cet état des lieux nous permettra ensuite de nous interroger sur la place qu'occupe la rétroactivité en droit positif, spécialement à la lumière de la proposition formulée par certains auteurs d'en faire l'économie (II).

I. – *Synthèse des droits effacés*

535. Continuum des droits effacés. L'analyse des droits inachevés a révélé l'existence d'une dichotomie entre, d'une part, les cas où la rétroactivité d'une institution ne constitue qu'une image utilisée à des fins didactiques mais dépourvue de portée juridique concrète (confirmation des actes nuls et défaillance de la condition résolutoire) et, d'autre part, ceux où l'institution est véritablement dotée d'un effet rétroactif, soit dans les rapports entre parties (ratification d'un acte accompli sans pouvoir), soit au



contraire dans les rapports avec les tiers (réalisation de la condition suspensive) (4930).

Au contraire, les droits effacés présentent une continuité beaucoup plus grande sur le terrain de la rétroactivité. En effet, l'annulation du contrat, sa résolution pour inexécution et la réalisation d'une condition résolutoire sont chacune dotées d'un véritable effet rétroactif. Notre analyse aura cependant montré que la portée de celui-ci varie à chaque fois sensiblement en fonction de la nature et des objectifs de l'institution considérée (4931).

Ainsi, la rétroactivité de la *nullité* constitue un renforcement de la sanction d'une illégalité contemporaine de la formation du contrat (4932). Son origine (l'accord de volonté des parties) et son but (la protection de l'intérêt général) expliquent qu'elle se voie reconnaître des effets étendus, tant dans les rapports entre parties qu'à l'égard des tiers.

La *résolution pour inexécution* peut ensuite être vue comme une figure intermédiaire. Tout comme la nullité, elle constitue en effet une sanction dont la rétroactivité représente un renforcement (4933). Toutefois, elle se distingue de la nullité par son origine (une inexécution postérieure à la conclusion du contrat) et son objectif (la protection de l'intérêt particulier du créancier) (4934). Ces différences expliquent que l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution ait une portée moins étendue que celui de la nullité, notamment en ce qui concerne les contrats successifs (4935) ou l'extension de la dissolution aux contrats liés par la cause (4936). Le principe demeure toutefois que la résolution pour inexécution sortit ses effets *ex tunc*, tant entre parties qu'à l'égard des tiers.

(4930) Voy. *supra*, n° 210.

(4931) Sur l'absence d'homogénéité du régime des causes de dissolution *ex tunc* du contrat, voy. déjà H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 810, pp. 781 et s., spéc. p. 783 où il relève que la différence de régime entre la condition résolutoire et la résolution pour inexécution s'explique par la différence de but de ces institutions, et la conclusion p. 784 : « Il faut une bonne fois rejeter de l'esprit cette idée fausse que, lorsqu'il y a une cause de dissolution *ex tunc*, les règles qui gouvernent les restitutions sont toujours identiques » ; de même, P.A. FORIERS, *o.c.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 18, p. 243, qui met en garde contre « le rapprochement qu'un esprit systématique est naturellement tenté de faire » entre les différentes causes de dissolution *ex tunc* du contrat.

(4932) Voy. *supra*, n° 241.

(4933) Voy. *supra*, n° 375.

(4934) Voy. *supra*, n° 377.

(4935) Voy. *supra*, n°s 428 et s., et comp. *supra*, n°s 260 et s.

(4936) Voy. *supra*, n° 332, III et IV.

Quant à l'effet rétroactif de la *condition résolutoire*, il apparaît quelque peu en retrait par rapport à celui de la nullité et de la résolution pour inexécution. Certes, tout comme pour ces deux autres institutions, la rétroactivité de la condition est liée à l'idée de sanction, puisqu'elle vise à protéger le débiteur conditionnel (tel le vendeur à réméré) contre les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le créancier de la chose (tel l'acheteur à réméré), au mépris de la condition (4937). Il existe cependant une différence fondamentale entre ces institutions (4938). En effet, alors que la nullité et la résolution pour inexécution constituent des circonstances anormales, en ce sens qu'elles sont contraires à la volonté initiale des parties, la réalisation de la condition résolutoire apparaît au contraire comme un événement certes incertain, mais que les parties avaient depuis l'origine considéré comme possible et qu'elles ont pris en considération dans leur accord. Dans ce contexte, un acte de disposition accompli *pendente condicione* sur la chose peut être encore considéré comme anormal, puisqu'il est contraire au devoir de conservation incombant *hic et nunc* au créancier conditionnel ; mais, pour le reste, la restitution elle-même de la chose au débiteur conditionnel n'est que la conséquence logique de l'accord des parties et il ne paraît pas nécessaire de renforcer celle-ci en prétendant que la chose n'aurait jamais quitté son patrimoine. C'est ainsi que la réalisation de la condition résolutoire se verra effectivement reconnaître un effet rétroactif dans les rapports avec les tiers (dans le seul but de protéger le débiteur conditionnel), mais en sera en revanche dépourvue dans les rapports entre les parties (puisque la jouissance de la chose par le créancier conditionnel *pendente condicione*, loin d'avoir constitué une anomalie devant être effacée, était au contraire conforme à l'accord des parties) (4939).

Enfin, la *défaillance de la condition suspensive* intervient quant à elle, en principe, sans le moindre effet rétroactif pour la bonne et simple raison que celui-ci ne présenterait pas la moindre utilité. En effet, il suffit de constater que l'obligation, dont les effets sont demeurés suspendus *pendente condicione*, est définitivement privée de la possibilité de devenir exigible. Dire qu'elle

(4937) Voy. *supra*, n° 498.

(4938) Voy. *supra*, n° 500.

(4939) Voy. *supra*, n° 499.

serait dès lors privée d'effet *ab initio* n'ajoute juridiquement rien à ce raisonnement (4940).

À travers ce *continuum*, il se confirme que la rétroactivité des droits effacés, tout comme celle des droits inachevés, ne répond pas à un schéma donné *a priori* par une notion conceptuelle dont il suffirait ensuite de tirer patiemment toutes les conséquences sur un mode logico-déductif. Au contraire, la rétroactivité occupe plutôt la place, dans la théorie générale du contrat, d'une notion fonctionnelle, c'est-à-dire d'une technique employée en vue de remplir des objectifs précis et dont la portée concrète varie donc en fonction de l'utilisation qui en est faite (4941).

536. Tableau récapitulatif. Dans le domaine des droits inachevés, les institutions étudiées présentaient des différences trop sensibles pour qu'une comparaison terme à terme puisse être envisagée (4942). La même difficulté ne se rencontre pas, en revanche, dans le domaine des droits effacés en raison de la continuité plus grande entre les différentes institutions concernées. Il apparaît dès lors intéressant de résumer dans un tableau schématique les principaux points de convergence et de divergence de celles-ci (4943).

	Nullité	Résolution	Condition résolutoire
Généralités			
Origine	Accord de volonté	Inexécution	Événement prévu
Intérêt protégé	Intérêt général	Créancier	Débiteur conditionnel
Office du juge	Élevée d'office	Option du créancier	De plein droit
Restitutions			
Fondement	Autonome	Autonome	Autonome
Fruits	Restitution sauf bonne foi	Restitution sauf bonne foi	Pas de restitution

(4940) Voy. cependant la réserve émise *supra*, n° 529.

(4941) Voy. *supra*, n° 6.

(4942) Voy. *supra*, n° 211.

(4943) Nous laisserons hors de notre analyse la défaillance de la condition suspensive, en raison du peu d'intérêt à la fois théorique et pratique qu'elle présente.

	Nullité	Résolution	Condition résolutoire
Contrats successifs	Dissolution <i>ex tunc</i>	Dissolution <i>ex nunc</i>	Dissolution <i>ex nunc</i>
Perte fortuite de la chose	<i>Res perit debitori</i>	<i>Res perit debitori</i>	<i>Res perit debitori</i>
Effets à l'égard des tiers			
Actes de disposition	Inopposables	Inopposables	Inopposables
Actes d'administration	Inopposables	Inopposables	Inopposables si anormaux
Actes de conservation	Inopposables	Inopposables	Inopposables
Responsabilité complémentaire			
Réparation	Intérêt négatif	Intérêt positif	N.A.

II. – Place de la rétroactivité en droit positif

537. Propositions doctrinales de faire l'économie de la rétroactivité. Dans sa thèse de doctorat consacrée à l'étude de la condition, Julie De Coninck avait abouti à la conclusion que, malgré tous ses défauts, la rétroactivité demeurerait la construction technique la plus élégante pour justifier l'effet réel de la condition résolutoire à l'égard des tiers (4944).

À l'inverse, dans sa récente thèse portant sur les restitutions consécutives à l'annulation et à la résolution pour inexécution du contrat, Joke Baeck a soutenu qu'il serait préférable, sans même attendre une hypothétique réforme législative et donc *de lege lata*, de faire l'économie du recours à la rétroactivité dans ces deux domaines (4945), faisant ainsi écho à des conclusions simi-

(4944) Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 476, et, à ce propos, *supra*, n° 180.

(4945) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012, n°s 138 et s., pp. 97 et s. ; voy. déjà antérieurement J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2009, n°s 49 et s., pp. 720 et s.

lares défendues par une partie de la doctrine française (4946). Maintenant que nous avons dressé un tableau complet de l'état du droit positif des « droits effacés », le moment semble venu d'examiner plus en détail ces propositions doctrinales, dont la justification peut être synthétisée comme suit.

I. L'idée de départ est que la rétroactivité n'est qu'une *technique utilisée pour atteindre un but*, et non une fin en soi. Dès lors que la remise en cause des événements passés est, par définition, attentatoire à la sécurité juridique, cette technique devrait de préférence être évitée. Le recours à la rétroactivité ne se justifierait donc que s'il existe de bonnes raisons pour ce faire (4947).

II. Or, d'une part, la rétroactivité serait à bien des égards *superflue* pour justifier les solutions du droit positif. Ainsi, alors qu'elle est d'ordinaire avancée pour justifier les restitutions consécutives à la nullité ou à la résolution pour inexécution d'un contrat, rien n'empêcherait de donner à celles-ci un fondement autonome, en considérant qu'elles constituent une conséquence naturelle de la nullité ou de la résolution (4948). Par ailleurs, compte tenu des nombreuses exceptions qui y sont apportées, l'effet de sûreté que la rétroactivité confère à la résolution pour inexécution s'avérerait fort limité en pratique (4949).

III. D'autre part, la rétroactivité se révélerait souvent *nuisible*.

À cet égard, le point le plus sensible est certainement l'atteinte à la sécurité juridique résultant des effets de la rétroactivité sur les droits des tiers, dès lors que les mécanismes correcteurs existant en droit positif (article 2279 du Code civil, publicité foncière,

(4946) Voy. ainsi, à propos de la résolution pour inexécution, R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s. ; comp. également C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *o.c.*, qui, tout en admettant une certaine rétroactivité de l'effet résolutoire (n^{os} 579 et s., pp. 356 et s.), considère que celui-ci ne frappe que le rapport d'obligation à l'exclusion des transferts de propriété (n^o 626, p. 384, et, pour une critique de cette conception, *supra*, n^o 351), ce qui ne l'empêche pas de conférer néanmoins un effet réel à la résolution par le recours à la notion de propriété résoluble (n^o 648, p. 599 ; comp. *supra*, n^o 180). De manière plus générale, le « procès de la rétroactivité » est instruit depuis longtemps (voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. 1, *o.c.*, n^o 6, pp. 8 et s., et, à ce propos, *supra*, n^o 7, II).

(4947) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n^o 139, p. 98.

(4948) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n^o 142, p. 100 ; R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n^o 3.

(4949) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n^o 170, p. 116 ; R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n^o 3.

prescription acquisitive, etc.) ne couvrent pas l'ensemble des cas de figure possibles (4950). Ainsi, il serait injuste de priver le sous-acquéreur d'un immeuble de la propriété de celui-ci au motif que le titre de son auteur est annulé ou résolu, alors qu'il ignorait le vice entachant ce titre ou n'est pas responsable de l'inexécution commise par son auteur envers le vendeur initial (4951). Par ailleurs, si l'on envisage le cas des créanciers de l'acheteur d'un bien meuble ou immeuble, il serait à nouveau injuste de permettre au vendeur de résoudre la vente et de revendiquer le bien en cas de défaut de paiement de l'acheteur, alors que ce vendeur a négligé de se protéger en insérant dans l'acte une clause de réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix (4952).

D'autres reproches pourraient encore être formulés à l'encontre du système de la rétroactivité. C'est ainsi qu'elle représenterait un obstacle à la reconnaissance de la résolution unilatérale, dès lors que ses effets étendus sur le plan réel supposeraient nécessairement l'intervention d'un juge (4953). Par ailleurs, elle serait source de difficultés sur le plan de la prescription, car, en faisant remonter le délai de prescription de l'action en restitution jusqu'à la date de conclusion du contrat, elle ferait courir le risque que cette action se prescrive avant même que la nullité ou la résolution ne soit prononcée (4954). Enfin, la rétroactivité de la résolution pour inexécution serait difficilement compatible avec certaines solutions du droit positif, telles que le maintien d'une responsabilité contractuelle complémentaire du débiteur ou la survie de certaines clauses (4955).

IV. Inutile et dangereuse, la rétroactivité devrait donc être abandonnée dans le domaine de la nullité et de la résolution pour

(4950) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^{os} 144 et s., pp. 100 et s. ; R. WINTGEN, o.c., *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n^o 3.

(4951) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 146, p. 101. De même, pour V. SAGAERT et M. SOMERS, o.c., *T. Not.*, 2008, n^o 27, p. 94, le caractère imprévisible de la résolution pour inexécution justifierait qu'elle soit inopposable aux tiers.

(4952) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 160, p. 109 ; dans le même sens, C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, o.c., n^o 700.

(4953) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 172, pp. 117 et s.

(4954) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n^o 173, p. 118.

(4955) R. WINTGEN, o.c., *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n^o 2.

inexécution. Un tel abandon pourrait intervenir sans réforme législative, dès que la rétroactivité constituerait une *pure construction jurisprudentielle* (4956). Elle pourrait dès lors être remplacée sans peine par une construction technique plus adaptée.

Ainsi, pour J. Baeck, la rétroactivité devrait être remplacée par un fondement *sui generis* aux restitutions reposant sur le principe de l'interdiction de s'enrichir aux dépens d'autrui (lequel ne se confond pas avec les règles techniques de l'enrichissement sans cause), le principe de confiance légitime et le principe de l'autonomie de la volonté (4957). Plus précisément, ce principe de non-enrichissement impliquerait que la valeur de ce que chaque partie est tenue de restituer à l'autre soit égale à la valeur de ce qu'elle a reçu à l'origine, indépendamment des événements survenus depuis lors (4958).

538. Première objection – Flexibilité de la rétroactivité. L'ensemble de ces arguments méritent d'être rencontrés systématiquement.

Tout d'abord, d'un point de vue théorique, nous partageons totalement la conception instrumentale de la rétroactivité selon laquelle celle-ci n'est qu'une technique utilisée en vue d'atteindre un but, plutôt qu'une fin en soi. Cette idée est en effet tout à fait conforme à la thèse que nous défendons, selon laquelle la rétroactivité est une *notion fonctionnelle*, susceptible d'être mise au service des objectifs les plus divers et voyant dès lors sa signification varier en conséquence (4959).

Là, en revanche, où nous divergeons des opinions doctrinales examinées, c'est dans les conséquences à tirer de ce point de

(4956) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^{os} 175 et s., p. 119 ; voy. également, plus nuancé, R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n^o 3. De manière plus limitée, il a également été suggéré que la théorie de l'abstraction, telle qu'elle existe en droit allemand (voy. à ce propos *supra*, n^o 237), pourrait être partiellement reconnue en droit belge en ce sens que le démembrement d'un droit réel ne devrait pas nécessairement reposer sur une cause (voy. en ce sens E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n^o 139, p. 151), ce qui permettrait pratiquement de supprimer l'effet réel de la nullité et de la résolution à l'égard des titulaires de *iura in re aliena* sur la chose dont la propriété a été transférée en vertu du contrat nul ou résolu.

(4957) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^{os} 184 e s., pp. 126 et s.

(4958) *Ibid.*, n^{os} 189 et s., pp. 128 et s. Sur ce qu'un principe de non-enrichissement ainsi défini équivaut en fait à une approche conceptuelle de la rétroactivité, voy. *supra*, n^o 275, II.

(4959) Voy. *supra*, n^o 6.

départ. En effet, il nous semble que tout en admettant le caractère instrumental de la rétroactivité, ces auteurs ne parviennent pas à y voir autre chose qu'une technique rigide, une logique du « tout ou rien » dont il conviendrait dès lors de se passer en raison de ses inconvénients inhérents. Telle n'est toutefois pas la seule solution envisageable, ni à notre sens la meilleure. Au contraire, il faut reconnaître à la rétroactivité la qualité d'un *instrument éminemment flexible*, capable de s'adapter en fonction des besoins et des circonstances. Prétendre le contraire, c'est au fond faire à la rétroactivité un procès qu'elle n'a pas mérité (4960). « Demain comme hier [...], c'est donc de l'attitude de l'interprète que dépend l'avenir de la rétroactivité » (4961).

Ainsi, pour soutenir que l'effet rétroactif de la nullité serait dépourvu de base légale, Joke Baeck se réfère à l'adage *quod nullum est, nullum effectum producit*, dont elle a beau jeu de montrer qu'il ne correspond plus à la théorie moderne des nullités (4962). Mais, précisément, il est possible d'analyser la rétroactivité comme un simple renforcement de la nullité, conçue comme une sanction prononcée par le juge en cas de violation de la loi et, dès lors, soumise comme toute sanction à des exigences de proportionnalité (4963). En raisonnant ainsi, on échappe alors à la logique binaire du « ce qui est nul n'a pu produire *aucun* effet » : au contraire, certains effets peuvent être considérés comme étant dignes d'être maintenus parce que d'autres valeurs entrent en ligne de compte (tels le respect des attentes du cocontractant qui a consommé les fruits de bonne foi, la protection de l'incapable qui a déjà dépensé les choses à restituer, etc.), tandis que d'autres, qui doivent être effacés, subissent de plein fouet les conséquences de la rétroactivité.

De même, Joke Baeck relève que l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution est classiquement fondé sur une assimilation à la

(4960) Comp., dans le même sens, à propos de la rétroactivité de la condition suspensive, la critique de R. DEMOGUE, « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, pp. 163 et s., spéc. p. 172 : « ce fut un tort de l'École exégétique de prendre au pied de la lettre l'idée de rétroactivité contenue dans les codes. Sa tendance à se contenter d'une logique purement déductive l'a éloignée des considérations pratiques. Il en est résulté naturellement une réaction contre l'idée même de rétroactivité. Mais il ne faut pas exagérer dans un sens plutôt que dans l'autre ».

(4961) Conclusion de la thèse de S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 479, p. 502.

(4962) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 177, p. 120 ; voy. de même *supra*, n° 239.

(4963) Voy. *supra*, n° 241.

condition résolutoire, dont elle souligne ensuite à juste titre l'inexactitude (4964). La conclusion qu'elle en tire – à savoir que la résolution pour inexécution serait dépourvue de tout effet rétroactif – nous paraît toutefois prématurée. On pourrait tout aussi bien montrer, en effet, que la résolution constitue – à l'instar de la nullité, mais de manière moins radicale que celle-ci – une sanction, à laquelle un effet rétroactif modulé peut également être reconnu afin d'en assurer l'effectivité (4965).

De même encore, cet auteur a reproché à la rétroactivité d'entraîner l'application aux restitutions des règles du paiement indu et de l'enrichissement sans cause dont le caractère inadapté a été à juste titre dénoncé, de sorte qu'il faudrait plutôt donner à ces restitutions un fondement *sui generis* (4966). Pourtant comme on l'a vu, ce dernier n'est nullement incompatible avec la reconnaissance d'un effet rétroactif (4967).

Enfin, on a déjà noté qu'à l'inverse, en acceptant la rétroactivité de la condition résolutoire, Julie De Coninck s'est sentie contrainte d'admettre ce qu'elle considère être des conséquences secondaires indésirables mais nécessaires de ce principe (notamment en matière de fruits ou de risques), alors que celles-ci nous paraissent pouvoir être évitées par le biais d'une réduction téléologique de l'article 1179 du Code civil (4968). Si cet auteur adopte donc en apparence une solution opposée à celle de Joke Baeck – conserver plutôt qu'abandonner la rétroactivité –, ces deux thèses parcourent en réalité dans un sens contraire le même segment théorique (4969), étant chacune tributaire du même présupposé implicite qui fait de la rétroactivité une notion conceptuelle, soit une notion dont la signification juridique serait donnée *a priori* de manière invariante, sans capacité de s'adapter aux circonstances de son utilisation. Nous espérons avoir montré qu'une telle prémisse n'a rien d'inéluctable.

539. Deuxième objection – Utilité de la rétroactivité. Se pose ensuite la question de l'utilité de la rétroactivité en droit positif. À cet égard, nous avons indiqué d'emblée que la rétroactivité n'est sans doute pas indispensable pour justifier une série

(4964) J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, n^{os} 178 et s., pp. 120 et s. ; voy. également *supra*, n^{os} 367 et s.

(4965) *Voy. supra*, n^{os} 375 et s.

(4966) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n^{os} 51 et s., pp. 721 et s., et la conclusion, n^o 54, p. 724.

(4967) *Voy. supra*, n^{os} 247 (nullité) et 418 (résolution pour inexécution).

(4968) *Voy. supra*, n^o 181.

(4969) Pour reprendre une expression empruntée à M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 209.

de conséquences qui lui sont traditionnellement rattachées, et en particulier les restitutions entre parties (4970). Deux facteurs nous paraissent cependant devoir être pris en considération avant de condamner purement et simplement le recours à cette notion.

I. D'une part, nous avons déjà souligné que l'utilité d'une notion juridique ne se réduit pas à son aptitude à produire des effets spécifiques, c'est-à-dire des effets qu'aucune autre règle de droit n'aurait pu justifier. Au contraire, l'utilité d'une notion se mesure parfois à son *potentiel d'analyse ou d'explication*, qui va bien au-delà de son rôle purement technique (4971).

Pour reprendre un exemple célèbre, la notion de force majeure pourrait être considérée comme inutile sur le plan technique dès lors que, s'il s'agit d'un événement auquel aucune personne normalement diligente et prudente n'aurait pu résister, il suffit de constater que le débiteur qui n'exécute pas pour ce motif son obligation n'a commis aucune faute (4972). Elle n'en demeure pas moins très utile en pratique, à l'instar d'autres notions « superflues » telles que la cause, la fraude à la loi ou l'abus de droit qui « permettent de clarifier les idées, d'établir des catégories et des conditions d'application » (4973). Pour prendre un autre exemple issu de notre recherche, le fait que le résultat d'un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle puisse souvent être atteint par le biais d'une interprétation conciliante de la loi par rapport à la Constitution (4974) n'en rend pas pour autant inutile l'instauration du juge constitutionnel, qui a eu le mérite de sensibiliser les acteurs du système à cette problématique.

Même si elle ne présentait aucune plus-value sur le plan technique, la rétroactivité constituerait donc à tout le moins un outil d'analyse précieux qui permet notamment de conférer une unité et d'expliquer un ensemble d'effets de la nullité et de la résolution pour inexécution qui pourraient sinon apparaître disparates (4975).

(4970) Voy. *supra*, n° 56.

(4971) Voy. *supra*, n° 57, I.

(4972) P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s., n^{os} 5 et s., pp. 43 et s. ; voy. également à ce propos J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 406 et s., spéc. n° 26, p. 419.

(4973) P.A. FORIERS, *o.c.*, *Mélanges Philippe Gérard*, n° 12, p. 49.

(4974) Voy. *supra*, n° 72.

(4975) Dans le même sens, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n° 736, p. 528.

II. Mais, d'autre part, il nous semble que quoique limitée, la rétroactivité présente encore une *réelle utilité sur le plan technique*, dans la mesure où elle constitue un fondement convaincant pour justifier certaines des solutions du droit positif, soit bien établies, soit plus incertaines mais néanmoins désirables.

Ainsi, par exemple, si Joke Baeck a raison de souligner que le rôle de sûreté de la rétroactivité demeure limité dans le domaine de la résolution pour inexécution, il n'en va pas de même en matière de nullité où il n'existe pas d'équivalent aux articles 20, 5°, et 28 de la loi hypothécaire qui viendrait en limiter l'effet rétroactif.

Par ailleurs, nous avons épinglé tout au long de notre étude un certain nombre de circonstances, d'importance certes secondaire mais réelle, où la rétroactivité présente une utilité technique véritable. Nous pensons ainsi à l'absence de toute responsabilité encourue par une partie qui méconnaît les dispositions d'un contrat ultérieurement annulé (4976), à la « résurrection » des actes juridiques éteints par un acte de résiliation annulé (4977) ou résolu (4978), à l'annulation des actes liés par la cause à un contrat nul comme étant eux-mêmes entachés d'une erreur sur la cause (4979), ou encore à la qualification de la créance de restitution d'une somme d'argent comme dette dans la masse (4980).

540. Troisième objection – Opportunité de la rétroactivité. Il faut encore s'interroger sur le caractère plus ou moins souhaitable de la rétroactivité, toujours dans le domaine de la nullité et de la résolution pour inexécution.

La question centrale est assurément celle de son *effet réel* envers les tiers, dont on souligne à juste titre le caractère souvent imprévisible pour ceux-ci. Toutefois, plutôt que d'abandonner purement et simplement l'effet rétroactif, une approche plus nuancée nous paraît souhaitable.

D'abord, en effet, un certain nombre de mécanismes correcteurs, dont nous avons dressé l'inventaire (4981), viennent fortement tempérer les rigueurs de l'effet rétroactif. Dans tous ces cas,

(4976) Voy. *supra*, n° 228.

(4977) Voy. *supra*, n° 289.

(4978) Voy. *supra*, n° 462.

(4979) Voy. *supra*, n° 332, III.

(4980) Voy. *supra*, n° 466.

(4981) Voy. *supra*, nos 295 et s. (nullité) et nos 467 et s. (résolution pour inexécution).

celui-ci peut être théoriquement maintenu puisque ses excès sont déjà contrecarrés en pratique.

Ensuite, parmi les cas restants, il en est encore certains où la rétroactivité n'apparaît pas problématique, mais au contraire bienvenue. C'est ainsi, par exemple, que nul ne songera à plaindre le sort du tiers qui se porte sous-acquéreur d'un bien de mauvaise foi, c'est-à-dire en ayant pleinement conscience de la cause de nullité ou du manquement grave qui menace le titre de son auteur : il est juste, en effet, que ses intérêts soient sacrifiés au profit de ceux du vendeur initial qui entend se prévaloir de la disparition rétroactive de la première vente (4982).

Restent enfin les cas, limités, où le jeu de la rétroactivité apparaît véritablement imprévisible pour le tiers, et où on peut dès lors hésiter sur le bien-fondé de son maintien. Tel est ainsi le cas du sous-acquéreur de bonne foi d'un immeuble, qui ne peut compter en Belgique sur aucun effet constitutif de la publicité foncière (4983). Toutefois, même dans ce cas, il nous paraît encore préférable de tracer les distinctions qui s'imposent entre les situations dissemblables. C'est ainsi, par exemple, que le vendeur initial qui peut se prévaloir d'une cause de nullité, par exemple parce qu'il était incapable ou victime d'un dol, pourrait sans doute prétendre à une meilleure protection, que le vendeur impayé, lequel aurait pu se prémunir contre l'insolvabilité de son cocontractant par l'octroi de garanties. Ces situations multiples et variées nous paraissent pouvoir être mieux appréhendées par un recours ciblé au principe constitutionnel d'égalité qu'en décrétant, en bloc, l'abolition de tout effet rétroactif (4984).

Pour le reste, les autres difficultés épinglées par la doctrine nous paraissent au fond peu problématiques, pouvant être aisément résolues par une interprétation mesurée de l'effet rétroactif. C'est ainsi que l'effet rétroactif de la résolution ne nous paraît pas constituer un véritable obstacle à la reconnaissance de la figure de la résolution unilatérale dès lors que, chaque fois que le tiers refusera de s'incliner face aux prétentions du créancier, une action en justice s'imposera de toute façon pour rendre effectives les conséquences de la

(4982) Voy. d'ailleurs J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten, o.c.*, nos 357 et s., pp. 229 et s., qui propose d'aboutir au même résultat par le biais de la théorie de la tierce complicité.

(4983) Voy. *supra*, n° 296.

(4984) Voy. à ce propos *infra*, nos 542 et s.

résolution (4985). Par ailleurs, quant à la prescription de l'action en restitution, il suffit de considérer que celle-ci n'a pas pu commencer à courir avant que la nullité ou la résolution ne soit prononcée, le point de départ de la prescription n'étant, pour des motifs pratiques, pas concerné par l'effet rétroactif (4986). Enfin, nous avons vu que l'attribution d'un effet rétroactif de principe à la résolution ne fait pas en soi obstacle à la reconnaissance du caractère contractuel de la responsabilité du débiteur (4987) ni à la survie de certaines clauses à la dissolution du contrat (4988).

541. Quatrième objection – Caractère progressif de l'évolution juridique. Nous en arrivons enfin à l'objection fondamentale que nous adressons aux théories qui prétendent faire, *de lege lata*, l'économie de l'effet rétroactif.

En effet, contrairement à ce que soutiennent ces auteurs, la rétroactivité de la nullité et de la résolution pour inexécution ne constitue pas une pure construction jurisprudentielle, qu'il suffirait, tel un mirage, de dissiper. Au contraire, même si elle ne figure expressément dans aucun texte, la rétroactivité de la nullité et de la résolution pour inexécution constitue néanmoins un présupposé à la fois fondateur et incontournable de tout l'édifice législatif (4989).

Mais, même en admettant que la rétroactivité soit une pure création prétorienne, il ne nous paraît pas pour autant si aisé de tirer un trait dessus (4990). Elle est, en effet, comme nous l'avons vu, particulièrement bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation (4991). Or, les constructions jurisprudentielles ne peuvent être tenues pour quantités négligeables. Au contraire, le droit est à nos yeux une entreprise collective constante par lequel des interprétations se développent et se renforcent mutuellement dans l'espoir d'élaborer le système à la fois le plus cohérent et le

(4985) Voy. *supra*, n° 360.

(4986) Voy. *supra*, n°s 247 (nullité) et 418 (résolution pour inexécution).

(4987) Voy. *supra*, n° 380.

(4988) Voy. *supra*, n° 489. Du reste, même l'effet rétroactif plus radical reconnu à la nullité n'empêche pas la survie des clauses divisibles : voy. *supra*, n°s 307 et s.

(4989) Voy. ainsi le rapprochement entre les articles 1183 et 1184 du Code civil (*supra*, n° 370), les différentes lois protectrices des travailleurs (voy. *supra*, n° 255, II) et surtout les articles 954 du Code civil et 4, 20, 5°, 28 et 74 de la loi hypothécaire (*supra*, n°s 296 et 464).

(4990) Voy. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 342, p. 479.

(4991) Voy. *supra*, n°s 236 (nullité) et 363 (résolution pour inexécution).

plus juste possible (4992). Pour l'essentiel, le droit, tel qu'il se pratique, ne se décrète pas ; il se construit (4993). Dans ce processus, la continuité – ou, si l'on préfère, la sécurité juridique – joue un rôle essentiel (4994) au point que, dans la doctrine officielle de la Cour de cassation, l'erreur de droit ne suffit jamais, à elle seule, à justifier un revirement de jurisprudence (4995).

En conclusion de ce qui précède, aucun des éléments avancés ne nous paraît justifier un abandon de principe de la rétroactivité de la nullité ou de la résolution pour inexécution. Certes, celle-ci peut apparaître à certains égards inutile, et à d'autres nuisible, bien que ce double point de vue doive être relativisé. Mais, plus fondamentalement, il nous paraît illusoire de penser que ce principe fondateur puisse être abandonné purement et simplement sans une intervention législative, qui plus est au profit de constructions doctrinales nouvelles et, par là même, susceptibles de poser à leur tour autant, si pas plus de difficultés que celles qu'elles avaient pour tâche de résoudre (4996). Au demeurant, un tel abandon de la rétroactivité n'apparaît même pas nécessaire : là où elle paraît excessive, il suffit en effet de la corriger, soit par les vertus de l'interprétation, soit, lorsque celle-ci atteint ses limites, par celles du contentieux constitutionnel de l'égalité. C'est cette dernière voie que nous allons maintenant emprunter.

§ 2. – *Correction des régimes par le principe d'égalité*

I. – Généralités

542. Objet de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits des tiers. Comme lors de l'étude des droits inachevés, il serait à la fois fastidieux et peu éclairant de confronter l'ensemble du régime des droits effacés au principe constitutionnel d'égalité.

(4992) Voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

(4993) Voy. *supra*, n^o 17 et, sur le rôle de la jurisprudence, n^o 24.

(4994) Voy. *supra*, n^o 31.

(4995) Voy. sur ce point les travaux d'I. RORIVE cités *supra*, n^o 29.

(4996) Ainsi, les principes de non-enrichissement, de confiance légitime et d'autonomie de la volonté avancés par J. Baeck pourraient certainement donner lieu à d'autres équilibres que ceux proposés. Comp. également, à propos du remplacement de la rétroactivité de la condition par la notion de propriété conditionnelle, *supra*, n^o 180, I.

Aussi notre réflexion se concentrera-t-elle sur le point le plus sensible, que les développements précédents ont déjà mis en lumière, à savoir l'effet réel exercé par la rétroactivité sur les droits des tiers. Nous avons vu, en effet, que cette conséquence radicale de l'effet rétroactif est de plus en plus discutée en doctrine, au point que certains auteurs en proposent l'abandon pur et simple (4997). Si ce remède nous a paru, à son tour, aussi drastique que le mal qu'il vise à combattre (4998), il importe maintenant de vérifier si le principe constitutionnel d'égalité ne permet pas d'aboutir à des résultats à la fois plus nuancés et plus satisfaisants. Au surplus, les corrections résultant de l'application de ce principe pourraient être appliquées immédiatement, sans attendre une hypothétique réforme législative (4999).

543. Comparabilité des situations. Première étape de la mise en oeuvre du principe constitutionnel d'égalité, il convient tout d'abord de s'assurer de la comparabilité des institutions en présence (5000) ou, plus précisément, des effets que ces institutions peuvent avoir sur des sujets de droit se trouvant dans une situation similaire (5001). En l'espèce, il s'agit donc de vérifier si les effets que la nullité, la résolution pour inexécution et la condition résolutoire peuvent produire à l'égard des tiers sont bien comparables.

Supposons ainsi une convention initiale par laquelle A vend un immeuble à B. Imaginons maintenant deux hypothèses, la première dans laquelle ce bien est revendu par B à C, la seconde dans laquelle C', créancier de B, pratique une saisie immobilière sur ce bien. Admettons enfin que la convention initiale soit, soit annulée, soit résolue aux torts de l'une ou l'autre partie, soit encore résolue par l'arrivée d'une condition résolutoire. Dans chacun de ces trois cas, l'effet rétroactif de la dissolution de la convention initiale produira en principe des effets réels opposables aux tiers, de sorte que A pourra revendiquer

(4997) Voy. *supra*, n° 537.

(4998) Voy. *supra*, n°s 538 et s.

(4999) Voy. déjà *supra*, n° 61 ; comp. les solutions envisagées de *lege ferenda* telles que la réduction du délai de prescription acquisitive en matière immobilière (J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 40, p. 713), la consécration légale de la théorie de la propriété apparente (*ibid.*, n° 44, p. 716) ou encore la révision de l'article 4 de la loi hypothécaire (*ibid.*, n° 45, p. 717).

(5000) Voy. *supra*, n° 64.

(5001) Voy. *supra*, n° 63.

la chose entre les mains de C ou C'. Ces trois situations sont-elles comparables ?

La réponse à cette question nous paraît assez évidente. D'une part, en effet, les effets de la nullité, de la résolution pour inexécution et de la condition résolutoire sont régulièrement mis sur le même pied, tant par le législateur (5002) que par la jurisprudence (5003) et la doctrine (5004). D'autre part, si l'on se place dans la perspective du tiers (C ou C') affecté par la dissolution rétroactive du contrat initial, on s'aperçoit que la cause de cette dissolution lui importe au fond peu : qu'il s'agisse d'un vice congénital de cet acte, d'un défaut d'exécution ultérieur ou de la réalisation de la condition stipulée, il s'agit à chaque fois d'un événement extérieur à ce tiers sur lequel il n'a en principe aucune prise. Il paraît dès lors raisonnable de rapprocher ces trois hypothèses.

On rappellera enfin que le fait que les trois situations se résolvent de la même façon pour ce tiers – à savoir la perte de ses droits acquis au profit du vendeur initial – n'empêche pas le contrôle de ce résultat au regard du principe constitutionnel d'égalité. En effet, celui-ci impose non seulement de traiter de manière semblable les situations similaires, mais également de traiter de manière différente les situations comparables qui se révèlent cependant, en définitive, essentiellement dissemblables au regard de la mesure envisagée (5005).

544. Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens. Les trois étapes suivantes du contrôle du respect du principe constitutionnel d'égalité sont également faciles à mettre en oeuvre (5006).

(5002) Voy. ainsi les articles 1183 et 1184 du Code civil (condition résolutoire et résolution pour inexécution) et les articles 4 (nullité et « révocation ») et 74 (nullité et condition résolutoire) de la loi hypothécaire.

(5003) Voy. ainsi Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 622, *R.W.*, 2008-2009, p. 20, note J. DE CONINCK, *R.G.D.C.*, 2009, p. 359, note J. BAECK (nullité et résolution pour inexécution) et C.A., 8 février 1994, n° 14/94, point B.5.2 (nullité et résolution pour inexécution, spécialement dans le contexte du contentieux constitutionnel de l'égalité, au regard de la restitution des droits d'enregistrement).

(5004) Sur les rapprochements entre nullité et résolution pour inexécution, voy. *supra*, n° 378 ; entre cette dernière et la condition résolutoire, voy. *supra*, n° 367 ; voy. également J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 745, p. 1661 ; P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n° 2, p. 35.

(5005) Voy. *supra*, n° 62.

(5006) Voy. *supra*, n°s 65 et s.

Ainsi, la distinction entre nullité, résolution pour inexécution et condition résolutoire repose assurément sur un *critère objectif*, à savoir l'existence, soit d'un vice affectant le contrat dès l'origine, soit d'une inexécution fautive de celui-ci après sa conclusion, soit encore d'un événement envisagé dès l'origine par les parties comme cause de dissolution de leur accord.

Le *but* poursuivi par la rétroactivité de ces institutions et la *per-tinence* de cette technique pour atteindre ce but résultent clairement des développements que nous y avons déjà consacrés (5007).

Ainsi, l'effet rétroactif de la nullité vise à renforcer cette sanction en s'assurant que les choses soient remises dans le même état que si le contrat contraire à la loi n'avait pas été conclu. Si la propriété de la chose ne faisait pas retour entre les mains du vendeur initial (A), on pourrait craindre que l'éventuelle insolvabilité de son cocontractant (B) n'empêche la remise des choses dans leur pristin état. L'atteinte portée aux droits des tiers (C ou C') apparaît donc pertinente au regard de l'objectif poursuivi.

De même, l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution constitue un renforcement de cette sanction, laquelle trouve son origine dans le souci de restaurer l'équilibre rompu par l'inexécution commise par le débiteur. Il s'agit donc de faire comme si le contrat n'avait jamais été conclu ou, plus exactement, comme s'il n'avait jamais été exécuté (5008). À nouveau, l'atteinte portée aux droits des tiers apparaît dans ce contexte pertinente au regard de l'objectif de restauration du *statu quo* entre les parties au contrat résolu.

Enfin, on a vu que l'effet rétroactif de la condition résolutoire visait à rendre effective l'obligation de conservation de la chose qui pèse sur le créancier de la chose tant que la condition demeure pendante. Dès lors, il apparaît pertinent de sanctionner un manquement à cette obligation en rendant inopposable au vendeur (A), auquel la réalisation de la condition confère le droit de récupérer la chose, les actes de disposition accomplis par l'acheteur sous condition (B) au bénéfice d'un sous-acquéreur (C) (5009).

(5007) Voy. *supra*, n° 535.

(5008) Sur cette nuance, voy. *supra*, n° 377.

(5009) Sur la situation particulière du créancier de l'acquéreur (C), voy. *infra*, n° 557.

L'appréciation du caractère proportionné du recours à la rétroactivité apparaît en revanche plus délicate. À cet égard, il nous apparaît approprié de décomposer le raisonnement en envisageant séparément chacune des institutions précitées.

II. – Proportionnalité de l'effet rétroactif sur les droits des tiers

A. – Nullité

545. Position du problème. Comme on l'a vu, l'effet rétroactif de la nullité, même s'il apparaît pertinent pour atteindre l'objectif d'effacer les conséquences de la violation de la loi, a été critiqué par certains auteurs, spécialement dans le cas où le tiers concerné serait de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'aurait pas eu connaissance du vice affectant le titre de son auteur (5010). Certes, en matière mobilière, ce tiers sous-acquéreur pourra le plus souvent se prévaloir de la protection de l'article 2279 du Code civil, et n'aura donc pas à subir l'effet réel de la nullité (5011). Il en ira en revanche autrement en matière immobilière où, sous réserve des règles de la prescription dite abrégée, mais néanmoins d'une durée fort longue de minimum dix ans, la bonne foi n'accorde en principe aucune protection particulière au sous-acquéreur (5012). Ses intérêts seront donc, en règle, sacrifiés au profit de ceux du vendeur initial. Faut-il pour autant y voir une conséquence disproportionnée de l'effet rétroactif de la nullité ? Nous ne le pensons pas, et ce, pour un ensemble de raisons.

546. Incidence de la mauvaise foi. Tout d'abord, la proportionnalité de l'atteinte aux droits des tiers résultant de l'effet rétroactif de la nullité nous paraît devoir être appréciée en tenant compte d'un facteur particulier, à savoir la bonne ou mauvaise foi des parties concernées.

Il nous paraît d'abord évident que, si le *tiers sous-acquéreur* est de mauvaise foi – c'est-à-dire, s'il avait ou devoir avoir connaissance

(5010) Voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 146, p. 101.

(5011) Voy. *supra*, n° 299.

(5012) Voy. *supra*, n°s 296 et s.

de la cause de nullité affectant le titre de son auteur –, la remise en cause rétroactive de ses droits ne peut être considérée comme disproportionnée. Il est constant, en effet, que la croyance d'un sujet de droit dans une situation apparente n'est protégée par le droit que si cette confiance est légitime (5013).

Il se peut également que le *vendeur initial* ait manqué à la bonne foi, entendue au moins au sens objectif du terme. En effet, nous avons vu qu'en raison de la théorie de l'unité de l'illégalité et de la faute, la nullité du contrat impliquera, à certaines conditions, la commission automatique d'une faute par cette partie (5014). Par conséquent, le sous-acquéreur qui subirait un dommage à cause de la nullité, en particulier en raison de l'insolvabilité de son cocontractant dont il ne parviendrait pas dès lors à mettre en oeuvre utilement la garantie d'éviction ou à obtenir la restitution du prix payé, disposera d'une action personnelle en réparation contre le vendeur initial (5015). Par conséquent, en raison de cette voie alternative que le droit positif met à sa disposition (5016), il nous paraît que l'effet rétroactif de la nullité ne peut en principe être considéré comme disproportionné dans ce cas (5017).

C'est donc uniquement en cas de bonne foi tant du vendeur initial que du sous-acquéreur que l'effet rétroactif de la nullité sur les droits de ce dernier pourrait s'avérer problématique.

547. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ensuite, bien qu'elle n'offre à ce jour que des enseignements limités sur cette question, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle donne à penser que l'origine et la nature de la nullité constituent une justification adéquate pour lui conférer des effets étendus, y compris dans les rapports avec les tiers de bonne foi.

(5013) Voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, o.c., passim* et spéc. n° 12, p. 41 ; voy. également, outre les articles 549, 1141, 1240, 1690, 1691 et 2279 du Code civil et 1^{er} de la loi hypothécaire, *supra*, n° 297.

(5014) Voy. *supra*, n° 342. En l'occurrence, s'agissant des rapports avec un tiers, cette faute ne peut être qu'extracontractuelle (comp. *supra*, n°s 336 et s.).

(5015) Sur la question de savoir si c'est l'intérêt négatif ou l'intérêt positif dont il pourra réclamer réparation, voy. *supra*, n°s 344 et s.

(5016) Sur l'importance de ce critère dans l'appréciation de la proportionnalité, voy. *supra*, n° 70.

(5017) La question devrait cependant toujours être appréciée *in concreto*. Ainsi, par exemple, si le vendeur initial s'avère insolvable, ou si la conservation de la chose en nature présente une importance particulière pour le sous-acquéreur, le recours personnel contre le vendeur initial ne constitue sans doute pas une voie alternative raisonnable.

Parmi les rares décisions rendues dans ce domaine, deux d'entre elles nous paraissent significatives.

La première concernait la différence de traitement entre les parties à un contrat annulé et celles à un contrat résolu pour inexécution, sous l'angle du délai dans lequel la restitution des droits d'enregistrement perçus par le fisc – un tiers particulier, certes, mais néanmoins un tiers – peut être réclamée. On sait, à cet égard, que si la restitution pour cause de résolution doit être demandée dans un délai d'un an à dater de la conclusion du contrat, la restitution pour cause de nullité n'est soumise quant à elle à aucun délai spécifique (si ce n'est le délai général de deux ans à dater de l'apparition de la cause de restitution, c'est-à-dire en l'occurrence le prononcé de la décision d'annulation passée en force de chose jugée) (5018). Or, la Cour constitutionnelle a considéré que cette absence de délai dans le cas de la nullité n'était pas problématique. En effet, « [L]a nullité sanctionne une irrégularité ou une infraction à une règle de droit commise lors de la formation de la convention. Un acte nul est censé n'avoir jamais existé. L'effacement *ab initio* de la convention et de ses effets est dès lors la règle » (5019), y compris donc à l'égard d'un tiers tel que le fisc.

Cette idée se retrouve également dans le cadre du recours formé à l'encontre des trois lois anti-discrimination du 10 mai 2007. À cet égard, les requérants se plaignaient de la sanction de la nullité prévue par ces lois au motif que la formulation vague des dispositions prohibitives aurait porté atteinte à la sécurité juridique (5020). De manière plus directement intéressante pour notre propos, ils ajoutaient que « dans les contrats qui ont pour objet la propriété (cession, mise à disposition, location ou autres transactions), le caractère imprévisible constituerait également une violation du droit de propriété, qui comprend le droit de disposer de sa propriété » (5021). Même s'ils se plaçaient donc ainsi principalement dans la perspective de l'auteur d'un acte de disposition, l'argument avait une portée plus générale intéressant tous les tiers, en raison du caractère *erga omnes* du droit de propriété (5022). Ce grief fut cependant rejeté par la Cour constitutionnelle aux motifs que la limitation de la liberté contractuelle imposée par la loi est justifiée par la position dominante, en fait ou en droit, de la catégorie de personnes à qui elle s'adresse (5023) et

(5018) Voy. les articles 209, 2^o et 3^o, et 215 du Code des droits d'enregistrement.

(5019) C.A., 8 février 1994, n^o 14/94, point B.5.3.

(5020) C.C., 12 février 2009, n^o 17/2009, point A.22.1.

(5021) *Ibid.*, point A.24.1.

(5022) Voy. ainsi les points A.24.2 et A.24.24, où le débat se déplace sur le terrain du droit d'acquiescer et de conserver la propriété.

(5023) *Ibid.*, point B.29.3.

que « [P]as plus que la liberté contractuelle, le droit au respect de la propriété et le droit à la liberté d'association ne sont absolus » (5024).

Au demeurant, on sait que, même lorsqu'il édicte une règle en vue de la protection d'une partie faible et qu'il sanctionne donc ainsi sa méconnaissance par une nullité relative plutôt qu'absolue, le législateur poursuit toujours, ce faisant, la réalisation de l'intérêt général (5025). Or, au-delà même du droit des nullités, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est imprégnée de la distinction entre intérêt général et intérêts privés, la réalisation du premier pouvant justifier la prise de mesures particulières (5026).

De cette jurisprudence, nous retiendrons qu'aux yeux de la Cour constitutionnelle, la nature de la nullité (la sanction de la violation d'une règle de droit) et son origine (un vice contemporain à la formation du contrat) justifient en principe de lui reconnaître un effet rétroactif étendu, y compris dans la mesure où celui-ci porte atteinte au droit de propriété des tiers. L'effet rétroactif de la nullité à l'égard des tiers apparaît donc proportionné à l'objectif de sanction d'un acte illégal (5027). Certes, les intérêts du vendeur initial n'apparaissent peut-être pas nécessairement préférables, dans l'absolu, à ceux d'un sous-acquéreur ; mais l'équilibre ainsi trouvé par le législateur, qui a souhaité donner dans ce conflit une prééminence de principe à la restauration de la légalité (la sécurité juridique statique) sur le respect des attentes du sous-acquéreur (la sécurité juridique dynamique) ne paraît pas déraisonnable au point de pouvoir être censuré par le juge constitutionnel (5028).

(5024) *Ibid.*, point B.30, qui ajoute que « [l]es parties requérantes n'exposant pas en quoi les articles attaqués limiteraient ces droits de manière disproportionnée, ces griefs ne doivent pas être examinés ».

(5025) Voy. *supra*, n° 378, II.

(5026) Voy. en ce sens les décisions analysées *supra*, n° 220 ; *adde* C.C., 16 juin 2011, n° 108/2011, point B.6.1 (« Le législateur pouvait prévoir une possibilité de recours en faveur des organismes qui, en participant à la mise en œuvre de régimes obligatoires d'assurance maladie-invalidité ou d'indemnisation des accidents du travail, organisés par l'autorité publique, contribuent à la réalisation d'un objectif d'intérêt général et se distinguent par là des organismes d'assurance qui, comme en l'espèce, poursuivent des objectifs d'intérêt privé »).

(5027) Comp. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 271, p. 354, qui s'oppose à une application extensive de la théorie de l'apparence dans le domaine des nullités aux motifs que « [l]a nécessité de la sanction exige que le titulaire évincé n'ait pu conférer à des tiers des droits valables. [...] Il faut sanctionner les irrégularités juridiques et protéger les titulaires véritables des droits contre les tiers, même de bonne foi ».

(5028) Sur cette opposition entre sécurité statique et sécurité dynamique et la difficulté à trouver un équilibre entre elles, voy. les réflexions classiques de Demogé citées *supra*, n° 300 ; *adde* R. JAFFERALI, « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats

548. Droit comparé. Cette solution peut s'appuyer sur l'expérience du droit comparé.

Ainsi, le **droit allemand** pourrait *a priori* être donné en exemple d'un système juridique ayant fait le choix, par la consécration du principe d'abstraction, de limiter aux relations entre parties les effets de la nullité ou de l'annulation du contrat, celle-ci laissant en règle intact l'acte de disposition au profit d'un tiers qui en est la suite. Et pourtant, nous avons vu que même dans ce système hautement protecteur des intérêts des tiers et donc de la sécurité des affaires, de nombreuses violations de la loi ont paru si fondamentales que la jurisprudence a décidé de les faire rejaillir sur les tiers, en renonçant ainsi à une application stricte du principe d'abstraction (5029). Cette expérience étrangère nous conforte dans l'idée qu'un abandon pur et simple de l'effet rétroactif de la nullité dans les rapports avec les tiers risquerait souvent de mener à des conséquences indésirables.

549. Cohérence de l'ordre juridique. Un dernier argument en ce sens peut être tiré du souci d'assurer la cohérence de l'ordre juridique (5030). En effet, nous avons vu que non seulement le droit des nullités, mais même, de manière générale, tout l'ordre juridique était traversé par le principe selon lequel, sauf circonstances particulières et complémentaires, le souci du respect de la sécurité juridique ou de la confiance légitime ne suffit pas, à lui seul, à écarter les conséquences d'une violation de la loi (5031). En supprimant de manière radicale tout effet rétroactif de la nullité à l'égard des tiers, on porterait à notre sens une atteinte injustifiable à cette prééminence du principe de légalité.

B. – Résolution pour inexécution

550. Délimitation du problème. Si l'effet rétroactif de la nullité envers les tiers nous paraît donc passer avec succès l'épreuve de la proportionnalité, on ne peut en dire autant de la résolution

internationaux », *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 79 et s., n° 31, pp. 140 et s. – Sur le caractère marginal du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle, voy. *supra*, n° 68.

(5029) Voy. *supra*, n° 237, III.

(5030) Sur l'importance fondamentale de ce paramètre, voy. *supra*, nos 16 et s.

(5031) Voy. *supra*, n° 241, III.

pour inexécution. À cet égard, le problème doit d'abord être bien circonscrit.

Tout d'abord, les *exceptions à l'effet rétroactif* de la résolution envers les tiers étant plus nombreuses qu'en matière de nullité, les cas où cet effet apparaîtra problématique seront corrélativement plus limités. C'est ainsi, notamment, que la rétroactivité de la résolution sera écartée non seulement en faveur du sous-acquéreur d'une chose mobilière entré de bonne foi en possession de celle-ci (article 2279 du Code civil) (5032), mais également dans tous les cas – fréquents en pratique – où le vendeur impayé d'une chose mobilière n'aura pas agi en résolution avant la naissance du concours sur le patrimoine de l'acheteur (article 20, 5°, de la loi hypothécaire) (5033). De même, l'action en résolution du vendeur impayé d'un immeuble sera inopposable aux tiers toutes les fois où il aura été déchu de son privilège (5034).

Ensuite, l'effet réel de la résolution n'apparaît pas problématique dans l'hypothèse où le tiers qui en subit les conséquences était de mauvaise foi, en ce sens qu'il *connaissait ou devait connaître la précarité du titre de son auteur* en raison d'un manquement grave de l'une des parties au contrat initial. La décision de contracter était en effet dans ce cas prise par lui en ayant conscience du risque qu'il courait (5035).

Par ailleurs, le critère de la *voie alternative raisonnable* pourrait inciter à considérer que le tiers frappé par l'effet rétroactif de la résolution ne pourra pas non plus se plaindre d'une atteinte disproportionnée à ses droits lorsqu'il dispose néanmoins d'un recours susceptible de lui accorder une protection équivalente (5036).

C'est ainsi, par exemple, que pour autant que l'acquéreur (B) soit solvable, le vendeur (A) paraît en principe pouvoir opposer la résolution de la vente initiale au sous-acquéreur (C) dès lors que celui-ci

(5032) Voy. *supra*, n° 471.

(5033) Ou, dans le cas d'une vente sans terme, au plus tard dans les huit jours de la livraison de la chose (voy. *supra*, n°s 473 et s.).

(5034) Voy. *supra*, n° 468.

(5035) En effet, même si la résolution était dépourvue d'effet rétroactif, le sous-acquéreur qui connaissait la précarité du titre de son auteur au moment où il contracte pourrait être tenu de restituer la chose au vendeur initial par application de la théorie de la tierce complicité (voy. en ce sens J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 73, pp. 739 et s.).

(5036) Voy. *supra*, n° 70.

peut encore se prévaloir la garantie d'éviction de B. La question est toutefois délicate dès lors que B ne sera normalement en mesure que d'assurer une réparation par équivalent du dommage subi par C, et non de remplacer en nature la chose qui aura fait retour dans le patrimoine de A. En fonction des circonstances, il n'est donc pas certain que C dispose véritablement d'une voie alternative raisonnable au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité.

Enfin, contrairement à ce qui est parfois soutenu, il nous semble que le fait que le vendeur initial bénéficie d'un *privilege* constitue une circonstance déterminante pour apprécier la proportionnalité de l'effet rétroactif. En effet, en accordant un *privilege*, le législateur a exprimé son intention de reconnaître à la créance une qualité particulière permettant à son auteur de jouir d'une position prééminente en cas de concours (article 12 de la loi hypothécaire).

Ainsi, par exemple, il ne nous paraît pas problématique de reconnaître un effet rétroactif à l'action en résolution du vendeur impayé d'un immeuble dans les rapports avec le sous-acquéreur. Cette rétroactivité accorde en effet au vendeur une protection équivalente à celle dont il disposerait s'il se prévalait de son *privilege* (5037), dont on sait par ailleurs qu'il doit être rendu public (article 29 de la loi hypothécaire). Elle ne peut dès lors en ce cas être considérée comme disproportionnée.

En définitive, les cas où l'effet rétroactif de la résolution apparaîtra problématique dans les rapports avec les tiers s'avéreront assez limités. Afin de ne pas raisonner dans l'abstrait, nous envisagerons dans les lignes qui suivent le cas où le vendeur d'un immeuble (A) ayant obtenu la résolution de la vente aux torts de son acheteur (B) pour manquement à une obligation de faire ou de ne pas faire (5038) – qui n'est dès lors garantie par aucun *privilege* – tente ensuite d'opposer cette résolution au sous-acquéreur (C) ou aux créanciers en concours de l'acheteur (C') en se prévalant de son effet rétroactif.

551. Travaux préparatoires de la loi hypothécaire. Pour apprécier si, dans un tel cas de figure, l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution sur les droits des tiers peut être considéré

(5037) C'est d'ailleurs pour ce motif que la résolution est inopposable aux tiers dans les cas où le vendeur perd le bénéfice du *privilege* : voy. *supra*, n° 468.

(5038) Clause d'approvisionnement exclusif, engagement de donner une certaine affectation aux lieux ou d'y accomplir certains travaux, interdiction de disposer, etc.

comme disproportionné, il n'est pas inutile de se replonger dans les travaux préparatoires de la loi hypothécaire.

À cet égard, le législateur s'est interrogé sur la nature des actes qu'il convenait de soumettre à la formalité de la transcription.

Examinant le cas des actes devenant « inopérant [...] avec effet rétroactif », il a ainsi estimé que « deux hypothèses peuvent se présenter :

L'acte se trouve entaché d'un *vice de forme* ou d'un *vice inhérent à la convention elle-même*, et il est impossible, dans l'un et l'autre cas, d'imposer à celui qui se plaint d'autre condition que celle du terme dans lequel l'action doit être instituée. Ou bien la résolution procède d'une *cause exprimée au contrat* ou d'une *cause déterminée par la loi et sous-entendue dans le contrat lui-même*, et il semble inutile de leur donner une publicité distincte et spéciale, si l'on exige soit la transcription entière du titre de mutation lui-même, soit, ainsi que la commission le propose, un mode de publicité parfaitement équivalent. Cette dernière observation s'applique également aux conditions suspensives que peut contenir le titre » (5039).

En d'autres termes, le législateur a considéré que l'opposabilité de l'effet rétroactif de la nullité ne devait pas être subordonnée aux exigences de la publicité foncière, dans la mesure où le respect de celles-ci serait *impossible* : le plus souvent, en effet, le demandeur en nullité ignorait au moment de la conclusion de la convention l'existence du vice. Quant à la condition résolutoire et à la résolution pour inexécution, il serait *inutile* de leur donner une publicité distincte dans la mesure où elle ressortirait déjà du contrat étant soumis à la formalité de la transcription. Les tiers auraient dès lors la possibilité d'en prendre connaissance et ne pourraient être surpris par l'effet de la rétroactivité (5040).

Si l'on peut suivre le raisonnement du législateur en ce qui concerne la nullité et la condition résolutoire, nous sommes en revanche beaucoup plus sceptique en ce qui concerne la résolution pour inexécution. À la différence de la condition résolutoire, celle-ci ne figure en effet pas clairement dans l'acte transcrit, elle

(5039) Rapport de la Commission instituée pour la révision du régime hypothécaire annexé à l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 1848-1849, n° 4, p. 13 (nous soulignons).

(5040) Voy. de même, à propos de la résolution pour inexécution, C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, o.c., n° 579, p. 617.

est seulement « sous-entendue dans le contrat lui-même ». Est-ce à dire pour autant que les tiers en soient nécessairement informés ?

Le législateur lui-même semble en avoir douté. Il poursuit en effet immédiatement en relevant que :

« [d]epuis longtemps, la critique a reproché au Code une *anomalie choquante*. Le vendeur qui a perdu son privilège conserve le droit de demander la résolution de la vente au préjudice des droits consentis par l'acheteur. Sans doute, le privilège et le droit de demander la résolution du contrat sont des droits distincts, et, en principe, complètement indépendants ; mais ils produisent le même effet pour les autres créanciers auxquels il importe peu qu'on leur enlève la chose, ou qu'on les prive du prix de la chose. *Ce qui semble dangereux dans le système du Code civil, c'est que l'acquéreur ou le créancier hypothécaire qui trouve le bien quitte et libre de l'inscription du privilège d'un ancien propriétaire a de justes motifs de croire que cet ancien propriétaire, dont il ne peut se faire produire les quittances, a payé* » (5041).

En d'autres termes, si les tiers ne peuvent certes ignorer l'existence de l'article 1184 du Code civil, et donc le risque abstrait que le titre de leur auteur soit résolu pour inexécution en cas de manquement grave du débiteur, ils ignorent, en revanche, l'existence concrète d'un éventuel manquement commis par celui-ci, et ce, d'autant plus que ce manquement peut parfaitement n'être consommé qu'*après* que les tiers ont traité avec leur auteur (5042).

Pour résoudre ce problème, il fut proposé au cours des travaux préparatoires (5043) d'adopter une disposition qui deviendra finalement l'article 28 de la loi hypothécaire, lequel a pour effet de lier l'inopposabilité de la résolution pour inexécution à la perte du privilège. Mais, comme nous l'avons vu, ce texte ne remédie à la situation que dans les cas, précisément, où le vendeur initial (A) disposait potentiellement d'un privilège ; il n'est en revanche d'aucun secours lorsque le manquement reproché à l'acheteur (B)

(5041) Rapport précité, *ibid.* (nous soulignons).

(5042) Sur le caractère imprévisible de la résolution pour inexécution pour les tiers, voy., outre les références citées *supra*, n° 537, III, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 584, p. 624. À cet égard, le fait qu'en matière immobilière, les négociations durent un certain temps et que les parties soient souvent assistées par un professionnel ne nous paraît pas suffisant pour pallier le caractère imprévisible de la résolution (comp. cependant J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 597, p. 633).

(5043) *Ibid.*

consistait en une obligation de faire ou de ne pas faire (5044). Or, dans ce cas également, le sous-acquéreur (C) ou les créanciers de l'acheteur (C') ont « de justes motifs de croire » que ce dernier « a payé », c'est-à-dire a exécuté correctement la convention, sans avoir la possibilité de vérifier cette supposition sur la base du registre de la conservation des hypothèques. En d'autres termes, la solution proposée par le législateur apparaît insuffisante au regard du problème qu'il a lui-même identifié.

552. Comparaison avec la révocation des donations pour cause d'ingratitude. Le souci du législateur de préserver les attentes légitimes des tiers apparaît d'autant plus clairement si l'on rapproche le régime de la résolution pour inexécution de celui de la révocation des donations pour cause d'ingratitude.

I. On sait en effet que les effets dans le temps de la révocation des donations pour cause d'ingratitude ne remontent pas, dans les rapports avec les tiers, au-delà de l'introduction de la demande, c'est-à-dire au moment à partir duquel les tiers peuvent prendre connaissance du risque de révocation en raison de la publicité donnée à l'action (5045). Cette solution diffère du régime applicable à la révocation pour cause d'inexécution des conditions de la donation (5046), qui ne constitue qu'une forme de résolution pour inexécution (5047), de même que de celui du droit de retour conventionnel (5048), qui constitue en réalité une forme de condition résolutoire (5049).

(5044) De même, l'effet réel de la résolution ne connaît aucune limitation lorsqu'elle est prononcée en raison d'un manquement du vendeur. Sur tout ceci, voy. *supra*, n° 468.

(5045) Voy. l'article 958 du Code civil, demeuré inchangé depuis 1804 : « La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939 ».

(5046) Voy. l'article 954 du Code civil : « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même ».

(5047) Voy. à ce propos *supra*, n° 351.

(5048) Voy. l'article 952 du Code civil : « L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et les conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement, où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques ».

(5049) Voy. *supra*, n° 522.

Une telle différence de traitement est parfois justifiée en doctrine par l'idée qu'en tant que *peine privée* sanctionnant une faute intentionnelle, la révocation des donations pour cause d'ingratitude ne devrait frapper que le donataire coupable (5050). L'explication apparaît cependant peu convaincante si l'on se place dans la perspective des tiers. Pourquoi, en effet, ceux-ci devraient-ils être moins protégés lorsque le donataire avec qui ils ont traité n'a commis qu'une faute de négligence (soit l'inexécution d'une charge), voire aucune faute du tout (en cas d'exercice d'un droit de retour conventionnel) ? (5051)

II. Aussi est-ce à juste titre que, pour justifier cette différence de traitement, les auteurs du Code civil l'ont plutôt abordée sous l'angle de sa *prévisibilité* pour les tiers.

Ainsi, dans son rapport au Tribunal, Jaubert considère à propos du droit de retour conventionnel que « les tiers n'auraient pas à se plaindre ; ils auraient été avertis par la stipulation » (5052). De même, à propos de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, « Si les créanciers et les tiers acquéreurs venaient se plaindre, on leur dirait : pourquoi avez-vous contracté ? ou pourquoi n'avez-vous pas su vous procurer la ratification du donateur ? » (5053). En revanche, « [I]l en devait être autrement dans la révocation pour cause d'ingratitude [...] L'indigne n'était appelé que par une volonté présumée ; le donataire avait été l'objet de la plus expresse et de la plus tendre sollicitude du donateur : mais *les tiers ne devaient pas prévoir l'ingratitude du donataire*, ils ne doivent pas en être victimes ». Le maintien des droits des tiers est donc commandé par « l'intérêt de la société » et « la foi publique » (5054).

De même, pour Favart, si la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions se justifie par l'idée que « [l]es créanciers [...] n'ont pas dû plus ignorer les conditions de la donation que la donation elle-même » (5055), au contraire, « [à] l'égard de la

(5050) Voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 492, p. 681 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, o.c., p. 75.

(5051) De même, le fait que le dol commis dans la formation du contrat constitue un délit civil n'implique pas que les tiers doivent être mieux traités que dans les autres cas de nullité (voy. *supra*, n° 295, II).

(5052) Rapport fait au Tribunal par Jaubert dans la séance du 9 floréal an XI, dans LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XI, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, n° 50, p. 461.

(5053) *Ibid.*, n° 53, p. 463.

(5054) *Ibid.*, n° 54, pp. 463 et s. (nous soulignons).

(5055) Discours de Favard dans la séance du Corps législatif du 13 floréal an XI, dans LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XI, o.c., n° 11, p. 503.

révocation pour cause d'ingratitude, soit qu'il soit naturel de penser que *le créancier ne peut pas prévoir que le donataire s'en rendra coupable*, soit qu'il soit également naturel de penser que le donateur pardonnera, le projet établit que cette révocation ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation avant la demande en révocation » (5056).

La même idée de prévisibilité justifia le maintien de la protection des tiers en cas de révocation des donations pour cause d'ingratitude lors de la réforme du régime hypothécaire :

« Enfin, il est à remarquer qu'il y a des causes de révocation qui ne peuvent être opposées aux aliénations faites ou aux hypothèques ou autres droits réels consentis avant la demande en révocation. Telle est la révocation des donations pour cause d'ingratitude, et en général *celle qui ne procède pas ex causa antiqua et necessaria*. Pour ces causes de révocation, la publicité de l'acte de mutation est insuffisante pour les tiers, puisque ceux-ci peuvent traiter en toute sécurité avec le propriétaire, tant que la révocation n'a pas été demandée en justice.

La commission a pensé qu'il est juste d'imposer à celui qui a la faculté de provoquer la révocation, et de déterminer ainsi l'époque à compter de laquelle elle doit opérer, l'obligation de *donner à cette action la publicité qui doit garantir les intérêts des tiers* » (5057).

III. Comme on le voit, tant les travaux préparatoires du Code civil que ceux de la loi hypothécaire mettent l'accent sur la nécessité de respecter les attentes légitimes des tiers. Pourtant, ceux-ci se trouvent-ils vraiment dans une situation différente en cas de résolution pour inexécution par rapport à un cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ?

En réalité, et pour reprendre les termes des motifs de la loi hypothécaire, tout comme la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, la résolution pour inexécution ne procède pas d'une cause « antique et nécessaire », puisqu'elle trouve au contraire son origine dans un manquement postérieur à la conclusion du

(5056) *Ibid.*, n° 11, p. 504 (nous soulignons).

(5057) Rapport précité, *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 1848-1849, n° 4, p. 14 (nous soulignons). Ainsi, dans le cadre de la révocation pour cause d'ingratitude, « la publicité apparaît-elle comme la condition même du jeu de la rétroactivité envers les tiers » (J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 505, p. 695).

contrat et toujours éventuel (5058). De même, ici également, « la publicité de l'acte de mutation est insuffisante pour les tiers », puisque ceux-ci croient pouvoir « traiter en toute sécurité avec le propriétaire » tant que la résolution n'a pas été demandée en justice (5059).

On ajoute parfois que le vendeur ne peut se plaindre d'être privé du bénéfice de l'effet rétroactif de la résolution, dès lors qu'il ne peut s'en prendre qu'à lui-même pour avoir choisi comme cocontractant un débiteur infidèle (5060) et qu'il aurait pu se prémunir contre l'insolvabilité de celui-ci en insérant une clause de réserve de propriété dans l'acte (5061). Ces arguments reposent en réalité tous deux sur l'idée, plus générale, selon laquelle le risque que la rétroactivité vise à éviter était prévisible pour le vendeur tandis qu'il était imprévisible pour le sous-acquéreur.

IV. De ce qui précède, il nous paraît résulter clairement que l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution dans les rapports avec les tiers constitue une *mesure disproportionnée* au regard des objectifs poursuivis par le législateur, compte tenu de l'atteinte qu'elle porte à la sécurité des tiers qui sont dans l'incapacité de s'en prémunir.

En effet, les intérêts particuliers du vendeur, victime de l'inexécution de l'acheteur qui constitue pour lui un risque prévisible contre lequel il aurait pu se prémunir en exigeant des sûretés, n'apparaissent pas préférables à ceux du sous-acquéreur, pour qui le risque d'éviction rétroactive était quant à lui tout à fait imprévisible. La situation diffère à cet égard d'un cas de nullité de la vente initiale qui était certes tout aussi imprévisible pour le

(5058) On pourrait certes objecter que le droit de résolution est réputé exister dès la conclusion du contrat (voy. *supra*, n° 371), mais il s'agirait là d'une vision fort théorique des choses, d'autant que ce principe a été développé dans un objectif bien précis, à savoir permettre l'opposabilité du droit de résolution au cessionnaire d'une créance. À nouveau, une approche fonctionnelle (sur laquelle, voy. *supra*, n°s 5 et s.) commande de ne pas donner à cette construction des conséquences détachées de son but.

(5059) Voy., dans le même sens, la référence à l'esprit de la loi hypothécaire par J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 98, p. 755.

(5060) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 36, p. 711.

(5061) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 99, p. 756. Cet argument doit être relativisé, dans la mesure où nous avons vu qu'avant la loi sur les sûretés réelles mobilières, la clause de réserve de propriété était inopposable, sauf en cas de faillite (voy. *supra*, n° 203, I) et où, de toute manière, il n'est pas courant d'user de telles clauses pour garantir l'exécution d'autres obligations que celle de payer le prix. Cela étant, d'autres sûretés sont toujours, il est vrai, envisageables.

sous-acquéreur, mais qui l'était également pour le vendeur initial, et où, en outre, l'intérêt général commande de donner la préférence à ce dernier en vue de restaurer la légalité (5062).

Contrairement à ce qui est parfois soutenu, donner un effet réel à la résolution pour inexécution ne constitue donc plus un « choix fondamental de politique juridique » entre sécurité statique et sécurité dynamique qui ne pourrait être effectué que par le législateur (5063). Le recours au principe constitutionnel d'égalité permet en effet désormais de contrôler ce choix au regard de l'objectif de prévisibilité que le législateur s'est lui-même fixé et d'en censurer les conséquences injustifiées.

553. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Bien qu'elle soit encore peu développée sur ce point, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle confirme également que la nullité et la résolution pour inexécution présentent, sur le plan de la rétroactivité à l'égard des tiers, des caractéristiques distinctes pouvant justifier l'application d'un traitement différencié.

Ainsi, on a déjà mentionné l'affaire dans laquelle la Cour constitutionnelle était saisie de la différence de traitement existant entre ces deux institutions en ce qui concerne la restitution des droits d'enregistrement perçus (5064). À cet égard, la résolution pour inexécution se distingue de la nullité par le fait qu'alors que la première résulte d'un vice contemporain de la formation du contrat, « [l]a résolution d'une convention sanctionne en revanche un manquement dans son exécution. La résolution n'intervient dès lors qu'à la suite d'événements survenus après la conclusion de la convention. L'acte est né régulièrement et a reçu en principe exécution jusqu'à sa résolution ». Dès lors, il n'est pas déraisonnable de fixer un délai d'un an pour la restitution des droits d'enregistrement. En effet, le législateur a ainsi voulu « éviter que la restitution des droits d'enregistrement soit systématiquement demandée lors de la résolution de conventions nées régulièrement, ayant sorti leur plein et entier effet pendant une longue période mais auxquelles il est mis fin à la suite d'une exécution défectueuse par l'une des parties contractantes » (5065). Le respect de la sécurité

(5062) Comp. *supra*, n^{os} 547 et s.

(5063) P. ANCEL, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2008, n^o 27, p. 51 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n^o 732, p. 526. Sur l'opposition entre sécurité statique et sécurité dynamique, voy. *supra*, n^o 300.

(5064) Voy. *supra*, n^o 547.

(5065) C.A., 8 février 1994, n^o 14/94, point B.5.4.

juridique (en l'occurrence, en faveur du fisc) peut donc justifier une entorse à l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution là où il est au contraire admis sans réserve en matière de nullités.

554. Droit comparé. Ici encore, le droit comparé peut conforter notre raisonnement. Nous avons vu, en effet, que des systèmes juridiques tels que le droit néerlandais et le droit allemand n'hésitaient pas à refuser en principe tout effet réel à la résolution pour inexécution, alors qu'ils adaptaient par ailleurs une position plus nuancée en cas de nullité (5066). Ceci confirme que les deux institutions ne doivent pas nécessairement être traitées de la même façon sous l'angle des effets à l'égard des tiers (5067).

Le cas du **droit néerlandais** est à cet égard particulièrement intéressant, parce qu'il adopte en la matière une solution assez nuancée. Nous avons vu, en effet, que si l'effet réel de la résolution est en principe écarté, le législateur a néanmoins préservé en matière de vente un droit de réclame du vendeur, opposable au sous-acquéreur de mauvaise foi ainsi qu'à la masse des créanciers de l'acheteur, en cas de non-paiement du prix. La doctrine souligne cependant qu'en dehors de ces hypothèses particulières envisagées par le législateur, il ne se justifie pas d'accorder au vendeur une position privilégiée par rapport aux autres créanciers de l'acheteur (5068). Ceci rejoint l'idée déjà émise selon laquelle l'effet rétroactif de la résolution n'est problématique que dans les cas où le législateur n'a pas entendu conférer au créancier de la chose une position privilégiée à raison de la qualité de sa créance (5069). Il ne s'agit donc pas de condamner tous les cas où le transfert rétroactif de propriété accorde à son bénéficiaire une position privilégiée, mais seulement ceux où ce privilège résulte d'une application mécanique de règles techniques (approche conceptuelle), indépendamment de toute réflexion de fond sur la valeur respective des intérêts en présence (approche fonctionnelle) (5070).

555. Cohérence de l'ordre juridique. Enfin, le recours au principe constitutionnel d'égalité afin de supprimer – dans les limites que nous avons précisées – l'effet rétroactif de la résolution pour

(5066) Voy. et comp. *supra*, nos 237 et s. et 364 et s.

(5067) Voy. également R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s.

(5068) C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VI, vol. III*, *o.c.*, n° 700.

(5069) Voy. *supra*, n° 550.

(5070) Sur ces deux approches, voy. *supra*, nos 5 et s.

inexécution dans les rapports avec les tiers nous paraît être de nature à garantir une plus grande uniformité des solutions admises en droit positif (5071).

D'une part, en effet, on a déjà souligné les similitudes entre la résolution pour inexécution et la *révocation des donations pour cause d'ingratitude* (5072). À cet égard, il serait curieux que le sous-acquéreur soit mis à l'abri des conséquences de l'ingratitude de son auteur vis-à-vis de son donateur mais que, à l'inverse, il subisse de plein fouet les conséquences du manquement commis par ce même auteur à l'égard de son vendeur. Or, dans l'un et l'autre cas, le sous-acquéreur demeure étranger à la faute commise par son auteur, qu'il n'est même pas en mesure de prévoir au moment où il acquiert le bien. La suppression de l'effet rétroactif de la résolution à l'égard des tiers permettrait de traiter de manière uniforme ces deux situations.

D'autre part, cette suppression apparaît également en harmonie avec le régime du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*. On considère en effet que la fraude a un effet relatif, en ce sens qu'elle ne peut en principe nuire qu'à celui qui s'en est rendu coupable ou à tout le moins complice (5073), comme en témoigne notamment le régime de l'action paulienne (5074). Certes, le manquement grave justifiant la résolution ne consiste pas nécessairement en une faute intentionnelle justiciable du principe général précité (5075). Néanmoins, si le sous-acquéreur ne doit pas, en règle, pâtir de la fraude de son auteur, il semblerait qu'il doive *a fortiori* échapper aux conséquences négatives d'une simple faute de celui-ci (5076). La suppression de l'effet rétroactif de la résolu-

(5071) Sur l'importance de cet objectif de cohérence, voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

(5072) Voy. *supra*, n^o 552.

(5073) Voy. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n^o 338.3, p. 774 et s., pour qui « [l]a relativité de l'acte de fraude, qui implique donc une relativité précise et une personnalisation des conséquences négatives imposées à l'acte par la théorie de la fraude, pour en paralyser les effets, s'exprime notamment dans le régime des sous-acquisitions de biens faisant intervenir plusieurs sujets de droit, acquéreurs et sous-acquéreurs. Dans ce type de circonstance, le principe général devait être qu'un sujet de droit ne serait sanctionnable qu'à raison de sa fraude ou de sa mauvaise foi personnelle, étant indifférente la fraude ou la bonne foi de son auteur ou d'un précédent acquéreur ».

(5074) Voy. not. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations, o.c.*, n^o 1538, pp. 2212 et s.

(5075) Voy. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n^o 221.3, p. 449.

(5076) Sur l'importance du raisonnement *a fortiori* dans le contentieux constitutionnel de l'égalité, voy. *supra*, n^o 69.

tion dans les rapports avec les tiers permet justement de garantir ce résultat.

À l'inverse, nous avons vu que le *dol* commis au cours de la formation du contrat entraîne une nullité opposable aux tiers. Mais cette différence s'explique par le fait que le *dol* est alors envisagé non seulement comme une faute intentionnelle qui ne devrait en principe pouvoir nuire qu'à son auteur, mais également comme un vice de consentement qui empêche en quelque sorte objectivement la formation valable du contrat (5077).

556. Prudence nécessaire dans le maniement du principe constitutionnel d'égalité. Le raisonnement que nous proposons sur la base du principe constitutionnel d'égalité n'est pas totalement inédit. Ainsi, Joke BAECK avait déjà critiqué au regard de ce principe l'effet rétroactif de la résolution. Son analyse ne coïncide cependant pas entièrement avec la nôtre, dans la mesure où la comparaison à laquelle elle se livre est de nature différente.

Premièrement, Joke Baeck propose de comparer (i) le vendeur impayé d'un immeuble non déchu de son privilège et (ii) le sous-acquéreur n'ayant pas fait transcrire son titre, dans leurs rapports avec les créanciers de l'acheteur (5078). En effet, ces deux personnes se trouvent dans une situation similaire dans la mesure où ni l'existence du droit de résolution du vendeur ni le titre du sous-acquéreur ne sont transcrits, de sorte qu'ils peuvent tous deux être légitimement ignorés par les tiers. Et pourtant, alors que le sous-acquéreur ne pourra opposer son titre à la masse des créanciers en concours (article 1^{er} de la loi hypothécaire), le vendeur impayé sera quant à lui autorisé à revendiquer la chose au préjudice de la même masse après avoir exercé son droit de résolution. Faut-il pour autant y voir une discrimination ? Nous ne le pensons pas. Comme nous l'avons vu, en effet, la préférence donnée au vendeur impayé se justifie à notre sens par un choix délibéré du législateur, ayant entendu favoriser celui-ci par l'octroi d'un privilège (5079). L'existence de ce privilège, et de la qualité particulière de la créance qu'il garantit, suffit à distinguer le vendeur du sous-acquéreur qui, au surplus, trouve dans sa propre négligence (le défaut de transcription de son titre) la cause de son éviction.

(5077) Voy. *supra*, n° 295, II.

(5078) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 98, p. 755.

(5079) Voy. *supra*, n° 550.

Deuxièmement, Joke Baeck s'interroge sur l'existence d'une possible discrimination entre le vendeur et l'acheteur (5080). En effet, seul le premier aurait la possibilité, en cas de résolution, de revendiquer la chose au préjudice de la masse des créanciers de l'acheteur. Ce dernier, au contraire, ne pourra pas, en règle, revendiquer le prix dans le patrimoine du vendeur, s'agissant d'une chose de genre, et sera dès lors soumis à la loi du concours (5081). À nouveau, la comparaison nous semble cependant inadéquate. La différence de traitement trouve en effet sa cause, non dans une caractéristique de la résolution qui pourrait apparaître inappropriée au regard du but que lui assignait le législateur, mais bien dans un principe fondamental de notre ordre juridique, à savoir celui en vertu duquel seules les choses identifiées (*species*), par opposition aux choses de genre (*genera*), peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et, partant, donner naissance à une action en revendication (5082). Remettre ce principe en cause emporterait un bouleversement de l'ordre juridique qui va bien au-delà d'une simple correction des effets excessifs de la résolution (5083) ; or, il faut prendre garde à enserrer l'effet subversif du principe constitutionnel d'égalité dans des limites raisonnables (5084).

En conclusion, la correction des effets excessifs de la résolution pour inexécution dans ses rapports avec les tiers nous paraît être mieux atteinte par une comparaison de celle-ci avec les effets de la nullité, de la condition résolutoire et de la révocation des donations pour cause d'ingratitude.

C. – Condition résolutoire

557. Principe. Les développements qui précèdent, ainsi que ceux que nous avons déjà consacrés à l'effet rétroactif de la condition suspensive (5085), vont nous permettre d'être plus bref en ce qui concerne celui de la condition résolutoire.

(5080) J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 100, pp. 757 et s. ; voy., dans le même sens, afin de justifier le principe de l'abstraction, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, o.c.*, § 20, n° 230, p. 96 ; comp. encore, sur la différence de traitement entre le créancier d'une obligation de donner et le créancier d'une obligation de faire, R. WINTGEN, *o.c.*, *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s., n° 3.

(5081) Voy. *supra*, n° 465.

(5082) Voy. *supra*, n° 248.

(5083) Voy. d'ailleurs le rejet de la théorie des comptes de qualité par Cass., 27 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 79, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES.

(5084) Voy. déjà *supra*, n° 68.

(5085) Voy. *supra*, n°s 211 et s.

En substance, l'effet rétroactif de la condition résolutoire dans les rapports avec les tiers ne nous paraît pas problématique lorsqu'il porte atteinte aux *droits d'un sous-acquéreur* ou d'un autre titulaire de droit réel, tel un créancier hypothécaire. En effet, comme le relèvent les travaux préparatoires de la loi hypothécaire, le risque couru par ce tiers est déjà révélé à suffisance par la transcription de l'acte conditionnel, de sorte que le tiers subit ce risque en connaissance de cause (5086). C'est d'ailleurs pour ce motif qu'on considère généralement que le réméré doit être convenu dans l'acte de vente même, afin que les cocontractants de l'acheteur à réméré soient avertis de la précarité de son titre (5087). On ajoutera que, même sans recourir à la technique de la rétroactivité, les droits allemand et néerlandais veillent également à protéger le débiteur sous condition résolutoire (le vendeur, par exemple) contre les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par son cocontractant, alors même qu'ils ne lui accordent, en règle, pas la même protection en cas de manquement de ce cocontractant justifiant la résolution du contrat (5088).

En revanche, les choses s'avèrent plus délicates si l'on envisage l'effet de la condition résolutoire sur les *droits des créanciers* du créancier conditionnel (comme les créanciers de l'acheteur à réméré). En effet, l'effet rétroactif de la condition aboutit alors *de facto* à conférer au débiteur conditionnel une priorité absolue sur ces autres créanciers, puisque le bien est censé ne jamais avoir quitté le patrimoine du débiteur conditionnel. En suivant une approche fonctionnelle du droit des sûretés telle qu'elle est préconisée par le législateur, nous pensons dès lors que l'utilisation de la condition résolutoire à des fins de sûreté n'est admissible que pour autant que l'existence de cette condition ait été révélée aux tiers par le biais d'une mesure de publicité préalable (transcription au registre de la conservation des hypothèques ou, en

(5086) Voy. *supra*, n° 551 et, pour la condition suspensive, n° 216 ; voy. également J. BAECK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2009, n° 37, p. 711, note n° 66 (qui souligne la différence avec la résolution pour inexécution) ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *o.c.*, n° 1053, p. 2162 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 446, p. 625 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XVII, *o.c.*, n° 117 ; C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, *o.c.*, n° 577, p. 616 ; V. SAGAERT et M. SOMERS, *o.c.*, *T. Not.*, 2008, n° 28, p. 95.

(5087) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome IV, *o.c.*, n° 385, pp. 457 et s.

(5088) Voy. *supra*, nos 175 et s., et comp. *supra*, n° 554.

matière mobilière, dépossession ou enregistrement dans le registre des gages) (5089). Dans cette mesure, le principe constitutionnel d'égalité pourrait bien aboutir à une remise en cause – limitée mais non négligeable – de l'effet rétroactif de la condition résolutoire.

III. – Conclusion

558. Apport du principe constitutionnel d'égalité en droit privé. L'application du principe constitutionnel d'égalité à la question des effets envers les tiers des « droits effacés » aboutit à des résultats assez contrastés.

Ainsi, en substance, l'effet rétroactif de la nullité envers les tiers paraît pouvoir être intégralement maintenu dès lors qu'il se justifie par des considérations impérieuses d'intérêt général, à savoir le souci du rétablissement de la légalité qui doit en principe l'emporter sur des considérations de sécurité juridique. À l'inverse, l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution nous paraît engendrer des conséquences disproportionnées pour les tiers qui, en l'absence de mesure de publicité adéquate, voient leurs intérêts sacrifiés alors que ceux-ci ne sont pas d'une nature différente de ceux du créancier qui entend bénéficier de cette mesure. Dès lors, le principe constitutionnel d'égalité nous paraît commander, en règle, d'écarter en ce cas la rétroactivité. Enfin, les choses s'avèrent plus nuancées dans le domaine de la condition résolutoire. Ainsi, si l'effet rétroactif constitue en principe une mesure justifiée pour protéger le débiteur sous condition résolutoire (tel que le vendeur à réméré) contre les actes de son cocontractant, il en va autrement lorsque la condition est utilisée à des fins de sûreté sans être accompagnée d'aucune mesure de publicité.

Comme dans le domaine des droits inachevés (5090), le principe constitutionnel d'égalité apparaît donc comme étant un instrument adéquat pour corriger le régime d'institutions classiques du droit privé sans pour autant gommer aveuglément les différences entre celles-ci.

(5089) Voy., à propos de la condition suspensive, *supra*, n° 223.

(5090) Voy. *supra*, n° 224.

TROISIÈME PARTIE.
Les droits remodelés

BRUYLANT

559. Objet de la présente partie. Nous abordons enfin la troisième et dernière partie de cette étude consacrée à l'examen des « droits remodelés » ou, si l'on préfère, de la *rétroactivité conventionnelle*. Nous entendons par là ni l'effet rétroactif d'une loi nouvelle sur les droits contractuels existants (5091), ni même l'effet rétroactif qu'une loi existante attribue à certaines institutions contractuelles (5092), mais la rétroactivité qui trouve son origine, principalement voire exclusivement, dans la volonté *des parties*. Il s'agit donc de « savoir dans quelle mesure des personnes pourraient s'entendre pour régler le passé, pour convenir entre elles que leurs contrats, ou certaines clauses de leurs contrats, remonteront quant à leurs effets à une date antérieure » (5093).

L'usage du pluriel est délibéré. En effet, si l'on envisageait la volonté d'une seule partie, celle-ci pourrait alors être considérée comme la cause, plus ou moins directe, de la rétroactivité de la plupart des institutions que nous avons examinées. Ainsi, par exemple, l'effet rétroactif de la ratification suppose la volonté, unilatérale, du représenté de ratifier l'acte, de même que l'annulation et la résolution du contrat pour inexécution supposent en règle la volonté du demandeur d'introduire une action en justice à cet effet. Toutefois, en élargissant tellement le champ de notre réflexion, celle-ci finirait par perdre toute spécificité. C'est donc bien la rétroactivité conventionnelle qui sera ici examinée, soit la rétroactivité trouvant sa source dans la volonté d'au moins deux parties.

Comme nous le verrons, le pouvoir pour les parties de donner un effet rétroactif à leur accord est contesté par une part importante de la doctrine, spécialement dans les conséquences qu'elle pourrait avoir sur la situation des tiers. La question a cependant donné lieu à peu de réflexions approfondies. Pour aborder cette question encore mal balisée, nous proposons dès lors de recourir à une *approche inductive*.

Ainsi, nous tâcherons de recenser dans un premier temps un certain nombre de cas où le droit positif permet déjà aux parties,

(5091) Nous avons en effet exclu la rétroactivité législative du champ de notre étude (voy. *supra*, n° 4).

(5092) On pense notamment aux dispositions du Code civil relatives aux effets des « droits inachevés » et des « droits effacés » étudiés ci-avant.

(5093) M. GEGOUT, « Essai sur la rétroactivité conventionnelle », *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, pp. 283 et s., n° 1, p. 285. Voy. également J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 201, p. 223 ; R. JAMBU-MERLIN, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 2, p. 272 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n°s 432 et s., pp. 454 et s.

dans une mesure plus ou moins grande, de régler rétroactivement leur situation (Chapitre I). Nous pourrons ensuite en tirer des conclusions plus générales sur l'existence, les limites et l'intérêt pratique d'un tel pouvoir (Chapitre II) avant de le confronter à notre conception fonctionnelle de la rétroactivité (Chapitre III).





CHAPITRE I

MANIFESTATIONS DE LA RÉTROACTIVITÉ CONVENTIONNELLE

560. Plan. Les manifestations de la rétroactivité conventionnelle dans la théorie générale du contrat sont de deux ordres. D'une part, la volonté des parties se voit reconnaître le pouvoir de modaliser, dans certaines limites, l'effet rétroactif de certaines institutions (§ 1). D'autre part, cette même volonté peut constituer le véritable déclencheur de l'effet rétroactif (§ 2).

§ 1. – *Modalisation de la rétroactivité par la volonté des parties*

561. Effets de la réalisation de la condition – Principe. Si la condition se voit, en règle, reconnaître un effet rétroactif (article 1179 du Code civil), il est toutefois unanimement admis que les parties peuvent conventionnellement écarter ou simplement aménager cette rétroactivité, qui est de droit supplétif (5094).

(5094) Voy. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, o.c., n° 659, p. 449 ; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 441, p. 512 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n° 168, p. 252 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 203, p. 227 ; X. DIEUX, o.c., *A.P.T.*, 1984, n° 8, p. 151 ; I. DURANT et M. CLAVIE, o.c., *La mise en vente d'un immeuble*, n° 32, p. 107 (condition suspensive) et n° 56, p. 126 (condition résolutoire) ; C. EYBEN et J. ACOLTY, o.c., *Droit des obligations*, n° 65, p. 186 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*. 3. *Le rapport d'obligation*, o.c., n° 286, p. 272 ; P.A. FORIERS, « Propos sur la condition... », o.c., *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 5, p. 120 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, o.c., *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 34, p. 174 ; M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 12, p. 306 ; Y. HANNEQUART, o.c., *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, n° 344, p. 457 ; J. HERBOTS, o.c., *R.C.J.B.*, 1983, n° 14, p. 215 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome II, o.c., n° 742, p. 361 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 375, p. 399, note n° 1468 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, o.c., n° 1044, p. 353 ; J. SACE, « Libéralités (dispositions générales) », *Rép. not.*, tome III, L. VI, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 243, p. 256 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, o.c., n° 1236, p. 1175 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome



Elles pourraient donc également décider d'étendre la rétroactivité de la condition en imposant par exemple la restitution des fruits acquis depuis la conclusion du contrat jusqu'à la réalisation de la condition (5095).

Deux arrêts de la Cour de cassation sont généralement cités à l'appui de cette liberté des parties.

On cite tout d'abord un arrêt du 9 novembre 1956 (5096). Dans cette affaire, un arrêt passé en force de chose jugée avait condamné les défendeurs en cassation à livrer aux demandeurs du matériel en exécution d'un contrat du 8 décembre 1947. Ledit contrat assortissait cette obligation de livraison d'une condition suspensive qui ne fut réalisée que le 31 décembre 1947. À défaut de précision dans le contrat, un débat naquit entre les parties sur le point de savoir où le matériel devait être livré. Si l'on se plaçait au 31 décembre 1947, le matériel se trouvait à cette date à Léopoldville et les défendeurs pouvaient donc se borner à mettre le matériel à la disposition des demandeurs en cassation sur place, conformément à l'article 1247 du Code civil. Les demandeurs faisaient toutefois valoir qu'en vertu de l'effet rétroactif de la condition, il fallait se placer au 8 décembre 1947, et qu'à cette date, le matériel, non encore individualisé, devait être livré, conformément au même article 1247, au domicile des débiteurs, c'est-à-dire à Bruxelles. La Cour de cassation donna cependant raison aux défendeurs en relevant qu'en interprétant la convention, l'arrêt attaqué avait constaté que l'obligation incombant aux défendeurs « avait sans doute été affectée d'une condition suspensive, mais ne devait cependant s'effectuer que le 31 décembre 1947 », de sorte « qu'ainsi, le juge du fond a pu, sans violer l'article 1179 du Code civil, déduire de la commune intention des parties qu'elles avaient dérogé à l'effet rétroactif qui, suivant cette disposition, résulte de l'accomplissement de la condition ».

Cet arrêt admet expressément la possibilité pour les parties de déroger à l'effet rétroactif de la condition. On observera au passage que la recherche, quelque peu divinatoire en l'espèce, de l'intention des parties devient superflue si l'on admet que la rétroactivité de l'article 1179 du Code civil ne concerne en réalité que les tiers (5097).

On peut également se référer aux conclusions contraires du ministère public sous un arrêt, déjà évoqué, du 27 avril 1992 (5098).

III, o.c., n° 1219, p. 1748 ; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 186, p. 124 (condition suspensive) et n° 218, p. 142 (condition résolutoire).

(5095) M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 13, p. 308.

(5096) Cass., 9 novembre 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 254.

(5097) *Voy. supra*, n° 181.

(5098) Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 451 ; *voy. supra*, n° 195.

Dans cette affaire, un agent réclamait à un failli le paiement d'une commission pour une commande passée avant la faillite mais subordonnée à une condition qui ne s'était réalisée qu'après celle-ci. L'arrêt attaqué avait qualifié une telle obligation de dette *de* la masse. Selon le ministère public, l'arrêt attaqué devait être interprété en ce sens que les parties auraient convenu de déroger à l'effet rétroactif de la condition, ce qui suffirait à justifier le rejet du grief formulé par le curateur. La Cour prononça cependant la cassation de la décision, ne partageant pas cette lecture de la décision attaquée. Si les conclusions prises dans cette affaire confirment donc le principe selon lequel les parties peuvent déroger à l'effet rétroactif de la condition, y compris donc à l'égard des tiers, les conséquences qui en étaient tirées en l'espèce ne nous paraissent cependant pas à l'abri de toute critique. En effet, dès lors que, comme le rappelle l'arrêt de la Cour, une dette de la masse doit avoir été contractée par le curateur pour l'administration de la masse, il nous paraît douteux que puisse y donner lieu une commande passée *avant* la faillite. Même si les parties avaient véritablement entendu déroger à l'effet rétroactif de la condition, la décision attaquée ne nous semble donc pas avoir été légalement justifiée.

Réciproquement, nous avons vu que tant en droit allemand qu'en droit néerlandais, où la condition est en principe dépourvue d'effet rétroactif, il est loisible aux parties de lui en conférer un, étant entendu cependant qu'une telle stipulation sera dépourvue d'effet réel à l'égard des tiers (5099).

562. Suite – Justifications. Plusieurs justifications sont avancées à l'appui du pouvoir des parties de déroger à l'effet rétroactif de la condition (5100).

Tout d'abord, on justifie souvent cette solution par une *hostilité envers la rétroactivité* de la condition. Celle-ci ne répondrait à aucune nécessité naturelle comme le montre l'étude du droit comparé, comporterait du reste de nombreuses exceptions, attenterait à la sécurité des tiers et ne serait en définitive qu'une fiction de la loi, un pis-aller dont les parties devraient pouvoir s'affranchir (5101). Ces arguments ne paraissent guère convaincants. Si, certes, la rétroactivité de la condition ne répond à aucun impératif rationnel, son utilité en droit positif a cependant été démontrée à

(5099) Voy. *supra*, n^{os} 175 et s.

(5100) Voy. les références citées *supra*, note n^o 5094.

(5101) Voy. par exemple H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, o.c., n^o 168, p. 252.

condition d'en donner une interprétation mesurée (5102). Pour le surplus, les critiques que l'on peut faire valoir *de lege ferenda* à l'encontre d'une institution n'impliquent pas nécessairement que les parties soient autorisées à y déroger *de lege lata*.

Ensuite, on fait parfois valoir que la rétroactivité est fondée sur *l'intention présumée* des parties et que celles-ci doivent dès lors pouvoir s'en écarter (5103). Prétendre que la rétroactivité de la condition repose vraiment sur la volonté des parties paraît cependant artificiel (5104), d'autant qu'on pourrait alors légitimement s'interroger sur le point de savoir comment cette volonté pourrait s'imposer aux tiers (5105).

Enfin, on souligne que la rétroactivité de la condition a pour but de donner un effet utile au droit du créancier conditionnel et qu'elle lui confère donc un avantage auquel il aurait le *pouvoir de renoncer* (5106). À la réflexion, cette analyse apparaît cependant également critiquable. D'une part, en effet, elle permet certes de comprendre comment il serait possible d'écarter entièrement la rétroactivité de la condition, mais non pour quel motif il serait loisible aux parties de l'aménager, en faisant remonter l'effet de la condition à une date intermédiaire située entre la date de conclusion du contrat et celle de la réalisation de la condition. Les renonciations, en effet, comme tout acte juridique unilatéral, sont normalement indivisibles et doivent dès lors porter sur la totalité d'une situation juridique (5107). D'autre part, s'il s'agissait vraiment d'une renonciation, elle devrait pouvoir émaner du seul créancier conditionnel. Or, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation et la doctrine recherchent plutôt l'existence d'un accord des deux parties pour admettre une dérogation à l'effet rétroactif.

En définitive, le caractère insatisfaisant des justifications avancées nous incite plutôt à considérer que le droit positif reconnaît aux parties une marge de liberté pour modaliser, dans les limites qu'il trace, l'effet rétroactif de la condition. C'est donc tout

(5102) Du reste, par des auteurs comme DE PAGE ; voy. *supra*, n° 181.

(5103) Voy. par exemple M. GEGOUT, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 12, p. 306.

(5104) Voy. *supra*, n° 178.

(5105) Pour cette observation, X. DIEUX, *o.c.*, *A.P.T.*, 1984, n° 8, p. 151. Sur cette question, voy. *infra*, n° 572.

(5106) Voy. par exemple R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 172.

(5107) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, *o.c.*, n° 726, p. 1073, et n° 1614, p. 2299.

simplement dans le principe de l'*autonomie de la volonté* et, plus précisément en l'occurrence, de la liberté contractuelle, qu'il faut trouver le fondement des solutions admises en doctrine et en jurisprudence. Cette conclusion, qui pourrait sembler incongrue envisagée isolément, le devient nettement moins si on la rapproche des principes applicables dans d'autres domaines que la condition.

563. Autres illustrations. Le pouvoir des parties d'aménager l'effet rétroactif institué par la loi n'est pas propre au régime de la condition.

I. Ainsi, en droit allemand, le § 184, alinéa 1^{er}, du BGB prévoit que la *ratification* n'est dotée d'un effet rétroactif que pour autant qu'il n'en ait pas été disposé autrement. Ce texte est généralement interprété comme requérant un accord des parties à l'acte ratifié pour écarter l'effet rétroactif (5108). Cette solution paraît parfaitement pouvoir être transposée en droit belge. En effet, nous avons vu que l'effet rétroactif de la ratification peut être fondée sur le souci de respecter la volonté émise par le tiers contractant, en évitant que la portée des engagements souscrits par celui-ci puisse être modifiée unilatéralement par le ratifiant en fonction de la date à laquelle la ratification intervient (5109). Pareille crainte peut être écartée dès lors que l'aménagement de l'effet rétroactif intervient de commun accord entre les deux parties concernées.

II. De même, on sait que la *résolution pour inexécution* ne constitue qu'une sanction supplétive, au point que les parties ont, en règle, la faculté de l'exclure entièrement, dans les limites prévues par le droit commun (5110). On considère dès lors, *a fortiori*,

(5108) Voy. B. FRENSCH, *o.c.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 4, p. 280 ; H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 2, p. 192 ; comp. cependant BGH, 29 mai 1989, V ZR 1/88, *BGHZ*, vol. 108, p. 380, point II, a), paraissant admettre une dérogation à l'effet rétroactif de la ratification du seul fait de la volonté du représenté, dans le cas il est vrai assez particulier où celui-ci était condamné à ratifier l'acte passé en son nom sans pouvoir au motif que cet acte visait à donner effet à un engagement antérieur souscrit par lui.

(5109) Voy. *supra*, n° 147.

(5110) Voy. ainsi Cass. fr., 3 novembre 2011, *Bull.*, 2011, III, n° 178. Ces limites visent en particulier l'interdiction des clauses qui aboutissent à vider l'obligation de sa substance, ainsi que la réglementation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : voy. à ce propos S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n°s 269 et s., pp. 370 et s.

que les parties ont le pouvoir de maintenir le droit de résolution tout en modalisant ses effets (5111).

III. Enfin, une certaine marge de liberté est reconnue aux parties même dans le domaine des *nullités*. Nous avons vu, en effet, que la question de l'étendue de la nullité – soit le point de savoir si cette sanction frappe la totalité de l'acte juridique ou uniquement la clause, ou la partie de clause, affectée d'un vice – se résout en principe sur la base de la commune intention des parties, ce qui permet à certains auteurs de conclure que la matière est d'ordre supplétif (5112).

Spécialement dans ce domaine, l'autonomie de la volonté n'est cependant pas illimitée. En effet, lorsque la stipulation de nullité totale ou partielle menace de contrarier l'objectif poursuivi par la législation violée, elle sera elle-même atteinte par la nullité et ne pourra donc produire ses effets (5113).

Plus généralement, il faut sans doute considérer que, dès lors qu'elles tendent à l'effacement de la situation illégale, les restitutions et revendications qui trouvent leur fondement dans la nullité constituent également une conséquence voulue par la loi violée de sorte que les parties ne pourraient valablement y renoncer (5114). Encore faut-il à notre sens adopter sur ce point une approche nuancée. Ainsi, dès lors qu'il est possible de confirmer une nullité

(5111) Voy. L. CORNELIS, *o.c.*, *Sancties en nietigheden*, n° 54, p. 257 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, *o.c.*, n° 488, p. 675 ; T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, nos 778 et s., pp. 558 et s. (qui estime cependant que les parties ne pourraient pas rendre l'exercice du droit de résolution si désavantageux pour le créancier qu'il priverait celui-ci de son droit d'option entre la résolution et l'exécution forcée ; à notre sens, cette limite n'existe pas en tant que telle en droit positif, la question devant plutôt être abordée par le biais des mécanismes correcteurs évoqués à la note précédente ainsi que par celui de la réductibilité des clauses pénales) ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 42, p. 107 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 60 (mais comp. p. 245, à propos des conséquences de la perte fortuite) ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 448, p. 467 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 357, p. 489 (à propos de la clause résolutoire expresse).

(5112) Voy. *supra*, nos 310 et s.

(5113) Voy. *supra*, n° 311.

(5114) Voy. en ce sens L. CORNELIS et V. SAGAERT, *o.c.*, *Contractuele clausules rond de niet-juitvoering en de beëindiging van contracten*, n° 29, p. 307 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 201, p. 224 (qui fait observer que la rétroactivité de la nullité a acquis un certain caractère d'ordre public en s'identifiant aux intérêts qu'elle protège ; comp. cependant v. II, *o.c.*, n° 488, p. 675) ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 54, p. 183 ; F. GLANSORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 42, p. 107 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 60.

relative lorsque la protection a pu jouer, il nous paraît *a fortiori* permis à la partie protégée, à partir du même moment, sans pour autant confirmer la nullité, de néanmoins déroger de commun accord à certaines de ses conséquences (5115). Du reste, même en présence d'une nullité d'ordre public, nous avons vu qu'en vertu du principe dispositif, le juge ne peut ordonner d'office les restitutions qu'aucune partie ne sollicite (5116). Par ailleurs, il ne nous semble pas que la forme des restitutions (en nature ou par équivalent) intéresse l'ordre public (5117). Dans cette mesure également, les conséquences de la nullité sont donc soumises à la libre disposition des parties.

En conclusion provisoire, on voit donc que l'espace de liberté reconnu aux parties dans l'aménagement des conséquences de la rétroactivité dont la loi entoure une institution s'avère à l'analyse bien plus large que ce que l'on aurait pu *a priori* imaginer. Le même constat peut être dressé si l'on envisage maintenant le pouvoir des parties de faire naître de commun accord une situation dotée d'effets rétroactifs.

§ 2. – *Déclenchement de la rétroactivité par la volonté des parties*

564. Nullité et résolution amiables. Si la nullité et la résolution pour inexécution sont des sanctions prononcées en principe par le juge, il est unanimement admis qu'elles peuvent également être mises en oeuvre de commun accord entre les parties (5118). À cet égard, il existe comme nous l'avons vu une controverse en doctrine, certains auteurs considérant que la nullité et la résolution amiables produisent les mêmes effets que leurs homologues judiciaires, tandis que d'autres n'y voient en réalité qu'une forme de *mutuus dissensus*, doté d'effets moins étendus, à tout le moins envers les tiers. Nous avons également indiqué que nous penchions en faveur de la première de ces thèses dès lors que le caractère judiciaire de la sanction résulte uniquement de l'interdiction de se

(5115) Comp. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 321, p. 209.

(5116) Voy. *supra*, n° 252.

(5117) Voy. *supra*, n° 255.

(5118) Voy. *supra*, n°s 230 et 358.

faire justice à soi-même, qui n'est plus en cause dès lors que les parties agissent de commun accord. Enfin, nous avons trouvé une confirmation de ce point de vue dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 1982 assimilant entièrement dans ses effets la résolution amiable à ceux de la résolution en général, sous réserve d'un examen de la volonté réelle des parties (5119).

Certes, la reconnaissance de la nullité et de la résolution amiables en droit positif n'établit pas encore que les parties aient le pouvoir de générer un effet rétroactif *ex nihilo*, puisqu'elles présupposent que les conditions de ces institutions – soit l'existence d'un vice affectant le contrat ou un manquement grave du débiteur – préexistent. Néanmoins, elles montrent que la volonté des parties peut parfois constituer l'événement déclencheur de l'application de règles dotées d'un effet rétroactif.

565. *Mutuus dissensus* – Principes. I. Une autre institution où la volonté des parties peut constituer la source d'effets rétroactifs est celle du *mutuus dissensus*, que nous traduirons ici, par référence aux termes neutres de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, par « révocation amiable » (5120). Nous entendons par là l'acte juridique par lequel les parties décident de supprimer les effets d'un acte juridique antérieur – généralement multilatéral (à savoir un contrat) mais pouvant également, comme nous allons le voir, être un acte unilatéral –, indépendamment de toute idée d'inexécution ou de vice affectant cet acte antérieur (5121).

(5119) Cass., 14 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 594, analysé *supra*, n° 358.

(5120) On utilise sans doute plus fréquemment l'expression de « résiliation bilatérale », mais l'inconvénient est que, dans le vocabulaire juridique, la résiliation est généralement considérée comme produisant ses effets *ex nunc*. Or, comme nous allons immédiatement le voir, les choses sont plus complexes en ce qui concerne le *mutuus dissensus* (expression latine qui, au demeurant, n'est pas elle-même au-dessus de tout reproche : sur toutes ces difficultés terminologiques, voy. R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, pp. 252 et s., n° 1 et s.).

(5121) Sur cette institution, voy. not. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, o.c., n° 621 et s., pp. 802 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, o.c., n° 759 et s., pp. 726 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 660 et s., pp. 703 et s. ; E. PUTMAN, « La révocation amiable », *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 125 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.c., n° 18, pp. 50 et s. ; R. VATINET, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, pp. 252 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, o.c., n° 654, pp. 999 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 970, pp. 901 et s.

II. En France, l'opinion majoritaire considère que la révocation amiable met fin au contrat non seulement pour l'avenir (5122), mais également pour le passé (5123).

C'est ainsi, par exemple, que si un bailleur vend le matériel loué au locataire, mettant ainsi fin au contrat de bail, mais que la vente est ensuite révoquée de commun accord, le contrat de bail se trouve « ressuscité » (5124). Une autre conséquence de l'effet rétroactif est que la révocation amiable d'une vente emporte de plein droit restitution de l'acompte versé, même si l'accord ne le prévoit pas expressément (5125).

Certaines exceptions, qui peuvent sans doute s'appuyer sur la volonté présumée des parties, sont cependant admises. Il en va ainsi de la survie de certaines clauses divisibles du contrat révoqué, telles que les clauses de confidentialité (5126) ou de non-concurrence (5127) ou encore celles réglant les conséquences d'une révocation amiable future (5128). On considère de même, en présence d'un contrat successif, qu'il n'est en principe résilié que pour l'avenir (5129). De manière plus générale, les parties sont autorisées à modaliser comme elles le souhaitent les effets du *mutuus dissensus* (5130).

(5122) Pour une application, voy. Cass. fr., 1^{er} février 1994, *Bull.*, 1994, IV, n° 44.

(5123) Voy. Cass. fr., 14 décembre 2010, n° 09-71.610 ; Cass. fr., 30 novembre 1983, *Bull.*, 1983, IV, n° 337 ; Cass. fr., 27 juillet 1892, *D.*, 1892, I, p. 462 (qui assimile les effets de la révocation amiables à ceux de la condition résolutoire) ; E. PUTMAN, *o.c.*, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, n°s 40 et s., pp. 141 et s. ; R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 33, p. 278 ; *contra* : A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 201, p. 155 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, *o.c.*, n° 339, p. 388 ; B. FAGES, « Rétroactivité de la révocation mutuelle », note sous Cass. fr., 14 décembre 2010 et 18 janvier 2011, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, pp. 126 et s.

(5124) Cass. fr., 30 novembre 1983, *Bull.*, 1983, IV, n° 337 ; comp. de même, en cas d'annulation du contrat, *supra*, n° 289.

(5125) Voy. Cass. fr., 14 décembre 2010, n° 09-71.610.

(5126) J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 669, p. 711.

(5127) R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 36, p. 280.

(5128) E. PUTMAN, *o.c.*, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, n°s 55 et s., pp. 144 et s. ; R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 36, p. 280.

(5129) Voy. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 669, p. 711 ; J. MESTRE, « Des effets de la résiliation amiable d'un contrat », note sous Cass. fr., 1^{er} février 1994, *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 356 ; R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 33, p. 278. C'est à notre avis en ce sens que doivent se lire deux décisions relatives à la révocation amiable d'un contrat de licence exclusive de marque (Cass. fr., 18 janvier 2011, n° 10-10.683) et d'un contrat d'enregistrement exclusif (Cass. fr., 20 décembre 2006, *Bull.*, 2006, V, n° 409, *D.*, 2007, p. 555, note G. BLANC-JOUVAN ; *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 117, note J. MESTRE et B. FAGES).

(5130) E. PUTMAN, *o.c.*, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, n° 50, p. 143 ; R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 35, p. 279.

III. En Belgique, la situation apparaît de prime abord fort différente. On y enseigne en effet que la révocation amiable a, en règle, un effet *ex nunc* (5131). La différence avec la France est cependant plus superficielle qu'il n'y paraît. On admet en effet non seulement que les parties puissent conventionnellement conférer un effet rétroactif à cette révocation (5132), mais on constate surtout que la jurisprudence belge consacre, en fonction de la nature de l'opération révoquée, des solutions que ne désavouerait pas un juriste français (5133).

Ceci nous permet déjà d'avancer l'idée selon laquelle l'opposition entre les conceptions belge et française du *mutuus dissensus* pourrait bien n'être qu'apparente. Dans les deux cas, en effet, l'octroi d'un effet rétroactif à la révocation amiable découle d'une interprétation de la volonté des parties, qui demeurent en outre libres de régler expressément la question (5134). Cette volonté pourrait notamment être présumée sur la base de la nature de l'opération révoquée (5135). Ainsi, on peut raisonnablement présumer qu'en présence d'un contrat successif dont l'exécution a déjà été entamée, les parties entendaient plutôt y mettre fin pour l'avenir, tandis que dans le cas d'un contrat instantané, elles vou-

(5131) Voy. Cass., 23 décembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 693 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, n° 622, p. 803 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 759, p. 727 ; J. DEWEZ, « La résiliation du contrat par accord mutuel des parties », note sous Cass., 27 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 226 et s., n° 20, p. 232 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 11, p. 165 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *o.c.*, n° 18, p. 51 ; R. VAN RANSBEECK, « Verbreking », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, F. mob., Antwerpen, Kluwer, 2005, p. 1 ; I. VERVOORT, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, n° 11, p. 590 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 970, p. 902.

(5132) Voy. Civ. Arlon, 18 décembre 2001, *Rev. gén. enr. not.*, 2002, p. 505 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, n° 622, p. 803 ; J. DEWEZ, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 21, p. 233 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n° 27, p. 171 ; R. VAN RANSBEECK, « Verbreking », *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, p. 3 ; de même, implicitement, art. III. – 1:108, alinéa 2, a), du **DCFR. En droit néerlandais**, on considère que les parties ne pourraient pas conférer un véritable effet rétroactif à leur convention, mais qu'elles seraient néanmoins libres de prévoir que leurs rapports se dérouleront comme si la convention révoquée n'avait jamais existé (voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome VII, vol. I*, *o.c.*, n° 489).

(5133) Voy. *infra*, n° 566.

(5134) Voy. B. FAGES, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 126 et, **en droit allemand**, BGH, 16 juin 1978, *N.J.W.*, 1978, p. 2198, point 2, a) ; R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorb. § 346, n° 22 ; D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, *o.c.*, § 48, n° 559, p. 270.

(5135) Comp., dans le même sens, B. FAGES, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 126.

laient au contraire l'effacer rétroactivement (5136). Dès lors, le principe mis en avant par les ordres juridiques belge et français (respectivement de la non-rétroactivité ou de la rétroactivité de la révocation) se trouverait largement dépassé dans les faits, puisque la volonté – le cas échéant présumée – des parties constituerait en définitive le seul critère pertinent.

IV. Avant de vérifier cette hypothèse, il importe encore de préciser brièvement les *limites* auxquelles la volonté, présumée ou exprimée, des parties se trouvent astreinte, tant en droit belge qu'en droit français.

Premièrement, la révocation amiable est *exclue* par la loi à l'égard de certains actes relevant essentiellement du droit familial, qui ne peuvent être dissous qu'en respectant une procédure particulière. On pense ainsi notamment au mariage, à l'adoption ou à la reconnaissance de paternité (5137).

À cet égard, on avance parfois qu'il en irait de même en matière des donations, compte tenu de leur irrévocabilité (5138). Cette analyse nous paraît cependant aller au-delà de la *ratio legis* de ce principe, qui « est pour l'essentiel d'assurer la protection des parties [...] ; protection du donateur contre des actes irréflectés, et du donataire, qui serait à la merci de son cocontractant si celui-ci pouvait librement retirer ce qu'il a donné. Or de telles préoccupations ne s'opposent pas à ce que la donation soit révoquée par consentement mutuel » (5139).

Deuxièmement, la loi régleme parfois, dans un but de protection de la partie faible, les *conditions de forme* auxquelles un acte peut être révoqué amiablement (5140).

Troisièmement et enfin, la rétroactivité du *mutuus dissensus*, qu'elle repose sur la volonté exprimée ou présumée des parties,

(5136) Voy., dans le même sens, BGH, 16 juin 1978, *N.J.W.*, 1978, p. 2198, point 2, a) ; R. GAIER, *o.c.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorb. § 346, n° 22.

(5137) Voy. J. DEWEZ, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 10, p. 229 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *o.c.*, n° 661, p. 706 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, *o.c.*, n° 654, p. 999 ; R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 20 et s., p. 267. Comp. de même, sur l'exclusion de la nullité amiable, *supra*, n° 230.

(5138) Arg. art. 953 du Code civil ; voy., en ce sens, E. PUTMAN, *o.c.*, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, n° 16, p. 131 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, *o.c.*, n° 654, p. 1000.

(5139) R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 22, p. 269 ; voy. également J. DEWEZ, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 10, p. 229.

(5140) Voy. ainsi l'article 14, alinéa 2, de la loi sur le bail à ferme et l'article 3, alinéa 4, de la loi sur le bail commercial ; à ce propos, J. DEWEZ, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2011, n° 13 et s., pp. 230 et s.

trouverait sa limite dans l'interdiction qui leur est faite de porter atteinte aux *droits acquis des tiers* (5141), et en particulier du fisc (5142). Nous verrons cependant que cet enseignement catégorique mérite sans doute d'être nuancé (5143).

À titre d'illustration de cette conception, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation de France du 4 juillet 1984 (5144). Dans cette affaire, i) la société U. avait concédé le 5 mars 1975 à la société D. une part des revenus de la distribution d'un film, puis ii) la société D. avait donné ces revenus en nantissement à une banque, iii) les sociétés U. et D. avaient ensuite révoqué par acte du 30 juin 1977 la concession et iv) la société U. avait enfin transmis les droits de diffusion du film à la société A. Amenée à trancher le conflit entre la banque et la société A., la Cour de cassation donna raison à la première aux motifs que « la résiliation du contrat du 5 mars 1975 était inopposable à la banque, tiers par rapport à ce contrat et à celui du 30 juin 1977 ».

On notera cependant que, même dépourvu d'effet rétroactif, le *mutuus dissensus* pourra néanmoins dans certains cas retentir sur la situation des tiers. C'est ainsi qu'au cas où le bailleur et le locataire mettent fin, de commun accord, au bail principal, ceci entraînera en principe la caducité, par disparition de l'objet, de la sous-location (5145).

566. Suite – Effet rétroactif commandé par la nature de l'acte révoqué. Examinons maintenant de plus près les cas dans

(5141) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, o.c., n° 339, p. 389 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, n° 622, p. 804 ; J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 488, p. 675 ; J. DEWEZ, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, n° 25, p. 234 ; J. DOMAT, *Œuvres complètes*, tome I^{er}, o.c., *Lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I, titre I, sect. VI, n° 4, pp. 152 et s. ; B. FAGES, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 127 ; M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 6, p. 289 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, o.c., n° 670, p. 712 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 443, p. 463 ; E. PUTMAN, o.c., *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, n° 58, p. 145 ; R. VATINET, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 39, p. 281.

(5142) Voy. Cass. fr., 10 janvier 1989, *Bull.*, 1989, IV, n° 15 ; Civ. Arlon, 18 décembre 2001, *Rev. gén. env. not.*, 2002, p. 505.

(5143) Voy. *infra*, n° 572 et les arrêts de cassation discutés *infra*, n° 573.

(5144) Cass. fr., 4 juillet 1984, *Bull.*, 1984, IV, n° 214.

(5145) Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, tome I^{er}, o.c., n° 1386, p. 801 et comp. *supra*, n°s 328 et s. C'est précisément pour rencontrer cette hypothèse que l'article 11, II, alinéa 3, de la loi sur le bail commercial prévoit que « [s]i la location principale prend fin avant l'échéance du bail par la faute, à l'initiative ou de l'accord du locataire principal, le sous-locataire devient le locataire direct du bailleur, aux conditions à déterminer de commun accord ».

lesquels la jurisprudence belge a reconnu au *mutuus dissensus* un effet rétroactif en raison de la nature de l'acte révoqué. Comme nous l'avons déjà indiqué, la rétroactivité de la révocation résulte dans ces hypothèses d'une volonté en ce sens des parties que la nature de l'opération révoquée permet de présumer (5146). Ainsi se trouve confirmée l'idée examinée dans cette section selon laquelle le droit positif permet dans certains cas à la volonté des parties de constituer l'événement déclencheur de l'application de règles rétroactives.

I. Ainsi, la Cour de cassation admet que l'employeur et le travailleur puissent, de commun accord, « tenir le congé [en l'occurrence, un congé pour motif grave] pour non avvenu, de sorte que le contrat peut alors encore faire l'objet d'un autre mode de rupture » (5147). Cette décision est remarquable à un plus d'un titre.

D'abord, comme le relevait le ministère public dans ses conclusions, le congé est normalement considéré comme un acte irrévocable et définitif (5148). Or, l'accord subséquent des parties n'est pas analysé en l'espèce comme la conclusion d'un nouveau contrat de travail, ce qui impliquerait toute une série de conséquences en termes d'ancienneté, de relations avec les organismes de sécurité sociale, etc. ; il s'agit véritablement pour les parties de faire « revivre » le contrat de travail précédemment rompu. L'effet de la révocation amiable, même si la Cour de cassation ne l'énonce pas expressément, est donc bien en l'espèce rétroactif.

Ensuite, alors qu'on aurait pu songer à rattacher cet effet rétroactif au texte de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, la Cour de cassation préfère se fonder, plus largement sur le « principe de l'autonomie de la volonté consacré par l'article 1134 du Code

(5146) Voy. *supra*, n° 565, III.

(5147) Cass., 28 janvier 2002, *Pas.*, 2002, n° 58, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors premier avocat général. Voy. dans le même sens Cass. fr., 17 janvier 1990, *Bull.*, 1990, V, n° 14 (« un licenciement ne peut être rétracté qu'avec l'accord du salarié »). Bien que la Cour n'y évoque pas expressément le *mutuus dissensus*, on peut également citer les décisions considérant qu'en cas de nullité du préavis – laquelle, étant divisible du congé lui-même, implique en principe que celui-ci soit considéré comme ayant été donné immédiatement (voy. *supra*, n° 312) –, si les parties continuent néanmoins à exécuter le contrat pendant un délai raisonnable, elles sont alors censées avoir renoncé au congé, et le contrat de travail se poursuit jusqu'à ce qu'il y soit mis fin autrement (Cass., 28 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 67 ; Cass., 30 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 304 ; Cass., 25 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 241 ; Cass., 11 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 216).

(5148) Conclusions précitées, point 4.

civil » (5149). Ce fondement tout à fait général donné à la décision nous permet de conclure que les parties peuvent, même en dehors du cadre strict du *mutuus dissensus*, conférer à leurs actes un effet rétroactif (5150).

La Cour de cassation a enfin, par deux arrêts, étendu cette jurisprudence au domaine du congé donné dans le cadre d'un bail, en se fondant à nouveau sur le principe de l'autonomie de la volonté (5151). Dans le plus récent de ces deux arrêts, le ministère public considérait « qu'une renonciation commune à un congé est de nature à impliquer, par voie de conséquence une intention manifeste de renouer ou de reprendre des relations, fût-ce aux conditions des précédentes, même si celles-ci ne sont pas explicitement exprimées » (5152). On voit ainsi comment la nature de l'acte révoqué – en l'occurrence un congé – peut justifier la présomption de volonté des parties de conférer à leur révocation un effet rétroactif.

II. La question se pose en des termes similaires en cas de révocation d'un contrat instantané, tel qu'une vente (5153).

À cet égard, une partie de la doctrine, probablement influencée par le droit romain (5154), enseigne que la résiliation bilatérale serait impossible en présence d'un contrat instantané, dès lors qu'on ne pourrait mettre fin à un acte qui a déjà été consommé ; l'opération devrait dès lors plutôt s'analyser en une rétrocession (5155). La distinction n'est pas purement académique puisque

(5149) Comp., dans un sens similaire, les conclusions précitées du ministère public, point 5, qui se fondaient sur « la liberté, à tout moment, d'engager ses services et d'accepter ceux-ci », consacrée par l'article 1780 du Code civil.

(5150) Voy. *infra*, n° 571.

(5151) Voy. Cass., 23 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 683, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT ; Cass., 27 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 676.

(5152) Conclusions précitées, *Pas.*, 2009, p. 2724.

(5153) Sur ce que la révocation de commun accord d'une telle opération serait, par nature, rétroactive, voy. les références citées *supra*, n° 565, III.

(5154) Comme le suppose R. VATINET, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 33, p. 278. En effet, en droit romain, le *contrarius consensus* n'était admis que pour autant que le contrat n'ait pas encore été exécuté. Cela étant, les juristes romains, toujours ingénieux, n'avaient pas manqué de tourner cette règle par différents artifices : voy. à cet égard P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e éd., Paris, Rousseau, 1906, p. 711, note n° 3.

(5155) Voy., en ce sens, Cass. fr., 10 janvier 1989, *Bull.*, 1989, IV, n° 15 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, *o.c.*, n° 339, p. 389 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n° 201, p. 155 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 759, p. 727 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, o.c.*, n° 664, p. 707 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 441, p. 462.

la rétrocession constitue une nouvelle vente en sens inverse, tandis qu'en cas de révocation, les parties sont certes tenues à des obligations de restitution, mais pour le reste le régime de la vente (notamment en ce qui concerne les obligations de garanties) ne s'applique pas (5156).

Un tel raisonnement apparaît cependant critiquable, dès lors qu'il procède d'une confusion entre la réalité matérielle et la réalité juridique (5157). En effet, ce n'est pas parce que, dans les faits, un acte a été irrémédiablement accompli qu'il serait impossible, en droit, d'en effacer les conséquences. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté (5158), les parties doivent donc également se voir reconnaître le pouvoir de révoquer les actes ayant déjà épuisé leurs effets. C'est d'ailleurs la conclusion nécessaire qui ressort des arrêts précités de la Cour de cassation relatifs à la révocation du congé.

Cela étant, la Cour de cassation elle-même s'est montrée plus prudente dans le domaine de la vente. Sans aller jusqu'à prétendre que la révocation amiable d'un tel contrat serait impossible, elle a considéré que « lorsqu'en vertu de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, les parties conviennent de mettre fin au contrat qui les lie, cette résiliation opère, en règle, pour l'avenir » (5159). Cet attendu solennel ne doit cependant pas tromper. Elle poursuit en effet immédiatement en considérant « qu'il demeure cependant qu'à défaut d'un accord différent des parties il y a lieu à restitution des provisions versées en vue de l'exécution future du contrat », consacrant ainsi une solution que la Cour de cassation de France avait, quant à elle, fondée sur l'effet rétroactif du *mutuus dissensus* (5160). Et

(5156) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, o.c., n° 654, p. 999. Une autre différence entre révocation et rétrocession est que, dans le premier cas, les droits réels consentis par l'acheteur dans l'intervalle devraient en principe tomber, tandis qu'ils seraient maintenus dans le second (voy. en ce sens P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, o.c., p. 711, note n° 3) ; ceci suppose toutefois que la révocation amiable soit susceptible de déployer à l'égard des tiers des effets réels (voy. sur cette question *infra*, n° 572). La distinction pourrait encore présenter un intérêt sur le plan de la charge des risques, au cas où la chose aurait, dans l'intervalle, péri à l'insu des parties (voy. à ce propos M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 6, p. 291).

(5157) Voy. à ce propos *supra*, n° 57, II.

(5158) Voy. en ce sens J. DEWEZ, o.c., *R.G.D.C.*, 2011, n° 9, p. 229 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, o.c., n° 654, p. 999 ; adde R. VATINET, o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, n° 32, pp. 276 et s.

(5159) Cass. 23 décembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 693.

(5160) Comp. ainsi Cass. fr., 14 décembre 2010, n° 09-71.610.

il est vrai qu'à tout prendre, ce résultat paraît mieux se justifier par l'idée d'une remise en cause *ab initio* du contrat révoqué. Si, néanmoins, l'on préfère s'en tenir à la lettre de l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique, on concédera à tout le moins qu'il confère à la révocation amiable de la vente un effet rétroactif au sens large (5161). La référence à la possibilité d'un « accord différent des parties » confirme par ailleurs que cette rétroactivité trouve bien sa source dans une volonté des parties que la nature de l'opération révoquée permet de présumer.

567. Antidate – Notion. L'antidate, que l'on peut définir comme le procédé par lequel les parties font figurer dans l'*instrumentum* d'un acte une date antérieure à celle à laquelle le *negotium* a été conclu, est rarement étudiée en tant que telle (5162). Elle présente pourtant un grand intérêt lorsque l'on s'interroge sur la possibilité pour les parties de conférer à leur convention un effet rétroactif. Les deux techniques apparaissent en effet, de prime abord, équivalentes d'un point de vue fonctionnel (5163). En effet, il revient *a priori* au même de conclure au 15 janvier un contrat en stipulant qu'il prendra effet au 1^{er} janvier (rétroactivité conventionnelle) ou d'indiquer dans l'acte qu'il a été conclu le 1^{er} janvier (antidate). Ici encore, on peut donc parler de rétroactivité au sens large (5164). Il importe dès lors de s'interroger sur l'efficacité du recours à l'antidate.

En règle, l'indication dans un acte sous seing privé (5165) de la date à laquelle celui-ci a été (véritablement) conclu n'est pas une condition de validité de celui-ci (5166), et ce, en vertu du principe

(5161) Sur la distinction entre effet rétroactif au sens strict et au sens large, voy. *supra*, n^{os} 58 et s.

(5162) Voy. cependant U.H. SCHNEIDER, « Die Rückdatierung von Rechtsgeschäften unter besonderer Berücksichtigung der Probleme rückdatierter Gesellschaftsverträge », *AcP*, 1975, pp. 279 et s. ; *adde* W. DE BONDT, « Het bewijs van een anti- of postdatering in het contractenrecht », note sous Mons, 31 octobre 1988, *R.G.D.C.*, 1992, p. 142 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^{os} 467 et s., pp. 485 et s. ;

(5163) Voy. M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n^o 7, p. 296 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n^o 467, p. 485.

(5164) Sur cette notion, voy. *supra*, n^{os} 58 et s.

(5165) À propos des actes authentiques, voy. les articles 1^{er}, 12 et 114 de la loi du 25 ventôse an XI et D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, tome IV, L. 2, Bruxelles, Larcier, 2012, n^o 46, p. 137.

(5166) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n^o 744, p. 757 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome XIX, o.c., n^o 205 ; D. MOUGENOT, o.c., *Rép. not.*, tome IV, L. 2, n^o 46, p. 138.

du consensualisme (5167). La date indiquée dans l'acte joue donc essentiellement un rôle probatoire (5168). Son efficacité varie cependant selon que l'on se situe dans les rapports entre parties ou à l'égard des tiers.

568. Suite – Effets entre parties. Comme toute mention figurant dans un écrit, la mention de la date de l'acte fait foi entre les parties, sauf production d'un acte contraire (article 1341 du Code civil) (5169). Ce principe connaît toutefois un certain nombre d'exceptions.

I. Parmi les exceptions relevant du *droit commun*, on rappellera que la primauté de l'écrit est écartée en présence d'un commencement de preuve d'un écrit contraire (article 1347) ou d'impossibilité de produire un tel écrit contraire (article 1348). La liberté de la preuve prévaut également entre commerçants (article 25 du Code de commerce). Dans ces différents cas, la preuve de la date véritable de l'acte pourra donc être rapportée par toutes voies de droit.

II. De manière plus intéressante pour notre propos, le principe de la prééminence de la preuve écrite est également écarté lorsque l'acte est « attaqué pour cause de fraude ou de dol » (article 1353 du Code civil) (5170). La date indiquée dans l'acte pourra donc être prouvée par toutes voies de droit en vue d'établir l'existence d'une fraude, et en particulier la tentative d'éluder l'application d'une disposition impérative (5171).

Ainsi, par exemple, dès lors qu'un contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit « au plus tard au moment de l'entrée en service » (article 9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail), la date véritable du contrat conclu après ce moment pourra

(5167) Sur ce principe, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, o.c., n^{os} 82 et s., pp. 174 et s., spéc., à propos de la date, n^o 85, p. 176 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n^{os} 105 et s., pp. 129 et s.

(5168) U.H. SCHNEIDER, o.c., *AcP*, 1975, p. 283.

(5169) Voy. l'exposé des motifs par BIGOT-PRÉAMENEUR, dans LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, n^o 196, p. 398 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n^o 789bis, p. 806 ; voy. également, moins précis, M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n^o 7, p. 296.

(5170) Voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, o.c., n^o 1678, pp. 2387 et s.

(5171) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n^o 789bis, p. 806 ; D. MOUGENOT, o.c., *Rép. not.*, tome IV, L. 2, n^o 40, p. 132, et n^o 46, p. 138.

être prouvée par le travailleur par toutes voies de droit, même si son employeur est dépourvu de la qualité de commerçant.

III. Plus radicalement, on peut s'interroger sur le point de savoir si l'antidate ne tombe pas sous la qualification du *faux en écritures* et de son utilisation. Indépendamment de la question de savoir si l'antidate constitue ou non une forme de simulation d'un point de vue technique (5172), on peut à ce propos s'inspirer des réflexions développées dans ce domaine.

L'infraction de faux en écriture suppose une intention frauduleuse ou un dessein de nuire (5173). Or, un tel élément moral ne résulte pas automatiquement du recours à la simulation. On sait, en effet, qu'en droit civil, la simulation est en principe licite (5174) et ne perd cette qualité que lorsque les parties en font l'instrument d'une fraude, en tentant de masquer ou d'éluder la violation d'une disposition impérative ou d'ordre public ou de porter atteinte aux droits des tiers (5175). Dès lors, la simulation ne sera punissable pénalement que dans les cas où elle est également critiquable aux yeux de la loi civile pour les motifs précités ; ce n'est que dans ces cas, en effet, qu'elle est commise avec une intention frauduleuse ou avec un but de nuire (5176).

Le même raisonnement nous paraît parfaitement pouvoir être transposé à l'antidate : celle-ci n'apparaît critiquable sur le plan pénal que pour autant qu'elle le soit sur le plan civil, ce qui n'est pas nécessairement le cas.

(5172) Voy. à ce propos *infra*, n° 569.

(5173) Art. 193 du Code pénal ; voy. à ce propos S. VAN DYCK, « Het civielrechtelijk fiat van simulatie en de strafbare valsheid in geschriften : een rechtsparadox? », *T.P.R.*, 2006, pp. 1327 et s., n° 18, p. 1346.

(5174) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 623, p. 623 ; S. VAN DYCK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2006, n° 12, p. 1338 ; I. SAMOY, « Veinzing ontmaskerd ? Een zoektocht naar schijn en werkelijkheid in de leer van simulatie... », *T.P.R.*, 2007, pp. 875 et s., n° 18, p. 888 ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 20, p. 165 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 941, p. 877.

(5175) Voy. I. SAMOY, *o.c.*, *T.P.R.*, 2007, n° 24, pp. 890 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, *Les obligations contractuelles*, n° 22, p. 167 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *o.c.*, n° 941, p. 877. Pour une application, voy. Cass., 4 octobre 2001, *Pas.*, 2001, n° 523 (déclaration en faillite d'une société dont les statuts mentionnaient un objet civil « dans le seul but de simuler et d'éluder une loi d'ordre public »).

(5176) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 645bis, p. 639 ; S. VAN DYCK, *o.c.*, *T.P.R.*, 2006, n° 19 et s., pp. 1347 et s., spéc. n° 22, p. 1350. Pour des applications, voy. A. LORENT, « Faux en écritures et usage de faux », *Droit pénal et procédure pénal*, f. mob., Malines, Kluwer, 2012, n° 333, pp. 121 et s.

On notera à cet égard que la qualification de faux en écriture ne requiert pas nécessairement que l'acte soit frappé de nullité sur le plan civil. Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'une donation déguisée faite en vue d'é luder la réserve héréditaire et les obligations de rapport pouvait être constitutive de faux en écriture (5177). Cette jurisprudence, certes sévère, illustre l'idée que la nullité ne constitue que la sanction de droit commun de la violation de la loi entachant un acte juridique dès sa formation (5178). En d'autres termes, le fait pour le législateur d'avoir substitué une autre sanction (en l'occurrence, la réduction) à la nullité n'implique pas pour autant que la règle ainsi sanctionnée soit dépourvue de force impérative ; l'intention de l'é luder peut, dès lors, constituer l'intention frauduleuse requise pour constituer l'infraction de faux. Ainsi, par exemple, le fait d'antidater un contrat de travail à durée déterminée pour échapper à l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 nous paraît pareillement pouvoir être qualifié de faux en écriture bien que cette disposition ne soit pas sanctionnée par la nullité du contrat, mais par sa conversion légale en contrat à durée indéterminée (5179).

IV. Enfin, on ne perdra pas de vue que, sans préjudice du respect de la foi due aux actes (5180), l'acte antidaté n'échappe pas à la nécessité de son interprétation, en recherchant la *volonté réelle* des parties. Il convient à cet égard d'éviter de donner à l'antidate des conséquences absurdes qui iraient à l'encontre de l'intention véritable des parties.

Ainsi, par exemple, si les parties concluent le 15 janvier un bail tout en indiquant dans l'acte la date du 1^{er} janvier, il s'agit vraisemblablement d'un moyen commode de convenir que le locataire devra supporter le paiement de la totalité du loyer pour le mois de janvier, probablement du reste parce qu'il était déjà entré dans les lieux sans que les parties n'aient eu le temps de formaliser leurs relations. Mais même si le locataire n'était pas encore entré en jouissance, il serait sans doute contraire à la volonté des parties de permettre au locataire de refuser de payer la totalité de ce mois en arguant que les lieux n'étaient pas libres d'occupation avant le 15 janvier (5181).

(5177) Cass., 16 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 362.

(5178) *Voy. supra*, n° 226, IV.

(5179) *Voy. à ce propos supra*, n° 319.

(5180) Sur ses liens avec l'interprétation, *voy. not. les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN avant Cass.*, 29 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 70.

(5181) *Voy. en ce sens S. MERCOLI, La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 458, p. 477 ; U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 289.

569. Suite – Effets envers les tiers. Dans les rapports avec les tiers, l'efficacité de l'antidate apparaît encore plus limitée.

I. Afin d'éviter les fraudes (5182), l'article 1328 du Code civil énumère en effet les formalités susceptibles de conférer *date certaine* aux actes sous seing privé dans les rapports avec les tiers (5183). À défaut de respecter ces formalités, la date indiquée dans l'acte sera donc inopposable aux tiers.

II. L'article 1328 n'est cependant pas applicable *en matière commerciale* (5184). Qu'en est-il, dans ce cas, de l'efficacité de l'antidate ?

On considère parfois que les tiers n'auraient, en ce cas, d'autre possibilité que de recourir à l'action en déclaration de *simulation* (5185). De manière plus générale, de nombreux auteurs abordent le phénomène de l'antidate comme un cas de simulation. Ceci est non seulement vrai pour les auteurs défendant une conception large de la simulation, entendue comme toute « création volontaire d'une apparence trompeuse » (5186), mais également pour ceux qui, comme en Belgique, s'en tiennent à une définition stricte de la simulation, basée sur la notion de contrelettre (5187). Pour ceux-ci, en effet, l'indication d'une date erronée dans l'acte constituerait une forme de déguisement partiel de cet acte (5188).

(5182) Voy. sur ce point le rapport de Jaubert, dans LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XII, o.c., n° 15, p. 516.

(5183) Une doctrine moderne, quoique minoritaire, défend à cet égard l'idée que l'énumération ne doit pas être considérée comme limitative : voy. en ce sens H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n° 798, p. 820 ; D. MOUGENOT, o.c., *Rép. not.*, tome IV, L. 2, n° 170, p. 265.

(5184) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, o.c., n° 792, p. 809 ; D. MOUGENOT, o.c., *Rép. not.*, tome IV, L. 2, n° 166, p. 261.

(5185) P. VAN OMMESLAGHE, o.c., *Les obligations contractuelles*, n° 18, p. 163, note n° 43.

(5186) Selon la formule de M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 1, p. 9, et, à propos de l'antidate, n° 115, pp. 107 et s.

(5187) Voy. en ce sens Cass., 27 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 494, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES : « Il y a simulation lorsque les parties font un ou plusieurs actes apparents dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention demeurée secrète ».

(5188) Voy. C. OPHÈLE, « Simulation », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012, n° 24, p. 6 ; I. SAMOY, o.c., *T.P.R.*, 2007, pp. 875 et s., n° 12, p. 885 ; S. V. DYCK, o.c., *T.P.R.*, 2006, n° 5, p. 1331 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau, 2000, pp. 147 et s., n° 18, p. 163 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., o.c., n° 940, p. 877.

À l'analyse, cette opinion dominante nous paraît critiquable. En effet, l'antidate se distingue d'un déguisement partiel de l'acte (telle que la vente dont une partie du prix est dissimulé) par la circonstance que *la date indiquée dans l'acte correspond précisément à celle voulue par les parties*. Celles-ci ne tentent donc pas d'échapper aux effets d'un acte ostensible en en modifiant les effets par un acte secret (comme, par exemple, lorsqu'elles y prévoient un prix supérieur à celui indiqué dans l'acte apparent), mais assument au contraire entièrement les conséquences des stipulations de l'acte conclu. Certes, on peut y voir un « mensonge » ou une « apparence trompeuse », au sens non technique des termes ; mais, en l'absence de toute contre-lettre, il ne s'agit pas pour autant d'une simulation (5189).

Est-ce à dire pour autant qu'en matière commerciale, les tiers se trouvent entièrement démunis face à une antidate ? Certes non. Comme pour toutes les autres mentions d'un acte auquel ils sont demeurés étrangers, l'indication de la date ne jouit à leur égard que d'une force probante limitée, *juris tantum*, en sorte qu'ils sont admis à en rapporter la preuve contraire par toutes voies de droit (5190). On aboutit donc ainsi en pratique à un résultat similaire à celui d'une action en déclaration de simulation.

III. Pour le surplus, *en matière immobilière*, un acte sous seing privé antidaté ne présente en pratique guère d'intérêt, puisque l'opposabilité aux tiers n'interviendra qu'après sa réitération en la forme authentique suivie de sa transcription (5191).

(5189) Voy. de même, **en droit allemand**, E.A. KRAMER, « § 117 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2006, n° 4 ; U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 283.

(5190) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome III, *o.c.*, n° 795, p. 818 ; D. MOUGENOT, *o.c.*, *Rép. not.*, tome IV, L. 2, n° 166, p. 261.

(5191) Voy. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n° 470, p. 488.



CHAPITRE II
**RECONNAISSANCE DE LA RÉTROACTIVITÉ
CONVENTIONNELLE**

§ 1. – *Fondements*

570. Conclusions tirées de l'approche inductive. Le rapide tour d'horizon auquel nous nous sommes livré dans le précédent chapitre aura d'abord permis de montrer que, contrairement à ce que l'intuition aurait pu suggérer, les cas dans lesquels le droit positif permet à la volonté d'influer sur la rétroactivité des actes juridiques sont en définitive assez nombreux. En laissant provisoirement de côté la question centrale de la rétroactivité conventionnelle en tant que telle, nous avons vu que les parties ont, dans certaines limites, le pouvoir non seulement de modaliser l'effet rétroactif que la loi attache naturellement à leurs actes (5192), mais également de créer de commun accord une situation juridique à laquelle le droit positif accorde un effet rétroactif, à tout le moins au sens large (5193).

Comment expliquer cette large gamme de situations où volonté et rétroactivité se trouvent ainsi mêlées ? Une première approche pourrait consister à voir, dans chacune de ces hypothèses, une solution *sui generis* fondée sur les règles propres aux institutions en cause. Ainsi, les parties auraient le pouvoir de modaliser les effets de la condition suspensive parce que ceci résulterait du mécanisme même de la condition ; elles pourraient de même donner un effet rétroactif au *mutuus dissensus* parce qu'elles puiseraient ce droit dans l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, etc. Une telle approche au cas par cas peut se réclamer de l'opinion

(5192) Ainsi, dans le cas de la condition suspensive ou résolutoire, mais également, dans une certaine mesure, de la ratification, de la résolution pour inexécution et même de la nullité.

(5193) Nullité et résolution amiables, *mutuus dissensus* et antidate.

des auteurs qui, plutôt que d'en faire la règle, ne voient dans la rétroactivité conventionnelle qu'une exception, aux motifs qu'« [i]l n'appartient pas aux parties d'effacer le passé, sauf dans les cas où la loi l'autorise » (5194). Dès lors, en dehors de ces cas, il serait seulement permis aux parties de concevoir l'acte d'une manière telle qu'il produise, *ex nunc*, des effets identiques à ceux qu'il aurait eus s'il s'était produit dans le passé (5195). Si une rétroactivité au sens large pourrait donc être atteinte par la volonté des parties, les portes de la rétroactivité au sens strict leur seraient en revanche fermées (5196).

Cette opinion nous paraît cependant prêter le flanc à la critique.

D'une part, en effet, elle nous paraît procéder d'une confusion, déjà dénoncée, entre réalité matérielle et réalité juridique (5197). L'impossibilité d'effacer matériellement le passé n'implique pas, en effet, que celui-ci ne puisse être effacé juridiquement, en recourant par exemple à des restitutions par équivalent là où une restitution en nature serait devenue impossible (5198).

D'autre part, la multiplication des cas où la rétroactivité conventionnelle est admise par la loi incite à se demander si ceux-ci ne constituent pas plutôt l'expression d'un principe plus général. On sait, en effet, que le fait de procéder systématiquement à une analyse en termes de solutions *sui generis* offre une grille de lecture bien peu satisfaisante (5199).

Aussi une autre approche nous paraît-elle devoir être tentée. Il s'agirait alors de voir dans ces différentes solutions particulières l'expression d'un principe plus général de rétroactivité conventionnelle, en vertu duquel les parties peuvent, de commun accord, donner un effet rétroactif à leurs actes. Encore convient-il de rechercher les fondements juridiques sur lesquels un tel principe pourrait reposer.

(5194) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, *o.c.*, n° 759, p. 727 (à propos du *mutuus dissensus*). Voy de même G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, *o.c.*, n° 339, p. 388 (« Le passé n'appartient plus aux parties contractantes, et il n'est pas en leur pouvoir de supprimer ce qu'il contient ») ; M. GEGOUT, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 6bis, p. 295.

(5195) Voy. U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 287.

(5196) Sur cette distinction, voy. *supra*, n°s 58 et s.

(5197) Voy. *supra*, n° 57.

(5198) Comp., en matière de nullité, *supra*, n° 260.

(5199) Voy. *supra*, n° 26.

571. Premier fondement – Principe de l'autonomie de la volonté. En réalité, la solution de ce problème nous a déjà été suggérée par la jurisprudence de la Cour de cassation que nous avons rencontrée en matière de *mutuus dissensus*. Nous avons vu, à cet égard, que plutôt que de fonder le pouvoir des parties de dissoudre rétroactivement leur accord ou de tenir un acte unilatéral pour non avenu sur l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, la Cour de cassation avait préféré se référer, de manière beaucoup plus générale, au principe de l'autonomie de la volonté (5200). Le rôle de ce principe a également été souligné dans l'aménagement par les parties de l'effet rétroactif prévu par le droit positif (5201). Par ailleurs, il entretient des liens étroits avec le principe du consensualisme, lequel se trouve comme on l'a vu à la base du procédé de l'antidate (5202).

Certes, il ne s'agit pas de prétendre que l'ensemble des institutions examinées au cours du chapitre précédent seraient soumises à un régime identique. Au contraire, nous avons relevé un certain nombre de limites spécifiques à chacune d'entre elles qui font, par exemple, que la liberté des parties d'aménager l'effet rétroactif est moins étendue en matière de nullité que de résolution pour inexécution (5203) ou que la protection des tiers se trouve particulièrement bien assurée en matière d'antidate (5204). Ces différences de régime, résultant de l'application de règles particulières que nous nous sommes à chaque fois attaché à identifier, n'empêchent cependant pas de reconnaître en arrière-fond l'existence d'un principe de rétroactivité conventionnelle, fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté (5205).

Le recours à ce principe permet de mettre en perspective l'opinion de certains auteurs selon laquelle la rétroactivité conventionnelle ne serait admissible que dans les cas où la loi l'autorise (5206). Au contraire, sous l'empire du principe de l'autonomie de la

(5200) Voy. *supra*, n° 566, I.

(5201) Voy. *supra*, n°s 562 et s.

(5202) Voy. *supra*, n° 567.

(5203) Voy. *supra*, n° 563.

(5204) Voy. *supra*, n° 569.

(5205) Comp., dans le même sens, la démarche de J.-F. Romain, qui s'est efforcé de mettre en évidence le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* qui constitue le droit commun de la fraude, en l'absence de règles plus précises fixées par la loi (J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n° 333, p. 769).

(5206) Voy. *supra*, n° 570.

volonté, la logique doit être inversée : *la liberté est la règle*, et les parties sont donc autorisées à convenir ce qu'elles veulent, y compris à donner un effet rétroactif à leurs actes (5207), sauf dans la mesure où la loi l'interdit (5208).

Bien sûr, il ne s'agit pas de prétendre que la liberté dont jouissent ainsi les parties soit illimitée. Comme dans tout le droit des contrats, la volonté est en effet soumise à un certain nombre de contraintes qu'il conviendra de préciser (5209).

572. Second fondement – Opposabilité des effets externes du contrat. Ériger l'autonomie de la volonté en fondement de la rétroactivité conventionnelle ne constitue cependant que la moitié du chemin à parcourir. Il reste encore, en effet, à s'interroger sur l'aptitude de cette rétroactivité voulue par les parties à produire des effets à l'égard des tiers.

À cet égard, la doctrine paraît quasi unanime à considérer qu'une telle rétroactivité, si elle est valable entre les parties contractantes, doit demeurer sans effet sur la situation des tiers. Le principe de la relativité des conventions, consacré par l'article 1165 du Code civil, interdirait en effet de porter atteinte à leurs droits (5210). On ne concevrait pas, par exemple, qu'après avoir

(5207) Voy. sur ce point les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ avant Cass., 25 mai 1848, *Pas.*, 1849, pp. 67 et s., spéc. p. 74 (sauf les restrictions prévues par la loi, « la liberté de convention est absolue ; les parties sont donc, quant à la convention que l'article 1134 du C.civ. assimile aux lois entre les contractants, comme le législateur vis-à-vis de la loi, et, de même que le législateur peut donner à la loi un effet rétroactif, de même peuvent agir les parties contractantes, quant à leurs conventions ; l'article du Code civil qui leur confère pouvoir en ce point est général »). Voy. également J. DEPRez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 201, p. 223.

(5208) Comp., dans le même sens, la possibilité pour les parties d'abstraire un acte de sa cause. La formule utilisée par la Cour de cassation est à cet égard quelque peu ambiguë, puisqu'elle considère que « sauf dans le cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause, la validité d'un acte juridique, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, est subordonnée à l'existence d'une cause » (Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 56). Mais la meilleure doctrine a montré, en se référant au principe de l'autonomie de la volonté, que le terme « admet » ne doit pas s'entendre dans le sens de « prévoit » ou « édicte » : il suffit à cet égard que le législateur ne s'y soit pas opposé (voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, n° 22, p. 361).

(5209) Voy. *infra*, n°s 574 et s.

(5210) Voy. ainsi J. BAECK, o.c., *T.P.R.*, 2008, n° 10, pp. 329 et s. ; J. DEPRez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, o.c., n° 201, p. 223 ; voy. également, à propos de la réfection d'un acte nul, M. GEGOUT, o.c., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 4, p. 287 et *supra*, n° 91, I ; à propos de la nullité et de la résolution amiables, *supra*, n°s 230 et 358 ; à propos du *mutuus dissensus*, *supra*, n° 565, IV.

revendu la chose à un sous-acquéreur, l'acheteur s'entend avec son vendeur pour défaire rétroactivement la vente initiale, et ainsi porter atteinte aux droits du sous-acquéreur sur la chose.

Cette solution, qui paraît de bon sens, nous paraît cependant reposer sur un malentendu.

On sait en effet qu'une distinction doit être faite entre les effets internes et les effets externes du contrat (5211). Ainsi, si le contrat conclu par les parties ne peut être *directement* la source de droits et d'obligations pour les tiers (effets internes), il n'en demeure pas moins que son existence et les conséquences qu'il entraîne pour le patrimoine des parties constituent des faits juridiques opposables aux tiers (effets externes) et qui, combinés avec d'autres règles, peuvent être *indirectement* la source pour ceux-ci de droits et d'obligations. Il nous semble dès lors que l'article 1165 du Code civil, loin de condamner tout effet de la rétroactivité conventionnelle envers les tiers, impose au contraire à ceux-ci de respecter les conséquences que l'accord des parties a entraînées pour leur patrimoine, fût-ce de manière rétroactive.

C'est sur cette distinction entre effets internes et effets externes qu'est fondée *l'opposabilité de la nullité aux tiers*. Certes, pas plus que le contrat, son annulation ne peut en tant que telle engendrer des droits ni des obligations pour les tiers ; mais ceux-ci doivent néanmoins respecter les conséquences qu'entraîne la disparition rétroactive des effets que le contrat avait provoqué sur le patrimoine des parties (5212). C'est ainsi, par exemple, que le sous-acquéreur perdra, en règle, ses droits sur la chose en cas d'annulation du titre de son auteur, car cette annulation implique que celui-ci n'a pu transférer au sous-acquéreur la propriété de la chose.

L'accord par lequel les parties se transfèrent rétroactivement la propriété d'une chose peut également être rapproché de la clause par laquelle elles décident, au contraire, de *retarder le transfert de propriété*. Certes, on sait qu'en matière mobilière, la Cour de cassation s'est longtemps montrée hostile à la clause de réserve de propriété, parce qu'elle aboutit à conférer au vendeur une protection plus étendue que celle que lui accorde l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire (5213). Il n'en demeure pas moins qu'en dehors de cette hypothèse, la clause de réserve

(5211) Voy. *supra*, n° 292.

(5212) Voy. *supra*, n° 292.

(5213) Voy. *supra*, n° 203, I (où sont également évoquées les nouvelles dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières venues contredire cette jurisprudence).

de propriété est, comme toute autre stipulation, opposable dans ses effets externes, de sorte par exemple que les créanciers de l'acheteur d'un immeuble ne pourraient pas, en présence d'une telle clause, déjà saisir celui-ci entre les mains du vendeur (5214). Or, si l'on admet l'opposabilité de la clause retardant le transfert de propriété à l'égard des tiers, on n'aperçoit pas pourquoi la clause anticipant un tel transfert ne jouirait pas en principe du même traitement. Les deux types de clauses produisent en effet des effets de même nature, fût-ce en un sens opposé.

Enfin, notre raisonnement peut encore s'appuyer sur la reconnaissance que le droit positif accorde à la technique de l'*antidate*. Certes, nous avons vu que l'efficacité de celle-ci demeure limitée dans les rapports avec les tiers, spécialement en matière civile. En matière commerciale, en revanche, elle pourra produire certains effets, pour autant que les tiers ne renversent pas la force probante de l'acte par toutes voies de droit (5215).

En réalité, si le vendeur et l'acheteur ne peuvent pas, de commun accord, supprimer rétroactivement les droits acquis par le sous-acquéreur sur la chose, ce n'est pas parce que leur accord serait, par principe, inopposable à celui-ci – au contraire, les effets externes de cet accord lui sont en règle parfaitement opposables – mais parce que cet accord constitue une *fraude aux droits du sous-acquéreur*, que l'acheteur-revendeur s'est engagé, en vertu de la garantie d'éviction, à ne pas priver de ses droits. Cette fraude commise par l'acheteur-revendeur avec le concours du vendeur initial suffit à priver cet accord d'effets envers le sous-acquéreur, conformément à la théorie de la tierce complicité (5216).

D'autres auteurs se sont opposés à l'idée que la rétroactivité conventionnelle puisse avoir des effets envers les tiers aux motifs qu'elle aboutit en pratique à conférer un effet de sûreté, ce que seul le législateur aurait le pouvoir de permettre. Ainsi, pour Demogue, « une personne vendant une ferme aujourd'hui peut dire que l'acquéreur aura la jouissance depuis 1^{er} janvier dernier pour lui assurer le fermage entier de l'année. Mais cette clause n'empêchera pas la validité des paiements de fermages faits au vendeur antérieurement à la vente » (5217). À nouveau, si la solution paraît certaine, son fondement

(5214) Comp. *supra*, n° 467.

(5215) Voy. *supra*, n° 569.

(5216) Voy. *infra*, n° 575.

(5217) R. DEMOGUE, « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, pp. 163 et s., spéc. p. 168.

ne doit pas nécessairement être recherché dans un principe d'opposabilité de la rétroactivité conventionnelle aux tiers. Il suffit, en effet, de constater que celle-ci ne déroge pas aux règles protectrices des tiers édictées par le droit positif (5218) : le paiement fait de bonne foi par le fermier au vendeur qui, au moment du paiement, était apparemment encore propriétaire de la ferme a valeur libératoire (articles 1240 et 1691 du Code civil).

La thèse que nous défendons est donc qu'en vertu du principe de l'opposabilité aux tiers de l'effet externe des conventions, la rétroactivité conventionnelle doit donc, *en principe*, également pouvoir déployer ses effets dans les rapports avec les tiers. Certes, ce principe connaît de nombreuses limitations qu'il nous faudra préciser ; mais, même réduit à la portion congrue, il présente encore une importance théorique indéniable.

573. Suite – Jurisprudence de la Cour de cassation. Cette analyse est suffisamment controversée pour qu'il vaille la peine de montrer, sans attendre l'examen des différentes limites auxquelles la rétroactivité conventionnelle se trouve soumise, qu'elle se concilie parfaitement avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

I. Tout d'abord, nous avons déjà évoqué la jurisprudence de la Cour de cassation permettant aux parties à un contrat de bail ou à un contrat de travail de *tenir pour non venu le congé* donné par l'une d'elles (5219). À cette occasion, nous avons souligné qu'un tel accord n'intéressait pas exclusivement les parties, mais pouvait également présenter des conséquences importantes pour les tiers. Ainsi, par exemple, le fait que l'effacement rétroactif du congé donné au travailleur ne constitue pas la conclusion d'un nouveau contrat de travail peut présenter une incidence, notamment, pour l'octroi d'un congé parental donnant droit à une allocation à charge de l'ONEm (5220) ou pour la mise en oeuvre d'un plan de pension complémentaire souscrit par l'employeur auprès d'un tiers assureur, dans la mesure où

(5218) Voy. *infra*, n° 576.

(5219) Voy. *supra*, n° 566, I.

(5220) En effet, pour obtenir le bénéfice du droit au congé parental, le travailleur doit avoir été dans les liens d'un contrat de travail avec l'employeur qui l'occupe, pendant 12 mois au cours des 15 mois qui précèdent l'avertissement donné par écrit à l'employeur conformément à l'article 6 (art. 4 de l'arrêté royal du 29 octobre 1997 relatif à l'introduction d'un droit au congé parental dans le cadre d'une interruption de la carrière professionnelle). En cas d'octroi du congé, il bénéficie des allocations prévues par l'arrêté royal du 2 janvier 1991 relatif à l'octroi d'allocations d'interruption (art. 10).

ce plan tient compte de l'ancienneté du travailleur. Si chacun de ces tiers concernés pouvait considérer qu'un nouveau contrat de travail a en réalité été conclu dès lors que la révocation amiable du congé lui serait inopposable, la situation deviendrait rapidement fort complexe d'un point de vue pratique et contredirait la volonté de la Cour de cassation de permettre aux parties de tenir ce congé pour non avenu.

II. Une deuxième illustration des effets de la rétroactivité conventionnelle dans les rapports avec les tiers peut être trouvée dans un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 2003 (5221).

Dans cette affaire, la défenderesse en cassation avait vendu, le 18 juillet 1985, une peinture intitulée « Sans Lendemain » au demandeur en cassation. Les parties avaient convenu, à cet égard, que si le défaut d'authenticité de la toile était établi par un expert, la défenderesse s'engageait à restituer le prix au demandeur. Bien que ni l'arrêt de cassation ni l'arrêt attaqué ne le constatent expressément, il semble que les parties qualifiaient toutes deux une telle clause de condition résolutoire.

Par la suite, le demandeur revendit, le 3 avril 1986, le tableau à un sieur D., en prévoyant expressément dans le contrat qu'il n'en garantissait pas l'authenticité. Celle-ci fut finalement mise en doute par un expert désigné par Sotheby's, à telle enseigne que le demandeur et D. convinrent, le 21 novembre 1990, de résoudre à l'amiable la vente intervenue le 3 avril 1986. À cet égard, l'arrêt attaqué décide qu'en raison de la clause de non-garantie précitée, les conditions pour une résolution judiciaire n'auraient pas été remplies. Cette « résolution amiable » constituait donc exclusivement l'expression de la volonté des parties.

Dans un troisième temps, le demandeur agit en « résolution » à l'encontre de la défenderesse. Il semble qu'il faille comprendre que, ce faisant, il entendait se prévaloir de la condition résolutoire précitée. L'arrêt attaqué estima cependant que, par la revente du tableau intervenue le 3 avril 1986, le demandeur avait épuisé les droits qu'il prétendait tirer de la vente du 18 juillet 1985 (5222).

Le demandeur se pourvut alors en cassation. Dans la première branche du moyen, il faisait valoir que les tiers (en l'occurrence, la défenderesse) ne peuvent plus se prévaloir des effets externes d'une

(5221) Cass., 9 mai 2003, n° C.01.0010.N, *Pas.*, 2003, n° 288. Le texte complet de l'arrêt, utile à la bonne compréhension de l'affaire, est disponible en néerlandais sur le site www.juridat.be.

(5222) Bien que la motivation de l'arrêt attaqué ne soit pas très explicite sur ce point, il semble qu'il ait considéré que la revente du bien sans garantie d'authenticité impliquait une renonciation à la condition résolutoire insérée dans la première vente.

convention (en l'espèce, la vente du 3 avril 1986) lorsque celle-ci a cessé d'exister ; or, il serait de l'essence de la résolution de rétroagir, de sorte que par l'effet de la convention du 21 novembre 1990, le demandeur aurait recouvré tous ses droits sur le tableau comme si la convention du 3 avril 1986 n'avait jamais existé.

Ce grief fut accueilli par la Cour de cassation aux motifs « que l'article 1165 du Code civil n'empêche pas qu'un tiers se prévale de l'existence d'une convention et des effets qu'elle produit entre les parties contractantes pour se défendre contre une demande qu'une des parties forme contre lui ; que, toutefois, si la convention a cessé d'exister et si la situation qu'elle réglait a disparu, le tiers qui est demeuré étranger à la convention ne peut plus s'en prévaloir ». En l'occurrence, dès lors que la convention du 3 avril 1986 « n'existait plus », les juges d'appel, qui se sont fondés sur l'existence de cette convention pour déclarer non fondée la demande du demandeur, ont violé l'article 1165 du Code civil.

Comme on le voit, la Cour de cassation considère donc que la convention du 21 décembre 1990, qui avait pour objet de supprimer rétroactivement la convention du 3 avril 1986, est parfaitement opposable aux tiers, en l'occurrence la défenderesse en cassation. Si la Cour ne se réfère certes pas dans sa motivation à l'opposabilité de l'effet rétroactif, ce dernier était expressément invoqué dans le pourvoi.

III. Un dernier exemple peut être trouvé dans un arrêt du 21 mai 2007 (5223).

Cette affaire mettait aux prises l'assureur d'un sieur A.H., propriétaire d'un véhicule, avec l'assureur d'une victime, qui l'avait dédommagée sur la base de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs. Ayant constaté que l'accident était survenu le 6 septembre 1997 et que, deux jours plus tard, A.H. s'était fait délivrer rétroactivement une carte verte valable depuis le 1^{er} septembre 1997, l'arrêt attaqué avait cependant débouté l'assureur de la victime de son action aux motifs que « [c]ette carte verte n'existait pas au moment de l'accident ».

Dans son pourvoi en cassation, l'assureur de la victime faisait valoir, en se référant à l'article 1134 du Code civil, qu'« aucune disposition légale n'interdit à l'assureur de garantir rétroactivement la responsabilité civile de son preneur d'assurance au bénéfice de tiers ».

Ce pourvoi fut accueilli par la Cour. Dans une motivation particulièrement didactique, celle-ci commence par relever que le droit

(5223) Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 262.

des victimes fondé sur l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 « dépend de l'existence d'une assurance qui garantit le risque au moment de l'accident » et que la délivrance de la carte verte « permet de présumer l'existence d'une assurance qui couvre le risque à partir de la date mentionnée sur la carte verte ». Par conséquent, « [l]a constatation que la carte verte a été délivrée après l'accident ne renverse pas la présomption de l'existence d'une assurance dès lors qu'il n'est pas prouvé ainsi que l'assureur n'aurait pas conclu un contrat d'assurance qui couvrirait le risque à partir de la date mentionnée sur la carte verte ». Elle poursuit en considérant que certes, le contrat d'assurance serait nul si le risque s'était produit avant la conclusion du contrat et que le preneur avait dissimulé ce sinistre à l'assureur, mais relève à juste titre que « [t]outefois, par cette voie, l'assureur peut uniquement obtenir l'annulation du contrat » ; or, « [l]e contrat perdure tant que l'annulation, qui produit des effets *ex tunc*, n'est pas prononcée en justice » (5224). Par conséquent, en décidant que la « carte verte, inexistante au moment de l'accident, ne pouvait être admise en tant que preuve du fait que la première défenderesse assurait le véhicule impliqué dans l'accident au moment de l'accident, le jugement viole les articles 1349, 1350 et 1352 du Code civil ».

Cette décision est importante, non seulement parce qu'elle reconnaît implicitement – sous réserve des règles spécifiques au droit des assurances – la possibilité pour les parties de conclure un contrat doté d'un effet rétroactif, mais également parce qu'elle met en lumière que cette rétroactivité conventionnelle ne s'avère pas nécessairement nuisible aux tiers ; au contraire, c'est ceux-ci qui avaient en l'espèce intérêt à s'en prévaloir, en l'occurrence en vue d'introduire une action directe à l'encontre de l'assureur.

§ 2. – *Limites*

574. Règles impératives et d'ordre public. Puisque la rétroactivité conventionnelle repose sur le principe de l'autonomie de la volonté, elle trouve une première limite dans le respect des règles impératives et d'ordre public (articles 6, 1131 et 1133

(5224) Sur ce principe, voy. *supra*, n° 227. En toute hypothèse, cette nullité aurait à notre sens été inopposable à la victime ainsi qu'à l'assureur subrogé dans ses droits, conformément à l'article 87, § 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992. La question, en revanche, de l'existence (rétroactive) du contrat d'assurance conserve quant à elle toute sa pertinence, dès lors qu'il s'agit d'une exception opposable à la victime (voy. *supra*, n° 229).

du Code civil) (5225). Même si toute énumération exhaustive de ces règles serait vouée à l'échec, un certain nombre d'applications peuvent néanmoins être mentionnées.

Les règles impératives (au sens large) ont ainsi d'abord vocation à régir les *relations entre parties* et, dès lors, à s'opposer aux accords rétroactifs visant à contrarier leurs objectifs (5226).

Ainsi, puisqu'un contrat de travail a durée déterminée doit être conclu par écrit « au plus tard au moment de l'entrée en service » (article 9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail), les parties ne pourraient échapper à cette règle en concluant après l'entrée en service du travailleur un contrat prévoyant qu'il rétroagit avec cette date. Dans un souci de protection du travailleur, la nullité devrait cependant être limitée à la clause de rétroactivité, de sorte que le contrat devrait être considéré comme valablement conclu à durée indéterminée (5227).

Il faut également tenir compte de la *durée minimale* du contrat, lorsque celle-ci est impérative. Ainsi, par exemple, le bail à ferme est conclu pour une durée de minimum neuf ans (article 4 de la loi sur le bail à ferme). Dès lors, les parties ne pourraient tourner cette obligation en prévoyant une durée de neuf ans mais en faisant remonter les effets de leur contrat quelques années en arrière, dans le but de réduire la durée effective du contrat. Une telle clause serait, à nouveau, frappée de nullité (5228).

Dans le même ordre d'idées, on sait qu'en droit belge, les parties peuvent en principe convenir de réduire le *délai de prescription*, sauf lorsque celui-ci est d'ordre public (5229). Dans un tel cas, les parties ne pourraient réduire indirectement le délai de prescription en faisant

(5225) Voy. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. I, *o.c.*, n° 357, pp. 494 et s.

(5226) Il existe parfois un doute sur le point de savoir si la loi s'oppose ou non à la conclusion d'un accord rétroactif : voy. ainsi, à propos de la convention rétroactive d'anatocisme, C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, n°s 118 et s., pp. 211 et s.

(5227) Voy. *supra*, n° 312. Comp. l'article 9, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 (« À défaut d'écrit établissant qu'il est conclu pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini, le contrat est soumis aux mêmes conditions que les contrats conclus pour une durée indéterminée »).

(5228) Comp. l'article 4, alinéa 1^{er}, 2^e alinéa, de la loi sur le bail à ferme (« Si une durée inférieure a été stipulée, elle est de plein droit portée à neuf ans »).

(5229) Voy. S. STJNS et I. SAMOY, « De rol van de wil en het gedrag van partijen bij de bevrijdende verjaring », *R.W.*, 2010-2011, pp. 1538 et s., n°s 10 et s., pp. 1541 et s.

remonter les effets du contrat dans le temps dans le but d'avancer le point de départ du délai de prescription (5230).

Enfin, de manière générale, les parties ne peuvent influencer le *champ d'application temporel d'une loi* lorsque celui-ci est fixé de manière impérative (5231).

Par ailleurs, des règles impératives peuvent également se rencontrer *dans les rapports avec les tiers*.

On relèvera en particulier le fait qu'est inopposable à l'Administration un accord rétroactif des parties visant à échapper au champ d'application temporel de la *loi fiscale*, celle-ci étant d'ordre public (5232).

575. Tierce complicité. Une autre limite importante au pouvoir des parties de conférer à leur accord un effet rétroactif réside dans l'interdiction de la *fraude aux droits des tiers* et, plus précisément, dans la théorie de la tierce complicité qui en constitue une application (5233).

On a déjà cité, à cet égard, le cas de l'acheteur qui, après avoir concédé des droits sur la chose, s'entend avec son vendeur pour anéantir ces droits (5234). De même, en cas de défaillance de la condition sous laquelle un contrat a été conclu, l'accord par lequel le créancier et le débiteur s'entendent pour renoncer à cette condition ne peut nuire à la caution (5235).

(5230) Voy. U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 294.

(5231) Voy. ainsi BGH, 6 octobre 2010, VIII ZR 15/10, point 22 (une loi adoptée en vue de la promotion de l'énergie verte, qui ne s'applique qu'aux contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2000 qui se sont prolongés à des conditions identiques après cette date, n'est pas applicable à un contrat auquel il a été mis fin au 30 juin 2000, même si un nouveau contrat est ensuite conclu avec effet rétroactif, et ce, d'autant plus que cette loi fait peser sur des tiers une charge fiscale) ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 457, p. 476.

(5232) Voy. Cass., 16 janvier 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 561 ; Cass., 8 février 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 614 ; J. SANDRA et R. MESSIAEN, « Fiscale aspecten van retroactiviteit in overeenkomsten en vennootschapsakten », *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, pp. 415 et s., n° 42, p. 426.

(5233) Sur les liens entre cette théorie et la théorie générale de la fraude, voy. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, o.c.*, n°s 241 et s., pp. 514 et s. Pour une consécration légale de cette théorie, voy. l'article 64 des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles mobilières.

(5234) Voy. *supra*, n° 572.

(5235) Voy. Cass., 29 avril 1997, *JCP G*, 1997, II, n° 22.893, note M. BILLIAU. Si cette décision se fonde sur l'article 1165 du Code civil, elle est à notre sens mieux justifiée par l'idée de fraude aux droits des tiers (comp. *supra*, n° 572). Alternativement, elle pourrait également se fonder sur une règle propre au contrat de cautionnement qui rend inopposable à la caution tout accord conclu par le débiteur qui aggraverait la charge de son engagement (comp. M. BILLIAU, *o.c.*, n° 3).

De manière plus générale, les parties qui ont connaissance de droits de tiers sur une chose (par exemple, en vertu d'une saisie pratiquée) ne peuvent tenter de porter frauduleusement atteinte à ces droits par le biais d'un accord rétroactif. On gardera cependant à l'esprit que la simple connaissance des droits d'autrui ne suffit pas à caractériser la fraude. Celle-ci suppose en effet une véritable participation ou collaboration à la violation des droits contractuels d'autrui dont on a ou, à tout le moins, dont on devait avoir connaissance (5236).

576. Publicité foncière et autres règles protectrices des droits des tiers. Une troisième limite à la liberté des parties de stipuler une rétroactivité conventionnelle est le maintien intégral des règles protectrices des tiers, en ce compris les règles de la publicité foncière.

Ainsi, supposons que le propriétaire d'un immeuble, A, le cède à B le 1^{er} février, et que, se ravisant, il le cède une seconde fois à C le 1^{er} mars, en prévoyant toutefois que la vente produira ses effets au 1^{er} janvier. À supposer que B fasse transcrire son titre avant C, il ne sera même pas nécessaire de prouver que la seconde vente visait à frauder les droits de B : il suffira de constater que cette seconde vente, transcrite après la première, ne peut voir ses effets remonter avant la date de sa transcription (5237).

577. Interprétation de la volonté des parties. Enfin, même lorsque les parties confèrent à leur accord un effet rétroactif, celui-ci doit encore être soumis à l'interprétation pour déterminer leur intention réelle. Il se peut, en effet, que les parties aient eu principalement un objectif déterminé en vue sans vouloir nécessairement tirer toutes les conséquences de la rétroactivité (5238).

On peut à cet égard se référer, *mutatis mutandis*, à l'exemple déjà donné en matière d'antidate d'un bail (5239).

(5236) Voy., en ce sens, Cass., 12 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 527, *A.C.*, 2012, n° 527, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE ; Cass., 29 juin 2012, *Pas.*, 2012, n° 427, et les conclusions contraires résumées à la note (1) ; Cass., 28 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 642.

(5237) Sur ce que la date d'accomplissement des formalités de la publicité foncière l'emporte sur la date à laquelle l'acte produit – même rétroactivement – ses effets, comp. *supra*, n° 154.

(5238) Voy. U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 292.

(5239) Voy. *supra*, n° 568, IV.

§ 3. – *Intérêt pratique*

578. Entre parties. Compte tenu des limitations auxquelles elle s'expose, la rétroactivité conventionnelle présente encore une utilité certes modeste, mais certaine.

Ainsi, entre parties, la rétroactivité conventionnelle peut être utilisée comme un raccourci pour exprimer la volonté des parties sur une série de questions.

La rétroactivité conventionnelle peut de cette manière être stipulée afin de *préciser l'objet du contrat* (5240). Ainsi, par exemple, si le contrat de vente d'un bien loué stipule qu'il produira ses effets dès le 1^{er} janvier de l'année en cours, le vendeur s'engage en réalité à rétrocéder à l'acheteur les loyers déjà perçus (5241).

De manière générale, la rétroactivité conventionnelle permet également de *synthétiser la volonté des parties* quant à l'application de plusieurs règles (5242). Ainsi, la fixation de l'entrée en vigueur du contrat à une date antérieure à celle de sa conclusion peut être une manière commode d'exprimer une série de dérogations apportées au droit commun quant au sort des fruits, à la charge des risques, etc. Le législateur lui-même recourt parfois à ce procédé (5243).

La rétroactivité conventionnelle est également utile lorsque la négociation du contrat s'étend sur une certaine période et qu'il est néanmoins indispensable qu'un contrat soit conclu dès le début de celle-ci.

On songe au *contrat d'assurance* dans lequel le preneur veut être certain que les risques survenus pendant les négociations – et dont il n'a pas nécessairement connaissance – seront effectivement couverts (5244). La possibilité de couvrir un risque putatif – c'est-à-dire un risque susceptible de s'être déjà réalisé mais à l'insu des parties – est expressément reconnue dans le domaine de l'assurance

(5240) Voy., en ce sens, R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, p. 168.

(5241) Voy. R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, p. 168.

(5242) Voy. U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 290.

(5243) U.H. SCHNEIDER, *o.c.*, *AcP*, 1975, p. 291 ; voy. ainsi, **en droit allemand**, les §§ 141, alinéa 2, et 159 du BGB, analysés *supra*, n^{os} 91 et 175.

(5244) Voy. à ce propos M. GEGOUT, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n^{os} 8 et s., pp. 296 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n^{os} 460 et s., pp. 478 et s. ; comp. *supra*, n^o 573, III.

maritime (5245). Les choses pourraient *a priori* paraître plus délicates dans le domaine du contrat d'assurance terrestre, dès lors que l'article 24 de la loi du 25 juin 1992 dispose que « [l]orsque, au moment de la conclusion du contrat, le risque n'existe pas ou s'est déjà réalisé, l'assurance est nulle ». La stipulation d'une prise de cours de l'assurance antérieure à sa date de conclusion apparaît cependant possible dès lors que, dans le domaine des assurances de responsabilité, le sinistre présente un caractère évolutif et ne peut être considéré comme étant pleinement accompli du seul fait de la commission du fait générateur. Par conséquent, une police pourrait valablement couvrir les faits générateurs, voire même les dommages survenus avant sa conclusion, pour autant du moins que la réclamation, l'action en justice de la victime voire le jugement se soient produits après ce moment (5246). Un autre angle d'attaque consiste à interpréter l'article 24 de la loi du 25 juin 1992 en ce sens que les termes « au moment de la conclusion du contrat » seraient entendus comme désignant plutôt la date d'entrée en vigueur du contrat, même si elle est antérieure à sa conclusion (5247). En toute hypothèse, la stipulation d'une date de prise d'effets antérieure à celle de la conclusion du contrat ne dispense évidemment pas le preneur de son obligation de déclarer à l'assureur toutes les circonstances pertinentes pour l'appréciation du risque dont il a connaissance (5248).

579. À l'égard des tiers. La rétroactivité conventionnelle peut également produire certains effets envers les tiers.

Il en va notamment ainsi lorsque cette rétroactivité, plutôt que de restreindre les droits des tiers, aboutit au contraire à étendre ceux-ci.

On peut ainsi imaginer l'hypothèse où un vendeur de mauvaise foi, après avoir concédé à un tiers des droits sur une chose déjà vendue antérieurement, convient finalement avec son acheteur d'effacer rétroactivement la vente. La rétroactivité permet en effet, dans ce cas, de consolider les droits du tiers qui, à défaut, les auraient acquis *a*

(5245) Voy. les articles 219 et 220 de la loi maritime et M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 234, p. 171.

(5246) Voy., en ce sens, M. FONTAINE, *o.c.*, n° 693, p. 443.

(5247) Voy. sur ce point les décisions en sens divers citées par D. WUYTS, « Art. 24 Wet Landverzekeringsovereenkomst », *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Antwerpen, Kluwer, 2009, point III, D.

(5248) Voy. Cass., 16 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 624.

non domino (5249). Il est vrai que pareille configuration relève sans doute du cas d'école.

En revanche, beaucoup plus important en pratique est le cas du contrat d'assurance de responsabilité auquel un effet rétroactif est reconnu de manière à couvrir des risques antérieurs à sa date de conclusion. Dès lors, les victimes bénéficieront d'une action directe contre l'assureur dont elles auraient été autrement dépourvues (5250).

D'autres cas sont encore envisageables où la rétroactivité affectera négativement la situation des tiers, pour autant du moins que l'accord des parties soit exempt de toute idée de fraude et qu'aucune règle protectrice des intérêts des tiers n'ait été méconnue.

Outre l'affaire tranchée par l'arrêt précité du 9 mai 2003 (5251), on peut penser au cas où le propriétaire d'un bâtiment en cède rétroactivement la propriété dans l'ignorance d'un dommage causé dans l'intervalle par sa ruine. Il nous semble que dans cette hypothèse, la victime n'aurait en principe de recours sur la base de l'article 1386 du Code civil que contre le cessionnaire de l'immeuble. La date à laquelle la cession est transcrite importe peu à cet égard dès lors que la victime n'est pas un tiers protégé au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (5252). Tout au plus pourrait-on s'interroger, en cas d'insolvabilité du cessionnaire, sur le point de savoir si cette opposabilité à la victime des effets externes de l'effet rétroactif, dès lors qu'elle s'avère imprévisible pour elle, n'entraîne pas des conséquences disproportionnées au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (5253).

(5249) Voy. M. GEGOUT, *o.c.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 6, pp. 292 et s.

(5250) *Comp. supra*, n° 573, III.

(5251) *Voy. supra*, n° 573, II.

(5252) *Voy. sur ce point* M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *o.c.*, n° 140, p. 47.

(5253) *Comp. avec le caractère imprévisible de la résolution pour inexécution*, *supra*, n°s 550 et s.



CHAPITRE III

ANALYSE CRITIQUE DES DROITS REMODELÉS

580. Fonctions de la rétroactivité conventionnelle. Notre thèse a consisté à démontrer que la rétroactivité, telle qu'elle est envisagée dans la théorie générale du contrat, est une notion à géométrie variable dont la signification exacte dépend de la fonction qu'elle exerce au service d'une institution donnée (5254). C'est ainsi, par exemple, que l'effet rétroactif de la nullité n'est pas celui de la résolution pour inexécution, parce que ces deux institutions ne tendent pas, avec la même intensité, à l'effacement de la situation juridique passée.

L'étude des droits remodelés, et en particulier de la rétroactivité conventionnelle, pourrait, de prime abord, paraître remettre en cause cette analyse. En effet, dans la présente partie, nous n'avons pas identifié de fonction particulière jouée par la rétroactivité. Au contraire, nous nous sommes attaché à rechercher les limites de celle-ci sur la base de contraintes extérieures (le respect des règles impératives et d'ordre public, la primauté du système de la publicité foncière, les limites de la force probante des actes envers les tiers, etc.), comme si, considérée en elle-même, la rétroactivité n'en connaissait aucune. D'une notion fonctionnelle, la rétroactivité serait-elle devenue, une fois passée dans le domaine des droits remodelés, une notion véritablement conceptuelle ?

Cette présentation du problème ne doit cependant pas tromper. Dans le domaine des droits remodelés également, la rétroactivité demeure bien une technique mise au service d'un objectif et conditionnée par sa fonction. La différence avec les droits inachevés et les droits effacés gît en ceci que *la fonction de la rétroactivité conventionnelle n'est pas donnée d'emblée : elle dépend entièrement de la volonté des parties*, ce qui se conçoit parfaitement si l'on veut bien garder à l'esprit qu'elle trouve précisément son

(5254) Voy. *supra*, n° 6.



fondement juridique premier dans le principe de l'autonomie de la volonté (5255).

Or, la volonté des parties est multiforme ; elle ne se laisse pas enfermer une bonne fois pour toutes dans un schéma précis. C'est pourquoi, même si, en donnant à leur accord un effet rétroactif, les parties paraissent traiter la rétroactivité comme une notion conceptuelle, c'est-à-dire comme une notion dont toutes les conséquences pourraient être déduites *in abstracto* de sa définition, il n'en demeure pas moins indispensable de rechercher, en toutes circonstances, quelle a été leur intention réelle en stipulant une telle clause (5256). Même voulue par les parties, la rétroactivité demeure donc bien une notion fonctionnelle, à laquelle il importe de ne pas faire produire des effets allant au-delà de son but.

581. Apports du principe constitutionnel d'égalité. Le principe constitutionnel d'égalité apparaît de prime abord peu susceptible de jouer un rôle important dans le façonnement des effets de la rétroactivité conventionnelle. Certes, celle-ci produit en principe des effets opposables aux tiers (5257), mais les limites qui leur sont apportées, et en particulier tant l'interdiction de la fraude aux droits des tiers que le régime de la publicité foncière (5258), sont de nature à éviter les abus les plus criants. Cela étant, on ne peut exclure que les vicissitudes de la pratique ou l'imagination des plaideurs ne finissent par mettre en évidence des conséquences discriminatoires d'un tel système. En ce cas, les articles 10 et 11 de la Constitution pourront toujours être mobilisés pour en corriger les imperfections (5259).

(5255) Voy. à ce propos *supra*, n° 571.

(5256) Voy. ainsi *supra*, n° 577.

(5257) Voy. *supra*, n° 572.

(5258) Voy. *supra*, n°s 574 et s.

(5259) Pour un exemple d'hypothèse problématique, voy. *supra*, n° 579.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

« Zum Schluß unsrer Studie bleibt noch eine letzte Fiktion, eine grundsätzliche Täuschung aufzulösen. Alle "Erklärungen", alle Psychologie, alle Versuche des Verstehens bedürfen ja der Hilfsmittel, der Theorien, der Mythologien, der Lügen ; und ein anständiger Autor sollte es nicht unterlassen, am Schluß einer Darstellung diese Lügen nach Möglichkeit aufzulösen » (5260).

— H. HESSE, *Der Steppenwolf*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999 (1^{re} éd. 1955), p. 68

582. Objet de la présente partie. À l'orée de notre recherche, nous avançons l'idée qu'il ne suffisait pas d'envisager la rétroactivité comme une notion conceptuelle, dont la signification serait fixée « en amont », de manière abstraite, par l'ordre juridique, et dont il suffirait ensuite de tirer toutes les conséquences dans les différentes institutions qui y ont recours (5261). Au contraire, nous avons choisi de défendre la thèse selon laquelle la rétroactivité ne peut se comprendre qu'en l'envisageant « depuis l'aval », c'est-à-dire en partant de cas particuliers où l'ordre juridique y fait appel en vue d'atteindre un objectif précis. La rétroactivité acquiert ainsi une dimension fonctionnelle, dans la mesure où la fonction qu'elle occupe en conditionne nécessairement les effets. Ce n'est que dans un second temps qu'il a été possible, en remontant le cours du fleuve – qui coule du général vers le particulier –, de construire une conception plus cohérente de la rétroactivité, et ce, avec l'aide privilégiée du principe constitutionnel d'égalité. Celui-ci apparaît comme un instrument opérationnel pour réaliser

(5260) Traduction libre : au terme de notre étude, il demeure encore une dernière fiction, une illusion fondamentale à dissiper. Toutes les « explications », toute psychologie, toute tentative de comprendre ont besoin d'outils, de théories, de mythologies, de mensonges ; et un auteur honnête ne devrait pas s'abstenir, à la fin d'un exposé, de dissiper ces mensonges dans la mesure du possible.

(5261) Voy. *supra*, n° 6.

les rapprochements souhaitables entre les différentes institutions dotées d'un effet rétroactif.

L'essentiel de notre étude a servi à vérifier notre thèse en droit positif belge. Il importe d'abord d'en synthétiser les enseignements (§ 1). Nous pourrions ensuite proposer quelques considérations théoriques sur la notion de rétroactivité, tout en nous efforçant de ne pas retomber dans le piège d'une approche conceptuelle (§ 2).

§ 1. – *Synthèse des résultats de la recherche*

583. Notions-clefs : rétroactivité et égalité. À titre préliminaire, nous avons tenté de cerner plus précisément la notion de rétroactivité. Avant d'envisager celle-ci dans une perspective fonctionnelle, nous nous sommes interrogé sur la définition que la rétroactivité reçoit dans une approche purement conceptuelle.

Nous avons constaté que cette notion est perçue par la doctrine, tantôt comme une simple image didactique dépourvue de conséquences juridiques propres, tantôt comme une fiction de portée limitée, tantôt encore comme une réalité juridique invitant à l'interprétation extensive. Ces différentes analyses, si elles permettent de mieux saisir la pensée des auteurs, ne suffisent pas à épuiser la question de la signification de l'effet rétroactif (5262). Nous avons ainsi proposé une double définition de la rétroactivité qui permet de mieux distinguer les situations où des effets juridiques sont véritablement reportés en arrière dans le temps (rétroactivité au sens strict) de celles où un résultat pratique identique est atteint, le cas échéant, par un autre procédé technique (rétroactivité au sens large) (5263).

Nous nous sommes ensuite penché sur le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et sur la manière dont il pourrait être appliqué pour infléchir les effets de la rétroactivité en droit des contrats. Après avoir retracé les étapes du raisonnement généralement suivi par la Cour constitutionnelle, nous avons examiné deux questions présentant une acuité particulière pour notre propos, à savoir la prétendue absence de portée matérielle

(5262) Voy. *supra*, n^{os} 46 et s.

(5263) Voy. *supra*, n^{os} 58 et s.

du principe d'égalité et les réticences du juge *a quo* à combler les lacunes de la loi mises au jour par la Cour (5264). Nous sommes ainsi arrivé à la conclusion qu'une décision de la Cour constitutionnelle exprimée en des termes suffisamment précis autorisait le juge *a quo* à corriger les éventuelles discriminations causées par l'effet rétroactif – ou, le cas échéant, les insuffisances de celui-ci – en droit des contrats.

Nous avons alors entamé l'étude des interactions entre la notion de rétroactivité et le principe constitutionnalité d'égalité à travers la théorie générale du contrat. Guidé par le souci de ne soumettre au principe constitutionnel d'égalité que des situations suffisamment comparables, nous avons dès lors réparti les différentes institutions concernées en trois grandes catégories, en fonction du rôle assigné à l'effet rétroactif : la perfection des « droits inachevés » (I), la disparition des « droits effacés » (II) et la plasticité des « droits remodelés » (III).

I. – Droits inachevés

584. Notion de « droits inachevés ». Par « droits inachevés », nous entendons les hypothèses où l'efficacité d'un acte juridique, encore incomplète lors de la formation de celui-ci, est consolidée par un événement ultérieur qui le met à l'abri de la critique. Plus précisément, notre examen a porté sur la confirmation des actes nuls, la ratification des actes sans pouvoir, la réalisation de la condition suspensive et la défaillance de la condition résolutoire.

585. Confirmation des actes nuls. L'effet rétroactif classiquement attribué à la confirmation s'est rapidement avéré illusoire. En effet, depuis l'avènement de la théorie moderne des nullités, l'acte nul, même de nullité absolue, sortit dès sa conclusion des effets identiques à l'acte valable, sous la seule réserve de son risque d'anéantissement rétroactif en cas d'exercice de l'action en nullité (5265). Puisque l'obligation produit déjà tous ses effets, sa confirmation ne change rien à la situation passée ; il est donc superflu de la qualifier de rétroactive (5266). Dès lors, le

(5264) Voy. *supra*, n^{os} 61 et s.

(5265) Voy. *supra*, n^o 89.

(5266) Voy. *supra*, n^o 95.

principe de la protection des droits acquis des tiers, énoncé par l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, ne constitue pas, comme on l'enseigne généralement, une exception à la rétroactivité de la confirmation, mais plutôt l'expression du caractère relatif de cet acte qui, comme toute renonciation, ne peut éteindre un droit que dans le patrimoine de son auteur (5267).

586. Ratification des actes accomplis sans pouvoir. La ratification s'est avérée être un terrain fertile pour notre réflexion, en raison à la fois des contours parfois difficiles à tracer de son régime et de la coexistence de règles apparemment contradictoires – ou au moins concurrentes – en droit positif.

Ainsi, on ne peut se contenter d'affirmer que la ratification équivaldrait à un mandat donné *a priori* et qu'elle devrait dès lors rétroagir, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits acquis des tiers. En effet, le fondement avancé est apparu comme insuffisant, dès lors qu'il fait une part trop importante à la volonté du représenté dans le mécanisme de la représentation. Mieux vaut admettre que l'effet rétroactif de la ratification se justifie par le souci de respecter la volonté exprimée par le tiers ayant consenti à traiter avec le représentant sans pouvoir (5268).

Par ailleurs, un examen serré de la jurisprudence de la Cour de cassation a permis de cerner l'existence de plusieurs catégories de tiers et de préciser la notion de droit acquis. On distingue ainsi (i) le tiers qui consent à traiter avec le représentant et doit dès lors subir intégralement l'effet rétroactif de la ratification ; (ii) le véritable tiers, qui peut opposer à celle-ci la protection de ses droits acquis ; (iii) et le tiers, à la fois cocontractant du représenté et destinataire d'un acte unilatéral émis par le représentant, tel un congé, qui jouit à notre sens de la même protection (5269). Ajoutons encore que ces principes doivent parfois se combiner avec des règles spécifiques à la matière envisagée, en particulier dans le domaine du droit du travail (5270).

Pour le reste, ce tableau de la rétroactivité de la ratification serait incomplet si l'on omettait de signaler le régime prétorien

(5267) Voy. *supra*, n° 108.

(5268) Voy. *supra*, n°s 145 et s.

(5269) Voy. *supra*, n°s 151 et s.

(5270) Voy. *supra*, n° 161.

du mandat incontesté, issu d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 1964. Celui-ci fait défense au tiers qui a contracté avec le représentant de contester ultérieurement ses pouvoirs. Il n'autorise le tiers, destinataire d'un acte unilatéral adressé par le représentant, à soulever l'excès de pouvoir commis par ce dernier qu'à la condition de réagir dans un délai raisonnable (5271). En diminuant drastiquement les hypothèses où un excès de pouvoir peut être invoqué par le tiers, cette jurisprudence aboutit au même résultat que si une ratification était intervenue, tout en empêchant le tiers de faire jouer la protection de ses droits acquis. On peut dès lors y voir une forme d'effet rétroactif au sens large (5272).

587. Réalisation de la condition suspensive et défaillance de la condition résolutoire. Le mécanisme de la condition retient pour sa part depuis longtemps l'attention de la doctrine. L'obligation conclue sous condition suspensive n'est pas dénuée d'existence ; valablement formée, elle voit certes ses effets principaux suspendus, mais constitue d'ores et déjà à la fois une valeur patrimoniale à la conservation de laquelle le créancier conditionnel peut veiller et une obligation que le débiteur conditionnel se doit de respecter de bonne foi (5273).

L'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive découle de l'article 1179 du Code civil, formulé dans les termes les plus larges. En dépit de ceux-ci, doctrine et jurisprudence l'ont cependant maintenu dans des limites très étroites. Entre parties, les exceptions à la rétroactivité admises en matière d'exigibilité de l'obligation, de prise de cours des délais impératifs, de perception des fruits et de charge des risques sont tellement nombreuses que l'effet rétroactif de la condition se trouve réduit à néant (5274). Cette exclusion de la rétroactivité dans les rapports entre parties nous a paru pouvoir être expliquée par la figure, empruntée au droit allemand, de la « réduction téléologique » (5275). Cette méthode d'interprétation consiste à limiter les effets d'une norme de manière à ce qu'ils n'excèdent pas le but de celle-ci.

(5271) Voy. *supra*, n^{os} 126 et s.

(5272) Voy. *supra*, n^o 138.

(5273) Voy. *supra*, n^{os} 169 et s.

(5274) Voy. *supra*, n^{os} 182 et s.

(5275) Voy. *supra*, n^o 181.

En réalité, la rétroactivité de la condition suspensive ne se justifie que dans les rapports avec les tiers, où elle est alors dictée par le souci de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur au mépris de ses engagements (5276). La pratique, encouragée par la doctrine et la jurisprudence, a cependant été au-delà de ce but premier en tirant parti de l'effet rétroactif du transfert de propriété pour mettre au point des mécanismes préférentiels visant à prémunir le créancier conditionnel contre une situation de concours sur le patrimoine de son débiteur (5277).

Quant à la défaillance de la condition résolutoire, elle a ceci de commun avec la confirmation qu'elle se borne à mettre, pour l'avenir, une obligation qui produisait déjà tous ses effets à l'abri d'un risque d'anéantissement rétroactif (5278). Nous avons dès lors repoussé, à son propos, toute idée de rétroactivité au sens technique du terme.

588. Caractère fonctionnel de la rétroactivité. Ce tour d'horizon des « droits inachevés » a permis de confirmer le caractère à la fois variable et adaptable de la rétroactivité (5279).

Dans le domaine de la confirmation et de la défaillance de la condition résolutoire, la rétroactivité n'est qu'une image didactique utilisée pour faire mieux saisir la portée de règles préexistantes mais qui est dépourvue, en soi, de toute portée technique.

À l'inverse, dans le domaine de la ratification et de la réalisation de la condition suspensive, la rétroactivité est dotée d'effets juridiques propres. Ceux-ci sont toutefois taillés sur mesure en fonction des objectifs pour lesquels elle a été instituée. Ainsi, dans le cadre de la ratification, la rétroactivité vise à donner son plein effet à l'accord négocié entre le représentant et le tiers contractant. Dès lors, afin de respecter les termes de cet accord, celui-ci doit entrer en vigueur au moment où ce tiers contractant a émis la volonté de s'engager, et non à la date ultérieure à laquelle le représenté se décide à ratifier, date sur laquelle ce tiers n'a aucune prise. La jurisprudence a toutefois estimé que ce souci de protéger

(5276) Voy. *supra*, n^{os} 193 et s.

(5277) Voy. *supra*, n^{os} 195 et s.

(5278) Voy. *supra*, n^{os} 206 et s.

(5279) Voy. *supra*, n^o 210.

le tiers contractant, qui a volontairement traité avec un représentant sans pouvoir, n'implique pas de soumettre aux conséquences de l'effet rétroactif les véritables tiers, lesquels pourront donc lui opposer leurs droits acquis. En revanche, en cas de réalisation de la condition suspensive, la logique de la rétroactivité est tout autre. L'objectif est en effet ici de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition conclus par le débiteur avec des tiers. Pour atteindre son but, la rétroactivité doit donc nécessairement porter atteinte aux droits acquis de ces tiers, mais elle se trouve à l'inverse dépourvue de toute justification dans les rapports entre parties.

L'examen de ces différentes institutions a donc montré qu'en droit positif, la rétroactivité n'est pas une formule toute faite de valeur invariante, mais que sa portée est au contraire indissociable du contexte dans lequel elle est utilisée.

589. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité. Sur la base de ces analyses, nous avons enfin voulu mettre à l'épreuve le principe constitutionnel d'égalité en examinant dans quelle mesure la différence de traitement des tiers – dont les droits acquis sont protégés en cas de ratification mais en revanche menacés par l'avènement de la condition suspensive – est susceptible de justification objective et raisonnable (5280).

Nous avons abouti à la conclusion que tel est bien le cas en ce qui concerne, à tout le moins, l'hypothèse où le tiers tient ses droits d'une convention passée au mépris des engagements pris antérieurement, selon le cas, sous condition ou par un représentant sans pouvoir. En effet, l'effet rétroactif de la condition ne porte en pratique atteinte aux droits acquis de ce tiers que s'il s'est avéré négligent ou de mauvaise foi, ce qui suffit à justifier la différence de traitement par rapport à l'hypothèse d'une ratification. Dans les autres hypothèses, à de rares exceptions près, ratification et condition suspensive aboutissent à des solutions identiques à l'égard de ce tiers, dont les droits échappent à l'emprise de l'effet rétroactif (5281).

(5280) Voy. *supra*, n^{os} 211 et s.

(5281) Voy. *supra*, n^o 216.

Plus délicate, en revanche, est l'utilisation qui est faite de l'effet rétroactif de la condition en vue de réserver au créancier conditionnel une situation préférentielle en cas d'insolvabilité de son débiteur (5282). Sans doute cette utilisation répond-elle à un certain besoin de la pratique et s'inscrit-elle dans une évolution appelée de ses vœux par une fraction importante de la doctrine. Toutefois, si l'on s'inscrit dans une approche fonctionnelle – comme le veut la loi du 11 juillet 2013 réformant le droit des sûretés réelles mobilières –, il n'apparaît pas justifiable que le créancier conditionnel se voie reconnaître une protection supérieure à celle dont jouit le bénéficiaire d'une sûreté traditionnelle, telle qu'un gage ou une hypothèque. Aussi l'utilisation de l'effet rétroactif de la condition à des fins de sûretés ne nous paraît-elle admissible que pour autant que la condition ait été révélée aux tiers par le biais d'une mesure de publicité adéquate (transcription dans le registre de la conservation des hypothèques, dépossession ou enregistrement dans le registre des gages) (5283).

Plus largement, l'examen de cette question a servi d'illustration aux virtualités que recèle l'application du principe constitutionnel d'égalité dans le domaine du droit privé en général et de la rétroactivité en particulier.

II. – Droits effacés

590. Notion de « droits effacés ». Une part substantielle de notre étude a été consacrée à l'étude des « droits effacés ». Nous visons par là les cas où le droit s'efforce de faire disparaître les conséquences d'une situation juridique considérée comme indésirable. En nous concentrant sur le domaine de la théorie générale du contrat, nous avons ainsi passé en revue l'effet rétroactif attribué à l'annulation des actes juridiques illégaux, à la résolution des contrats synallagmatiques en raison de leur inexécution, à la réalisation de la condition résolutoire et enfin à la défaillance de la condition suspensive.

591. Nullité des actes illicites. Au-delà même de son effet rétroactif, la nullité peut être vue comme une notion qui, envisagée

(5282) Voy. *supra*, n^{os} 217 et s.

(5283) Voy. *supra*, n^o 223.

à l'époque classique dans une perspective essentiellement conceptuelle (la nullité étant l'état objectif d'un acte auquel une condition de validité fait défaut), est devenue dans la théorie moderne une notion à caractère fonctionnel (la méconnaissance d'une norme appelant, de la part de l'ordre juridique, une réaction à la fois adaptée et proportionnée à l'objectif de rétablissement de la légalité) (5284). Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que la rétroactivité, perçue à l'origine comme un attribut purement logique de la nullité, représente plutôt désormais une forme de renforcement de la sanction (5285).

Ainsi conçu, l'effet rétroactif de la nullité se prête à toutes les modulations. Dans les rapports entre parties, elle impose certes, en principe, à chacune d'elles de restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat nul (5286). Mais l'objectif du rétablissement de la légalité ne l'emporte pas nécessairement sur toutes les autres considérations.

Il en va spécialement ainsi lorsqu'il entre, sur des points d'importance secondaire, en conflit avec les exigences de la sécurité juridique. Citons en ce sens les exemples du possesseur de bonne foi dispensé de restituer les fruits (5287) ou de l'acquéreur de la chose qui continuera en principe à en supporter les risques (5288), nonobstant l'annulation du contrat. En revanche, lorsqu'il est question des effets principaux de la nullité, le principe de légalité l'emportera en règle sur le respect des attentes légitimes. C'est ainsi que l'effet rétroactif imposera aux parties à un contrat successif de se restituer, le cas échéant en valeur, les prestations dont elles ont bénéficié (5289) et que, dans les rapports avec les tiers, le principe demeure celui de l'inefficacité des transferts de propriété opérés en exécution d'un contrat nul (5290).

Le respect de la sécurité juridique ne constitue pas la seule valeur avec laquelle le principe de légalité peut se trouver en conflit. L'effet rétroactif de la nullité peut également se trouver tempéré par un souci de protection d'une partie faible (restitutions

(5284) Voy. *supra*, n° 240.

(5285) Voy. *supra*, n° 241.

(5286) Voy. *supra*, n°s 243 et s.

(5287) Voy. *supra*, n° 257.

(5288) Voy. *supra*, n° 267.

(5289) Voy. *supra*, n° 262.

(5290) Voy. *supra*, n° 294.

dues par les incapables (5291)), par des considérations impérieuses d'intérêt général (fondement de la règle *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (5292), dont la compatibilité avec le principe de légalité applicable en matière pénale a cependant été mise en doute (5293)) ou encore, dans certaines limites, par le principe de l'autonomie de la volonté (figures de la nullité partielle, de la réduction et de la conversion des actes nuls (5294)). À l'inverse, par l'effet de ce dernier principe ainsi que celui de la caducité, la nullité d'un contrat peut se propager à d'autres actes qui lui sont liés par l'objet ou par la cause (5295).

592. Résolution des contrats synallagmatiques pour cause d'inexécution. C'est une autre logique qui préside à la définition de l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution (5296). Tout comme la nullité, celle-ci constitue une sanction instituée par le droit positif dont la rétroactivité vient renforcer l'efficacité. L'objectif poursuivi est cependant différent. Plutôt que de tendre au rétablissement de la légalité, la résolution vise uniquement à restaurer l'équilibre rompu par l'exécution asymétrique d'un contrat en soi valable. Dès lors que l'accord de volonté ne forme pas l'objet des critiques, on conçoit que l'effet rétroactif de la résolution puisse être moins étendu que celui de la nullité : il ne s'agit pas, en effet, d'effacer l'ensemble des conséquences du contrat, mais seulement le déséquilibre de son exécution.

L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution est similaire à celui de la nullité en ce qui concerne le maintien du droit aux fruits (5297), l'application de la théorie des risques (5298), les conséquences sur les actes de disposition et d'administration accomplis dans l'intervalle (5299) ou encore la survie d'une partie de l'acte résolu (5300). Il en va autrement dans le domaine des contrats successifs, où la jurisprudence limite les effets de la

(5291) Voy. *supra*, n^{os} 287 et s.

(5292) Voy. *supra*, n^{os} 278 et s.

(5293) Voy. *supra*, n^o 283.

(5294) Voy. *supra*, n^{os} 306 et s.

(5295) Voy. *supra*, n^{os} 325 et s.

(5296) Voy. *supra*, n^{os} 374 et s.

(5297) Voy. *supra*, n^o 425.

(5298) Voy. *supra*, n^o 447.

(5299) Voy. *supra*, n^{os} 463 et s.

(5300) Voy. *supra*, n^{os} 478 et s.

résolution à l'avenir (5301). La différence se fait également sentir en ce qui concerne les dommages et intérêts complémentaires aux restitutions : en cas de nullité, ceux-ci visent en principe à replacer les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (réparation de l'intérêt négatif) (5302) ; en cas de résolution pour inexécution par contre, cette indemnité tend à faire comme si le contrat avait été correctement exécuté (réparation de l'intérêt positif) (5303), ce qui aboutit à nuancer fortement l'application des règles relatives à l'étendue des restitutions.

593. Réalisation de la condition résolutoire et défaillance de la condition suspensive. Envisagée dans le domaine de la condition, la rétroactivité des « droits effacés » produit des effets encore moins étendus que dans le cadre de la nullité et de la résolution pour inexécution.

Ainsi, la réalisation de la condition résolutoire constitue, à bien des égards, le miroir de la réalisation de la condition suspensive : si la loi lui reconnaît un effet rétroactif, c'est essentiellement en vue de protéger le débiteur conditionnel (tel le vendeur à réméré) contre les actes de disposition que son cocontractant pourraient accomplir à son préjudice *pendente condicione*. L'effet rétroactif de la condition résolution se déploie donc essentiellement dans les rapports avec les tiers (5304).

Enfin, la défaillance de la condition suspensive se trouve en principe dépourvue de tout effet rétroactif. On le comprend aisément si l'on se souvient que la condition suspensive a pour effet de suspendre l'exigibilité de l'obligation jusqu'à la survenance de l'événement dont elle dépend. Lorsque la condition vient à défaillir, cette perspective se trouve définitivement écartée. Comme auparavant, l'obligation continue donc à ne produire aucun effet, sans qu'il apparaisse nécessaire de voir dans cette situation l'expression d'une forme de rétroactivité : celle-ci constitue tout au plus, dans ce contexte, une image didactique (5305).

(5301) Voy. *supra*, n^{os} 428 et s.

(5302) Voy. *supra*, n^o 344.

(5303) Voy. *supra*, n^{os} 393 et s.

(5304) Voy. *supra*, n^{os} 498 et s.

(5305) Voy. *supra*, n^o 529.

594. Caractère fonctionnel de la rétroactivité. Des développements qui précèdent, il ressort que, tout comme dans le domaine des « droits inachevés », la rétroactivité des « droits effacés » obéit à une logique fonctionnelle (5306). En effet, le point commun entre les différentes institutions examinées ne doit pas être recherché dans une définition abstraite et invariante de l'effet rétroactif. Au contraire, celui-ci présente des variations extrêmement importantes en fonction du but et du contexte dans lequel il est utilisé : effets d'une amplitude maximale lorsqu'il vise, dans l'intérêt général, à réparer l'atteinte portée à la loi blessée ; effets d'une ampleur déjà moindre quand il ne s'agit plus, dans l'intérêt privé du créancier lésé, que de rétablir l'équilibre synallagmatique rompu par l'inexécution du débiteur ; effets limités aux rapports avec les tiers lorsqu'il est question de protéger le débiteur sous condition résolutoire contre une catégorie bien précise d'actes, accomplis au préjudice de ses droits par le créancier conditionnel ; enfin, absence de tout effet juridique autonome et simple image didactique dans le cadre de la défaillance de la condition suspensive.

Entre les extrêmes de cette palette, quelle unité la notion de rétroactivité conserve-t-elle encore, si ce n'est l'aptitude à s'adapter en chaque circonstance à la fonction qui est la sienne ?

595. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité. Tout comme dans le domaine des « droits inachevés », nous avons également confronté au principe constitutionnel d'égalité la question de l'étendue de l'effet rétroactif dans les rapports avec les tiers (5307). Cet examen a donné lieu à des résultats contrastés.

Dans le domaine de la nullité, nous avons abouti à la conclusion que l'opposabilité de l'effet rétroactif n'apparaît pas en soi critiquable (5308). Certes, celui-ci peut, spécialement en matière immobilière, s'avérer imprévisible pour les tiers, le système belge de la publicité foncière n'ayant pas pour effet de purger les actes transcrits de leurs vices. Mais l'atteinte ainsi portée aux attentes légitimes des tiers au nom de l'intérêt général nous a paru conforme à l'équilibre généralement trouvé dans l'ordre juridique belge entre

(5306) Voy. *supra*, n° 535.

(5307) Voy. *supra*, n°s 542 et s.

(5308) Voy. *supra*, n°s 545 et s.

les exigences du principe de légalité et celles de la sécurité juridique.

Le même constat, en revanche, ne peut être dressé en ce qui concerne la résolution pour inexécution (5309). Dans ce cas, en effet, la lecture des travaux préparatoires tant du Code civil que de la loi hypothécaire a montré que le législateur était soucieux de faire en sorte que l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution ne s'avère pas imprévisible pour les tiers. Les moyens mis en œuvre par le législateur ne sont cependant pas à la hauteur des objectifs annoncés. Dans cette mesure, il nous a paru possible d'identifier une atteinte au principe constitutionnel d'égalité qui ne peut être réparée qu'en écartant l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution dans les rapports avec les tiers de bonne foi, toutes les fois que ceux-ci ne disposent pas d'une voie alternative raisonnable pour protéger leurs droits.

Enfin, l'analyse de l'effet rétroactif de la condition résolutoire nous a conduit à formuler une conclusion en demi-teinte (5310). À l'égard des tiers s'étant vu conférer un droit réel sur la chose acquise sous condition résolutoire, l'effet rétroactif de celle-ci ne nous a pas paru critiquable, dès lors que ces tiers ont pu être avertis de la précarité de leurs droits par le registre de la conservation des hypothèques. À l'égard, en revanche, des créanciers de l'acquéreur sous condition résolutoire, la situation apparaît plus délicate dès lors que l'effet rétroactif aboutit à conférer au vendeur sous condition résolutoire un traitement préférable dans le concours des droits. Tout comme pour la condition suspensive, l'effet rétroactif de la condition résolutoire utilisé à des fins de sûretés ne nous paraît admissible que pour autant que la condition ait été révélée aux tiers par le biais d'une mesure de publicité adéquate.

III. – Droits remodelés

596. Consécration de la rétroactivité conventionnelle.

Dans une troisième et dernière partie, nous nous sommes intéressés au phénomène de la rétroactivité conventionnelle, à savoir la

(5309) Voy. *supra*, n^{os} 550 et s.

(5310) Voy. *supra*, n^o 557.

possibilité pour les parties à un contrat de conférer spontanément à leur accord un effet rétroactif.

Nous avons analysé plusieurs institutions où les parties se voient déjà reconnaître le pouvoir de modaliser l'effet rétroactif prévu par la loi (en particulier dans le domaine de la condition) (5311) et d'autres où la volonté des parties constitue le déclencheur d'effets rétroactifs (nullité et résolution amiables, *mutuus dissensus* et antidate) (5312). Nous sommes arrivés à la conclusion que le droit positif reconnaît effectivement la possibilité de la rétroactivité conventionnelle. Celle-ci se fonde sur le principe de l'autonomie de la volonté et, dans ses rapports avec les tiers, sur une application bien comprise du principe de l'opposabilité des effets externes des conventions (5313). La liberté reconnue aux parties n'est toutefois pas illimitée ; nous nous sommes dès lors attachés à identifier les contraintes dans lesquelles la rétroactivité conventionnelle se trouve enserrée (5314).

A leur manière, les « droits remodelés » ont aussi confirmé le caractère fonctionnel de la rétroactivité (5315). Sa signification se trouve également définie par sa fonction plutôt que par une définition abstraite donnée *a priori*. Cependant, à la différence des « droits inachevés » ou des « droits effacés », cette fonction est cette fois entièrement fixée par la volonté des parties, qui constitue le fondement même de la rétroactivité conventionnelle.

Enfin, l'influence du principe constitutionnel d'égalité dans ce domaine nous a paru plus modeste bien qu'elle ne soit pas inévitable (5316).

§ 2. – *Réflexions sur la figure de la rétroactivité*

597. Inconvénients de la rétroactivité conceptuelle. Au cours de notre étude, nous nous sommes efforcés de démontrer qu'une approche fonctionnelle de la notion de rétroactivité constitue la meilleure interprétation possible du droit positif, à la fois

(5311) Voy. *supra*, n^{os} 561 et s.

(5312) Voy. *supra*, n^{os} 564 et s.

(5313) Voy. *supra*, n^{os} 571 et s.

(5314) Voy. *supra*, n^{os} 574 et s.

(5315) Voy. *supra*, n^o 580.

(5316) Voy. *supra*, n^o 581.

la plus cohérente et la plus équitable (5317). Force est cependant de reconnaître qu'une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence continue à s'en tenir à une perspective plus conceptuelle, en recherchant la portée de la rétroactivité dans un examen de sa « nature » ou de son « essence », définies en des termes abstraits. Aussi ne paraît-il pas inutile d'indiquer, dans une perspective transversale, les principaux inconvénients d'une telle démarche que notre recherche a permis d'identifier. Ceux-ci sont au nombre de trois.

I. Le premier inconvénient de la rétroactivité définie en termes conceptuels est qu'elle se révèle souvent *ambiguë*, en ce sens qu'elle s'avère généralement insuffisante pour déterminer les conséquences juridiques précises d'un acte ou d'un fait juridique (5318). Loin de permettre de résoudre le problème, la rétroactivité conceptuelle contribue donc à l'obscurcir.

Nous en avons vu une première illustration en abordant la question de savoir si l'acheteur de mauvaise foi est tenu, en cas d'annulation du contrat de vente, d'une *indemnité représentant la jouissance de la chose* dont il a bénéficié (5319). La Cour de cassation de France a en effet donné une réponse négative à cette question « en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente ». La doctrine française a cependant souligné toute la faiblesse de cette justification, en montrant que la seule référence à l'effet rétroactif de l'annulation ne suffit pas, en soi, à trancher le problème. En effet, si la rétroactivité impose de défaire ce qui a été fait, on peut certes considérer, d'une part, que le vendeur ne s'est jamais engagé à fournir à l'acheteur la jouissance de la chose (mais seulement sa propriété), de sorte que, réciproquement, celui-ci ne pourrait être tenu de la restituer. Il s'agirait donc uniquement d'effacer les conséquences juridiques que l'acte a produites. Mais, d'autre part, défaire ce qui a été fait peut également se comprendre dans le sens de replacer les parties dans la même situation de fait que si le contrat nul n'avait jamais été conclu. Dans cette seconde perspective, il faudrait dès lors indemniser le vendeur pour la jouissance de la chose, puisqu'il en aurait bénéficié s'il ne l'avait

(5317) Sur le choix de la meilleure interprétation, voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

(5318) Voy. ainsi, F. GLANSBORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n^o 39, p. 105 (pour qui la rétroactivité « est à double sens et permet, en forçant le trait sans doute, de dire tout et son contraire ») ; à propos de l'idée de remise en état, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n^{os} 891 et s., pp. 644 et s. ; à propos de la charge de la vétusté et de l'obsolescence de la chose à restituer, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 251.

(5319) Voy. *supra*, n^o 259.

pas vendue. On voit qu'une définition abstraite de la rétroactivité est impuissante à dicter un choix entre ces deux solutions *a priori* également soutenables.

La même ambiguïté est perceptible dans le traitement de la *théorie des risques* en cas d'annulation du contrat (5320). Deux systèmes opposés ont en effet pu être défendus au nom de l'effet rétroactif de la nullité : versement au créancier de la restitution d'une indemnité compensatoire de la valeur de la chose perdue *casu* ; ou, au contraire, libération du débiteur de la restitution avec maintien intégral de l'obligation du créancier de restituer le prix de la chose. Au demeurant, si l'on cherchait vraiment à faire comme si le contrat nul n'avait jamais été conclu, une troisième solution serait encore possible. En fait, la reconstitution du passé n'impliquerait-elle pas d'envisager la possibilité que le vendeur ait eu le temps de vendre la chose dans l'intervalle à un autre acheteur, ce qui lui aurait permis de faire peser les risques sur un tiers ? En outre, dans l'attente de la revente de la chose, n'aurait-il pas souscrit une assurance pour couvrir le risque de sa perte accidentelle ? Comme on le voit, une définition abstraite de l'effet rétroactif – faire comme si le contrat nul n'avait pas été conclu – ne suffit pas à choisir entre ces différentes options.

Cette observation ne doit pas surprendre. Depuis longtemps, en effet, l'argument fondé sur la « nature » ou sur « l'essence » d'un concept juridique (en l'occurrence, la rétroactivité) a été dénoncé comme étant un « crypto-argument », c'est-à-dire un argument utilisé pour en dissimuler d'autres, qui permettent seuls de comprendre la solution retenue (5321). L'approche fonctionnelle vise au contraire à replacer ces intérêts sous-jacents au coeur du débat afin de permettre la discussion argumentée la plus transparente et la plus convaincante possible (5322).

II. Ensuite, le principal problème de la rétroactivité conceptuelle est qu'elle entraîne souvent des conséquences *excessives*, jugées indésirables.

On se souvient, à cet égard, que même les auteurs qui voient dans l'effet rétroactif de la condition suspensive une réalité juridique monolithique n'ont pas osé aller jusqu'au bout de leur logique, considérant par exemple que le débiteur conditionnel serait tenu de verser au

(5320) Voy. *supra*, n^{os} 266 et s.

(5321) Voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 7, V, p. 73 ; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n^o 891, p. 645.

(5322) Sur cette approche argumentative, voy. *supra*, n^{os} 20 et s.

créancier une indemnité pour la jouissance de la chose dont il a bénéficié *pendente condicione* (5323).

De manière plus générale, les très nombreuses exceptions élaborées par la doctrine et la jurisprudence au régime de la rétroactivité (sort des fruits, des contrats successifs, des actes d'administration, théorie des risques, nullité partielle, etc.) ont été rendues nécessaires pour contrecarrer les conséquences parfois extrêmes qu'une approche abstraite de celle-ci menaçait d'engendrer. Or, nous avons vu qu'une conception fonctionnelle de l'effet rétroactif – qui s'interroge sur les motifs pour lesquels celui-ci a été institué – s'interdit de lui prêter des conséquences allant au-delà de son but. Elle permet souvent de réintégrer ces « exceptions » dans une interprétation bien comprise de la rétroactivité.

À nouveau, cette dérive de l'approche conceptuelle n'a rien de neuf. On sait en effet depuis longtemps – même si on l'oublie tout aussi facilement – que les concepts ont la fâcheuse tendance à développer une dynamique propre et, ainsi, à générer des effets allant bien au-delà des motifs pour lesquels on les a introduits (5324).

III. Enfin, dans les cas les plus extrêmes, une approche rigide de la rétroactivité entraîne parfois des conséquences *paradoxales*, c'est-à-dire logiquement contradictoires.

Ainsi, on a déjà cité cette décision qui, dans le cas d'un bail à ferme où le preneur avait cédé son droit de préemption en convenant avec le cessionnaire de mettre fin au bail sous la condition suspensive de l'acquisition de ce bien par le cessionnaire, considère qu'à la suite de l'exercice du droit de préemption, le bail a pris rétroactivement fin, en sorte qu'il n'existait aucun droit de préemption à céder ! (5325)

De même, nous avons critiqué cet arrêt de la Cour de cassation de France ayant décidé que l'action en résolution pour inexécution introduite par une partie avait pour effet de faire disparaître le contrat, en ce compris la clause résolutoire expresse sur laquelle s'était fondée l'autre partie pour résoudre antérieurement le même contrat (5326). En prenant ainsi la rétroactivité au pied de la lettre et en refusant d'admettre que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse justifier certaines limites au principe, comme la survie de clauses séparables dans l'intention des parties (telle la clause résolutoire expresse), la haute

(5323) Voy. *supra*, n° 178.

(5324) Voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 71, IV, pp. 71 et s.

(5325) Voy. *supra*, n° 178.

(5326) Voy. *supra*, n° 355.

juridiction s'enferme dans un cercle vicieux. Poussée jusqu'à son comble, cette approche devrait en effet conduire à priver les clauses résolutoires expresses de toute efficacité : car, une fois le contrat résolu sur cette base, se trouverait rétroactivement anéantie la clause même qui a permis cette résolution (5327).

Une approche fonctionnelle, au contraire, ne s'expose à aucune de ces critiques. Ne devant pas s'en tenir à une définition abstraite de la rétroactivité, elle peut rechercher, sur la base des objectifs poursuivis par le recours à cette technique et des intérêts en présence, la manière de lever les ambiguïtés relevées. Elle peut aussi tempérer les conséquences de l'effet rétroactif jugées excessives par le procédé de la réduction téléologique (5328). Enfin, elle refuse de s'engager dans des raisonnements paradoxaux où la logique juridique perd tout contact avec la vie pratique.

598. Rétroactivité et causalité. En dépit des inconvénients relevés, il est à craindre que doctrine et jurisprudence se laissent encore longtemps séduire par une approche conceptuelle de la rétroactivité, en prêtant à celle-ci des effets allant au-delà du but pour lequel elle a été instituée. Nous avons à cet égard observé à plusieurs reprises l'attraction que l'idée de rétroactivité pouvait exercer sur les esprits (5329). Tout se passe comme si, en effet, dès qu'on admet que tel événement est réputé s'être produit dans le passé, on se sentait soudain contraint d'en tirer toutes les conséquences, même les plus absurdes ou les plus indésirables, celles-ci étant perçues comme inéluctables.

C'est à cette idée d'inéluctabilité que nous voudrions nous attaquer.

À cet égard, il faut prendre conscience qu'en soi, la modification du passé n'est pas, véritablement, problématique. Ce qui suscite en réalité des difficultés, c'est la circonstance que l'acte ou le fait rétroactif constitue en même temps la *cause* d'autres actes

(5327) Voy. *supra*, n° 52. De la même manière, une application aveugle de l'effet rétroactif conduirait à rendre impossible la résolution judiciaire, puisqu'il aboutirait à effacer l'inexécution contractuelle qui l'a justifiée (T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, o.c., n° 706, p. 506).

(5328) Sur cette méthode d'interprétation, voy. *supra*, n° 42.

(5329) Voy., par exemple, à propos de la condition suspensive, *supra*, n° 181.

ou de faits déjà accomplis, qui se trouveraient de la sorte affectés par répercussion (5330).

Prenons par exemple le cas de l'annulation d'un contrat déjà exécuté. Dire que le contrat est réputé n'avoir jamais été conclu n'implique, en soi, aucune perturbation majeure de l'ordre juridique : que le contrat ait été annulé hier ou aujourd'hui, la situation revient au même pour les parties, l'essentiel étant qu'elles ne puissent plus désormais s'en prévaloir (5331). En réalité, la rétroactivité n'acquiert tout son sens – et tout son potentiel perturbateur – que lorsqu'on envisage les actes et les faits accomplis au cours de la période intermédiaire, qui trouvaient leur cause dans le contrat annulé : il faudra en effet s'interroger sur le sort des fruits perçus, la restitution des prestations successives, la cession à un tiers des droits réels transférés par ce contrat, etc.

Ainsi, on voit que le caractère inéluctable attribué – à tort – à la rétroactivité trouve son origine, non seulement dans la conception que l'on se fait de celle-ci, mais encore dans une certaine vision du fonctionnement de la causalité dans le domaine du droit. On semble en effet partir du principe que, privé depuis l'origine de sa cause, un acte ou un fait n'a pas pu se produire et qu'inversement, l'introduction dans la chaîne des événements d'une cause nouvelle aurait nécessairement entraîné des conséquences différentes. Or, cette conception rigide et mécanique de la causalité s'expose aux mêmes critiques que l'approche conceptuelle de la rétroactivité.

À cet égard, il est aisé de montrer que, dans le domaine juridique, la causalité se prête à des appréciations beaucoup plus nuancées qu'on pourrait intuitivement le penser (5332).

Certes, dans le domaine du *droit de la responsabilité*, on connaît l'attachement de notre Cour de cassation à la théorie de l'équivalence des conditions (5333), qui apparaît comme l'illustration par excellence du caractère mécanique de la causalité. En effet, pour décider si la faute a ou non causé le dommage, il suffit de faire abstraction de cette faute et de vérifier si le dommage se serait néanmoins produit

(5330) Sur ce lien entre rétroactivité et causalité, voy. également S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n° 10, p. 26.

(5331) Comp. avec l'analyse de la rétroactivité en terme d'effets immédiats, *supra*, n° 55.

(5332) Dans les domaines scientifique et philosophique également, la conception déterministe du monde est actuellement battue en brèche : voy. not. C. HITCHCOCK, « Probabilistic Causation », *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 edition), <http://plato.stanford.edu/>, et les références citées.

(5333) Voy. *supra*, n° 344.

de la même manière. Nous avons vu, cependant, que cette façon de raisonner aboutissait à des résultats insatisfaisants dans l'hypothèse d'une responsabilité cumulative, c'est-à-dire dans le cas où deux fautes constituent chacune une cause suffisante, mais non nécessaire, du dommage (5334). Plus fondamentalement, il faut être conscient que la position adoptée en droit belge apparaît tout à fait isolée en droit comparé, où on admet généralement qu'en l'absence de tout correctif, la théorie de l'équivalence des conditions, appliquée à la lettre, aboutirait à étendre indûment le champ de la responsabilité (5335). C'est ainsi, par exemple, qu'**en droit allemand**, on adopte un raisonnement en deux temps consistant, dans une première étape, à vérifier sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions quelles sont les causes « objectives » du dommage, pour vérifier ensuite, parmi l'ensemble de ces facteurs, lesquels peuvent juridiquement être retenus comme sa cause (5336). À ce stade du raisonnement, les juristes allemands optent généralement pour l'une des variantes de la théorie de la causalité adéquate (5337).

La même prise de distance par rapport au caractère automatique de la causalité existe dans la théorie de l'*enrichissement sans cause*. En effet, « [u]n transfert de patrimoine est sans cause lorsqu'il n'existe *aucun motif juridique* justifiant l'appauvrissement d'une partie et l'enrichissement de l'autre » (5338). Il existe donc un filtre entre l'appréciation de la causalité « objective » et l'identification d'un événement comme étant la cause juridique de l'enrichissement. Ainsi, par exemple, le seul fait de constater qu'une société a d'initiative mis temporairement des fonds à disposition d'une autre personne par « obligeance », laquelle constitue « effectivement une cause », n'exclut pas pour autant l'introduction par cette société de l'action *de in rem verso*, dès lors qu'elle « n'avait pas l'intention d'opérer un glissement de patrimoine » (5339). Si la mise à disposition des fonds constituait donc bien la cause « matérielle » de l'appauvrissement, elle n'en constituait donc pas pour autant la cause juridique. De la même manière, « à défaut de stipulations entre parties, le locataire peut, en vertu du principe général du droit suivant lequel nul ne peut

(5334) Voy. *supra*, n° 412.

(5335) Voy. A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et London, Martinus Nijhoff Publishers, 1969, n° 7-63, p. 35.

(5336) Voy. B.S. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4^e éd., Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 103.

(5337) *Ibid.*, pp. 106 et s.

(5338) Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, point 4 (nous soulignons).

(5339) Voy. Cass., 19 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n° 43, A.C., 2009, n° 43, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER.

s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, être indemnisé pour les améliorations apportées à l'immeuble, à condition que le bailleur ne se soit pas trouvé dans l'impossibilité d'exiger leur enlèvement », alors pourtant que ces améliorations trouvent leur cause matérielle dans la volonté du locataire d'effectuer de tels travaux (5340).

La même approche nuancée de la cause se retrouve encore au stade de la *formation du contrat*. On sait, à cet égard, que tout acte juridique doit en principe être doté d'une cause (article 1131 du Code civil), entendue dans le sens de mobiles déterminants (5341). Néanmoins, la loi et la Cour de cassation admettent que, dans certaines limites, un acte puisse être abstrait de sa cause, en ce sens qu'il demeure valablement accompli même si sa cause s'avère inexistante et que, plus généralement, les parties à cet acte se trouvent privées de la possibilité d'invoquer les exceptions déduites de la cause de l'acte (5342). Ici encore, l'application mécanique du concept de cause se trouve contrecarrée.

Enfin, mention doit être faite du rôle de la cause dans le système du *transfert de propriété*. On sait, en effet, que le système belge peut être qualifié de causaliste, en ce sens qu'un transfert de propriété doit trouver sa cause dans un titre et qu'en cas de disparition de ce titre, le transfert est également remis en question (5343). Au contraire, le système allemand est qualifié d'abstrait, dans la mesure où la disparition du titre demeure en règle sans incidence sur les transferts de propriété dont il a été la cause. Nous avons vu, cependant, que les choses étaient plus nuancées et que le système de l'abstraction comportait de nombreuses exceptions (5344). Quoi qu'il en soit, le système de l'abstraction démontre qu'en droit, la disparition même rétroactive d'une cause n'entraîne pas nécessairement la disparition des effets juridiques qui en étaient la suite.

Nous espérons avoir montré par ces brefs développements que la notion de cause se prête, en droit, à des applications aussi nuancées que celle de rétroactivité. Si, dès lors, l'on répugne par exemple à admettre que la condition suspensive rétroagisse dans les rapports avec les tiers mais ne produise ses effets que pour

(5340) Voy. Cass., 18 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 740.

(5341) Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181. Pour reprendre la typologie d'ARISTOTE (*Métaphysique*, L. V, 1013a), alors qu'en droit de la responsabilité et de l'enrichissement sans cause, la cause était entendue dans le sens de cause efficiente, le terme est donc utilisé ici dans le sens de cause finale.

(5342) Voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, o.c., n°s 205 et s., pp. 342 et s.

(5343) Voy. *supra*, n° 176.

(5344) Voy. *supra*, n° 237.

l'avenir dans les rapports entre parties (notamment en ce qui concerne les fruits), on admettra peut-être plus facilement que, dût-elle même rétroagir de manière générale, les rapports entre les parties à une obligation conditionnelle peuvent être considérés comme abstraits de leur cause, en ce sens que le report des effets du contrat à la date de sa conclusion demeure sans incidence sur les rapports établis dans l'intervalle entre parties (telle la perception des fruits). Le même type de raisonnement pourrait être tenu à l'égard de l'ensemble des institutions qui ont fait l'objet de cette étude.

En définitive, approche fonctionnelle de la rétroactivité ou conception souple de la cause, cela importe peu : l'essentiel est que les abstractions, ce mal nécessaire de la pensée juridique (5345), ne prennent jamais le pas sur les situations concrètes que le droit a pour mission de régler.

599. Utilité résiduelle de la rétroactivité conceptuelle. Si nous tâchons maintenant de nous conformer au conseil d'Hermann Hesse donné en tête des présentes conclusions, il est sans doute un malentendu, inhérent à l'approche fonctionnelle de la rétroactivité, que nous avons entretenu tout au long de cette étude et qu'il importe, maintenant, de dissiper.

Au fond, si l'on accepte de prendre au sérieux l'idée selon laquelle les différentes fonctions de la rétroactivité en définissent la portée, il est permis de se demander s'il subsiste encore suffisamment de points communs entre les différentes manifestations de la rétroactivité pour permettre de préserver son unité conceptuelle. À la limite, *la* rétroactivité dont traite cette étude n'existe pas et n'a même jamais existé : si l'on va au fond des choses, on ne pourrait parler que *des* rétroactivités (celle de la nullité, de la condition suspensive, de la ratification...), toutes différentes les unes des autres parce que poursuivant des objectifs distincts (5346). Certes, des rapprochements entre ces situations

(5345) Voy. sur ce point F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, o.c., n° 45, p. 132.

(5346) Voy. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 424, p. 589 (« il est impossible d'enfermer la notion [de la rétroactivité] dans un moule unique, car ses applications sont multiples et répondent à des buts divers »). De la même manière, si l'on admet que l'ordre public est une notion fonctionnelle (voy. *supra*, n° 5), il n'est pas surprenant que la doctrine française distingue l'ordre public de direction

demeurent possibles, tant par le biais de l'interprétation que par application du principe constitutionnel d'égalité ; mais certaines différences demeureront toujours indépassables (5347).

Faut-il, pour autant, renoncer à parler de la rétroactivité au singulier ? Nous ne le pensons pas.

Il s'agit en effet essentiellement d'une question de perspective. Ainsi, il importe peu de dire que la nullité et la résolution sont chacune dotées d'un effet rétroactif spécifique, ou de considérer simplement qu'elles sont toutes deux assorties d'un effet rétroactif. Le propre de la rétroactivité, qu'elle soit une ou multiple, est en effet de s'adapter au but en vue duquel elle est utilisée.

Pour le reste, même si nous avons refusé au concept abstrait de la rétroactivité toute valeur opératoire lorsqu'il s'agit de déterminer les effets juridiques concrets d'une institution, ce concept n'en demeure pas moins utile à des fins plus larges, qu'elles soient didactiques ou analytiques. Il demeure en effet pertinent de rapprocher différentes institutions dotées d'effets similaires ou, à tout le moins, s'inspirant de la même idée, afin de les confronter et, le cas échéant, de les critiquer (5348). En d'autres termes, la définition abstraite de la rétroactivité que nous avons proposée (5349) nous paraît conserver toute sa pertinence, à condition toutefois de renoncer à y trouver la réponse immédiate aux questions que l'effet rétroactif peut susciter.

600. Orientations pour un recours mesuré à la technique de la rétroactivité. En adoptant une approche fonctionnelle, nous avons renoncé à construire une théorie générale de la rétroactivité, qui serait valable en toutes circonstances pour toutes les institutions. Ce n'est pas à dire, cependant, qu'aucune proposition à valeur générale ne puisse être avancée quant aux utilisations possibles de ce procédé en droit positif. Pour conclure, nous

et l'ordre public de protection (voy. not. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*, n^{os} 383 et s., pp. 386 et s.).

(5347) Voy. déjà *supra*, n^o 71.

(5348) Voy. *supra*, n^o 539, I ; dans le même sens K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 7, p. 71 : « Begriffliche Konstruktionen müssen ergebnisneutral bleiben. Sie sind deshalb nicht überflüssig. Sie sind nur hilfreich, um die Probleme zu formulieren, sondern vor allem auch, um gleichartige Problemlagen zu entdecken und sie gleichmäßigen Lösungen zuzuführen ».

(5349) Voy. *supra*, n^o 58.

souhaiterions dès lors formuler un certain nombre de recommandations visant à traduire, de la manière la plus concrète possible, les implications d'une approche fonctionnelle de la rétroactivité en droit des contrats.

I. La première recommandation vise à éviter de retomber dans *les pièges de la rétroactivité conceptuelle* dénoncés précédemment (5350). Par conséquent, avant de fonder une solution juridique sur l'effet rétroactif d'une institution, il convient de garder à l'esprit que la nature de la rétroactivité, envisagée en termes abstraits, constitue souvent un mauvais guide pour la solution d'un litige ; que les effets conférés à la rétroactivité ne doivent jamais dépasser le but pour lequel elle a été instituée ; et, qu'enfin, les conséquences paradoxales d'un recours à la rétroactivité sont la marque d'un usage inconsidéré de celle-ci (5351).

II. L'une des manières d'éviter de donner à la rétroactivité des effets excessifs consiste à garder à l'esprit que *l'acte rétroactif ne peut se voir reconnaître d'effets plus étendus que s'il s'était véritablement produit à la date à laquelle il rétroagit* (5352).

C'est ainsi que, compte tenu des règles de la *publicité foncière*, un acte, même rétroactif, ne pourra produire d'effets avant la date à laquelle il a été transcrit (5353).

De même, une dette de restitution qui aurait eu la qualité de *dette dans la masse* si elle était née avant la faillite ne peut échapper à la loi du concours sous prétexte que, née après la faillite, elle rétroagit avant celle-ci (5354).

Ce principe nous offre également la clef du problème du maintien des *actes d'administration* consentis par l'acquéreur en cas de d'annulation ou de résolution pour inexécution de son titre. Dans ces cas, il est inutile, en effet, de s'interroger sur le point de savoir si le but

(5350) Voy. *supra*, n° 597.

(5351) Voy., dans le même sens, S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, o.c., n° 133, p. 149 : « En aucun cas, cette technique juridique ne doit d'abord déborder les fins pratiques auxquelles elle est assignée. Elle conduirait sûrement à des solutions inéquitables ou contraires à la raison. Rétroagir n'a donc de sens que si cela contribue à renforcer les principes généraux gouvernant le contrat ».

(5352) Comp. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. II, o.c., n° 475, pp. 658 et s., pour qui la rétroactivité ne peut avoir pour effet de rendre valable une situation juridique irrégulièrement constituée.

(5353) Voy., à propos de la ratification, *supra*, n° 154 ; à propos de la condition suspensive, *supra*, n° 202 ; à propos de la résolution pour inexécution, *supra*, n° 467 ; à propos de la rétroactivité conventionnelle, *supra*, n° 576.

(5354) Voy. *supra*, n° 465.

de la rétroactivité commande ou non d'aller jusqu'à l'effacement de ces actes. Il suffit, au contraire, de constater qu'indépendamment de la question de savoir si la propriété de la chose est repassée rétroactivement sur la tête du vendeur, celui-ci demeure en toute hypothèse un tiers à l'acte d'administration. Il ne peut, dès lors, se voir opposer les effets internes de celui-ci (5355).

III. À l'inverse, une troisième recommandation vise à éviter de restreindre indûment l'effet rétroactif en *confondant réalité matérielle et réalité juridique* (5356). Trop souvent, en effet, doctrine et jurisprudence refusent de donner effet à la rétroactivité pour le motif abstrait qu'elle porterait atteinte à l'intangibilité du passé, perdant de vue que le droit, en tant que construction intellectuelle, n'est pas soumis aux mêmes limitations que le monde qu'il a pour objectif de transformer (5357).

C'est ainsi, par exemple, que *l'impossibilité de restituer en nature* les prestations effectuées dans le cadre d'un contrat successif annulé ne constitue pas un argument pertinent pour les soustraire à l'empire de l'effet rétroactif, cette restitution pouvant parfaitement intervenir par équivalent (5358). Certes, cela ne signifie pas que les contrats successifs doivent dans tous les cas être effacés rétroactivement, comme en témoigne la position plus mesurée adoptée dans le cadre de la résolution pour inexécution (5359). Il s'agit uniquement de souligner que la solution résulte alors d'un arbitrage effectué en faveur d'autres principes (le souci du respect de la sécurité juridique, la divisibilité des prestations résultant de la volonté des parties, etc.) qui sont étrangers à un quelconque dogme de l'intangibilité juridique du passé, aussi critiquable dans sa rigidité que l'approche conceptuelle de la rétroactivité.

IV. Bien qu'il soit difficile d'embrasser d'un regard toutes les hypothèses possibles, nos incursions dans la province du principe constitutionnel d'égalité nous permettent également d'avancer l'idée que pour être admissible *dans les rapports avec les tiers*, la rétroactivité doit soit être justifiée par un motif impérieux

(5355) Voy., pour plus de détails, et notamment sur le fait que l'article 1743 du Code civil nous paraît inapplicable en cas de transfert involontaire de la propriété, *supra*, n^{os} 301 et s. (nullité) et 475 (résolution pour inexécution), et comp. *supra*, n^o 523 (condition résolutoire).

(5356) Voy. déjà *supra*, n^o 57, II.

(5357) Voy., dans le même sens, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, vol. 1, *o.c.*, n^o 3, p. 4.

(5358) Voy. *supra*, n^o 260.

(5359) Voy. *supra*, n^{os} 434 et s.

d'intérêt général (comme le souci du rétablissement de la légalité dans le cas de la nullité), soit, à tout le moins, avoir été raisonnablement prévisible pour les tiers concernés (comme dans le cas d'une condition suspensive ou résolutoire révélée par les mentions transcrites au registre de la conservation des hypothèques, mais non par exemple d'une résolution pour inexécution d'un acte même transcrit) (5360).

V. Enfin, la recommandation la plus difficile à mettre oeuvre consiste sans doute à *éviter de céder à l'inverse à une approche purement casuistique*, qui s'avérerait destructrice de toute sécurité juridique (5361).

Au cours de notre recherche, nous avons ainsi repoussé à plusieurs reprises la tentation casuistique, notamment en ce qui concerne la nullité des actes pour vice de forme (5362), l'annulation des contrats successifs (5363), le refus des restitutions sur la base de la règle *in pari causa* (5364) ou la détermination des effets de la résolution pour inexécution (5365).

À vouloir trop adapter la rétroactivité à son but et à toutes les circonstances particulières dans lesquelles elle est appelée à se déployer, on court le risque de vouloir finalement élaborer une solution *ad hoc* pour chaque situation (5366). Au contraire, il nous paraît que la meilleure interprétation possible de l'effet rétroactif doit conserver un degré de généralité suffisant pour assurer une certaine cohérence au sein de l'ordre juridique, fût-ce au prix d'une construction par étapes (5367).

Aussi difficile soit-il à trouver, un moyen terme entre une approche purement conceptuelle et abstraite, d'une part, et un recours exclusif à la balance des intérêts en présence, d'autre part, s'avère à notre sens indispensable. Ce n'est qu'ainsi que la

(5360) Voy., pour plus de détails, les développements consacrés *supra*, n^{os} 545 et s.

(5361) Voy. déjà, sur la tentation casuistique, *supra*, n^o 5, III.

(5362) Voy. *supra*, n^o 88, III.

(5363) Voy. *supra*, n^o 262.

(5364) Et ce, compte tenu du principe de légalité des délits et des peines : voy. *supra*, n^o 283.

(5365) Voy. *supra*, n^o 376.

(5366) Cette émancipation par rapport aux règles formulées de manière abstraite, inhérente à toute approche fondée sur l'appréciation directe des intérêts en présence, ne va pas sans « pose[r] problème au regard de l'organisation des pouvoirs et du fonctionnement du droit positif » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n^o 247, p. 524).

(5367) Sur cette idée, voy. *supra*, n^o 26.

rétroactivité peut espérer remplir le rôle, essentiel mais mesuré, qui lui est reconnu en droit des contrats.



BIBLIOGRAPHIE

« There are many horrible sights in the multiverse. Somehow, though, to a soul attuned to the subtle rhythms of a library, there are few worse sights than a hole where a book ought to be. »

— T. PRATCHETT, *Guards ! Guards !*, London, Corgi, 1990, P. 108

La bibliographie qui suit reprend la référence complète des différents ouvrages et articles cités dans la présente étude, classés par matière sans distinguer selon le système juridique concerné. En règle, les références citées une seule fois sont omises.

§ 1. – *Ouvrages et articles généraux*

I. – **Droit civil et commercial**

- ARNTZ, E.R.N., *Cours de droit civil français*, tome III, 2^e éd., 1879, tome IV, 2^e éd., 1880, Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq
- ASSER, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tome II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, vol. I, *De vertegenwoordiging*, 8^e éd. par S.C.J.J. KORTMANN, 2004, tome III, *Goederenrecht*, vol. I, *Algemeen goederenrecht*, 14^e éd. par F.H.J. MIJNSSEN et P. DE HAAN, 2001, tome IV, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *Algemeen leer der overeenkomst*, 12^e éd. par A.S. HARTKAMP, 2005, tome VI, *Verbintenissenrecht*, vol. I*, *De verbintenissen in het algemeen, eerste gedeelte*, 13^e éd. par A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, 2008, vol. III*, *Algemeen overeenkomstenrecht*, 13^e éd. par A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, 2010, tome VII, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. I*, *Koop en ruil*, 8^e éd. par J. HIJMA, 2013, Deventer, Kluwer
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT (et sous la direction de G. CORNU), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2007
- AUBRY, C. et RAU, F.-C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome IV, 5^e éd., 1902, tome VI, 5^e éd., 1920, Paris, Marchal et Billard
- BACACHE, M., « Indivisibilité », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009

BRUYLANT

- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens* (avec M. CHAUVEAU), 3^e éd., 1905, *Des obligations* (avec L. BARDE), tome I^{er}, 3^e éd., 1906, tome III, 3^e éd., 1908, *De la vente et de l'échange* (avec L. SAIGNAT), 3^e éd., 1908, *Du contrat de louage* (avec A. WAHL), tome I^{er}, 3^e éd., 1906, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction* (avec L. BARDE), 1900, *De la prescription* (avec A. TISSIER), 3^e éd., 1905, Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais
- BÉGUIN, J., « L'adage "Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit français" », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, Paris, Dalloz, 1970, pp. 41 et s.
- BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2010
- BÉNABENT, A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011
- BEUDANT, C., *Cours de droit civil français*, tome VIII, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1936
- BOILEUX, J.-M., *Commentaire sur le Code Napoléon*, tome IV, 6^e éd., 1856, tome VI, 6^e éd., 1859, Paris, Marescq et Dujardin
- BRAHN, O.K., *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, 6^e éd. par W.H.M. REEHUIS, Arnhem, Gouda Quint, 1999
- BUFNOIR, C., *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900
- BUFNOIR, C., CHALLAMEL, J., DRIOUX, J., GÉNY, F., HAMEL, P., LÉVY-ULLMANN, H. et SALEILLES, R., *Code civil allemand traduit et annoté*, vol. I et II, Paris, Imprimerie nationale, 1904
- CAPITANT, H., *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923
- CAPITANT, H., TERRÉ, F. et LEQUETTE, Y., obs. sous Cass. fr., 26 janvier 1897, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2007
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, vol. II, *Les biens. Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004
- CAUFFMAN, C., « De vertrouwensleer », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2005
- CAUFFMAN, C., « Naar een punitief Europees verbintenissenrecht ? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid et de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 2007, pp. 799 et s.
- CLAEYS, I., *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Groningen et Intersentia, 2003
- CLOQUET, A., *Les Nouvelles. Droit commercial*, tome IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985
- COIPEL, M., *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999
- COLIN, A. et CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1953
- COLMET DE SANTERRE, E., *Cours analytique de Code Napoléon*, tome V, 1865, tome VIII, 1884, Paris, Plon

- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000
- DE CALLATAÏ, D. et ESTIENNE, N., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009
- DE CODT, J., « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 35 et s.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, 3^e éd., 1962, tome II, 3^e éd., 1964, tome II, vol. I, 4^e éd. par J.-P. MASSON, 1990, tome III, 3^e éd., 1967, tome IV, 3^e éd., 1972, tome IV, vol. I, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 1997, tome V, 2^e éd., 1975, tome IX, 2^e éd. avec R. DEKKERS, 1974, Bruxelles, Bruylant
- DESHAYES, O., « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009
- DELVINCOURT, M., *Cours de Code civil*, tome VI, 2^e éd., Bruxelles, P.J. De Mat, 1827
- DEMOGUE, R., *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, tome I, 1921, tome VI, 1931, Paris, Rousseau
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, 1877, tome XXIX, 1879, tome XXXI, 1882, Paris, Imprimerie générale
- DERJCKE, W. et T'KINT, F., « La faillite », *Rép. not.*, tome XII, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2006
- DIEUX, X., « Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources ! », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, pp. 109 et s.
- DIEUX, X., *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- DUBUISSON, B., « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 28 et s.
- DUBUISSON, B., CALLEWAERT, V., DE CONINCK, B. et GATHEM, G., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009
- DURANTON, A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, tomes X, XI, XIII et XVIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844
- ENNECERUS, L. et NIPPERDEY, H.C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tome II, 15^e éd., Tübingen, Mohr, 1960
- FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomes XII et XIII, 1836, tome XIV, 1829, Paris, Vidécoq
- FLOUR, J., AUBERT, J.-L. et SAVAUX, E., *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 12^e éd., 2006, 3. *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., 2011, Paris, Sirey
- FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *Das Rechtsgeschäft*, 3^e éd., Berlin, Heidelberg et New York, Springer-Verlag, 1979
- FORIERS, P.A., « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988 », *J.T.*, 1989, pp. 541 et s.

- FORIERS, P.A., « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s.
- FORIERS, P.A., « La cession de créance. Les principes généraux à la lumière de la loi du 6 juillet 1994 », *La cession de créance*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp. 1 et s.
- FORIERS, P.A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998
- FORIERS, P.A., « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, pp. 676 et s.
- FORIERS, P.A., « Conformité et garantie dans la vente », *La vente*, Bruxelles, la Charte, 2002, pp. 19 et s.
- FORIERS, P.A. et DE LEVAL, C., « Force majeure et contrat », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, pp. 241 et s.
- FORIERS, P.A., *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006
- FORIERS, P.A., « Exposé introductif : acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 5 et s.
- FORIERS, P.A., HIRSCH, S., MARQUETTE, V. et JAFFERALI, R., *Les offres publiques d'acquisition. Le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2008
- FORIERS, P.A., « Option, promesse de vente, vente et incertitude sur l'identité de l'acquéreur », *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 7 et s.
- FORIERS, P.A., « Les contrats multipartites en droit belge », *Bull. Cl. L. et Sc. mor. pol.*, 2012, pp. 149 et s.
- FRANSIS, R., « De conversie van de fiduciaire eigendoms-overdracht van een schuld-vordering in een pand bij samenloop », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.W.*, 2010-2011, pp. 1177 et s.
- FUZIER-HERMAN, E., *Code civil annoté*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1938
- GALLUS, N. et PFEIFF, S., « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 428 et s., pp. 347 et s.
- GAUDEMET, E., *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937
- GEELHAND, N., *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het erfrecht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1995
- GENIN, E., « Hypothèques et privilèges immobiliers », mis à jour par PONCELET, R., GENIN A., RENARD-DECLAIRFAYT, M., DE LEVAL, G. et WEDERFROY, F., *R.P.D.B.*, compl. tome VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 607 et s.
- GEORGES, F., « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 497 et s.

- GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988
- GHESTIN, J., JAMIN, C. et BILLIAU, M., *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001
- GRÉGOIRE, M., « Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 465 et s.
- GRÉGOIRE, M., *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- GRÉGOIRE, M. et CZUPPER, L., « La garantie hors la loi ? », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, pp. 866 et s.
- HANSENNE, J. et ROUSSEAU, L., « Accession », *Rép. not.*, tome II, l. I, Bruxelles, Larcier, 1994
- HANSENNE, J. et RENARD, C., « Possession », mis à jour par S. BOUFFLETTE, *Rép. not.*, tome II, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2010
- HARMEL, P., « Théorie générale de la vente », *Rép. not.*, tome VII, l. 1^{er}, Bruxelles, Larcier, 1985
- HEINRICHS, H., « BGB §§ 1-311a », *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, Beck, 2006, pp. 1 et s.
- HERBOTS, J., « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits "propter rem" du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous Cass., 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 512 et s.
- HIJMA, J., VAN DAM, C.C., VAN SCHENDEL, W.A.M. et VALK, W.L., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2007
- HONORÉ, A.M., « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et London, Martinus Nijhoff Publishers, 1969
- HOUBBEN, M., « L'exigence d'action à "bref délai" en matière de garantie des vices cachés : comparaison entre vente, bail et entreprise », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 283 et s.
- HUC, T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VII, 1894, tome XII, 1899, Paris, Pichon
- HUET, J., *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1996
- HUET, J., DECOCQ, G., GRIMALDI, C. et LÉCUYER, H., *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2012
- JADOU, P. et VLIES, M., « Le droit commun du bail », *Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 5 et s.
- JAFFERALI, R., « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 79 et s.
- JANSEN, R., *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009

- JAULT, A., *La notion de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 2005
- JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, tome II, Paris, Sirey, 1930
- KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *De verbintenissen*, 5^e éd., 1948, deel IV, *De contracten*, 2^e éd., 1952, Antwerpen, Brussel, Gent et Leuven, Standaard-Boekhandel
- KÖTZ, H., *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009
- KRUTHOF, R., « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51 et s.
- LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, tome I, *Allgemeiner Teil*, 14^e éd., München, C.H. Beck, 1987
- LARENZ, K. et WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., München, C.H. Beck, 2004
- LAROMBIÈRE, L., *Théorie et pratique des obligations*, tome III, 2^e éd. belge, Bruxelles, Bruylant, 1863
- LARROUMET, C., *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, tome III, Paris, Economica, 1986
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, 33 tomes, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893
- LECOQ, P., *Manuel de droit des biens*, tome I, Bruxelles, Larcier, 2012
- LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XI, 1827, tome XII, 1828, Paris, Treuttel et Würtz
- MALAURIE, P., AYNÈS, L. et STOFFEL-MUNCK, P., *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- MALAURIE, P., AYNÈS, L. et GAUTIER, P., *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- DE MALEVILLE, J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, tome III, 3^e éd., Paris, Nève, 1822
- MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., tome IV, 1892, tome V, 1889, Paris, Delamotte
- MARTIN, R., « Contrats et obligations. Extinction des obligations. Perte de la chose due », *Jcl. Civil Code*, art. 1302 et 1303, Paris, LexisNexis, 1994
- MARTIN DE LA MOUTTE, J., *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Bernard Frères et Sirey, 1951
- MARTOU, M., *Des privilèges et hypothèques*, tome I^{er}, Bruxelles, A. Decq et Paris, A. Durand, 1855
- MARTY, G., et RAYNAUD, P., *Droit civil*, tome II, vol. I, Paris, Sirey, 1962
- MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992
- MAZEAUD, D., « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », note sous Cass. fr., 24 janvier 2002, *D.*, 2002, jur., pp. 2559 et s.
- MAZEAUD, D., « Réforme du droit des contrats », *Rev. contrats*, 2009, pp. 471 et s.
- MAZEAUD, D., « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », note sous Cass. fr., 28 octobre 2010, *D.*, 2011, pp. 567 et s.

- MAZEAUD, D., « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012
- MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J. et CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, tome I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., 1996, tome II, vol. I, *Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., 1998, Paris, Montchrestien
- MEDICUS, D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 9^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2006
- MEDICUS, D., et LORENZ, S., *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 18^e éd., München, Beck, 2008
- MEDICUS, D., et LORENZ, S., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15^e éd., München, Beck, 2010
- MERCHERS, Y., « Le bail en général », *Rép. not.*, tome VIII, livre I, Bruxelles, Larcier, 1997
- MOSSSELMANS, S., « Het tenietgaan van de verkochte zaak en het lot van de overige, niet op deze zaak slaande verbintenissen van de verkoopovereenkomst », note sous Cass., 4 février 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 587 et s.
- MOUGENOT, D., « La preuve », *Rép. not.*, tome IV, l. 2, Bruxelles, Larcier, 2012
- MUGDAN, B., *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, tome I, Berlin, Decker's Verlag, 1899
- NUDELHOLC, S., « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de la cause », note sous Cass., 14 mars 2008 et 12 décembre 2008, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 350 et s.
- PEETERS, I., « Cessie tot zekerheid : een verrassend slot van de controverse », note sous Cass., 3 décembre 2010, *Dr. banc. fin.*, 2011, pp. 120 et s.
- PLANIOL, M., et RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, 1930, tome VII, 1931, tome XI, 1932, Paris, L.G.D.J.
- PONT, P., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, Paris, Cotillon, 1863
- R.P.D.B.*, tome VI, v^o *Hypothèques et privilèges immobiliers*, Bruxelles, Bruylant, s.d.
- R.P.D.B.*, tome XIII, v^o *Successions*, Bruxelles, Bruylant, 1951
- RENSON, P.-P., « Introduction à la publicité foncière et à la transcription », *J.T.*, 2004, pp. 829 et s.
- RIGAUX, F., « Rapport sur le principe "Nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit privé belge », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, tome XVIII, Paris, Dalloz, 1970, pp. 11 et s.
- RIGAUX, F. et FALLON, M., *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005
- ROMAIN, J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000
- SACE, J., « Libéralités (dispositions générales) », *Rép. not.*, tome III, l. VI, Bruxelles, Larcier, 1993
- SAGAERT, V., « Huur en goederenrecht », *Handboek algemeen huurrecht*, Brugge, die Keure, 2006, pp. 48 et s.

- SAGAERT, V., « Fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid (een beetje) gered », note sous Cass., 3 décembre 2010, *NjW*, 2010, pp. 834 et s.
- SCHULZE, R., « Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire », *Rev. contrats*, 2008, pp. 922 et s.
- SCHULZE (éd.), R., *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck, Hart et Nomos, 2012
- SIMOENS, D., « Latere gebeurtenissen, al dan niet vreemd aan de schade : alternatieven voor de vaste cassatieregel », note sous Cass., 2 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 46 et s.
- SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques. Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- SIMONT, L. et FORIERS, P.A., « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux (suite et fin) », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 471 et s.
- STIJNS, S., « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33 et s.
- STIJNS, S., VAN GERVEN, D. et WÉRY, P., « Chronique de jurisprudence. Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, tome I^{er}, Brugge, die Keure, 2005
- STIJNS, S. et SAMOY, I., « La confiance légitime en droit des obligations », *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 47 et s.
- TERRÉ, F., SIMLER, P. et LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005
- TERRÉ, F. et SIMLER, P., *Les biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010
- TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975
- THIRY, V., *Cours de droit civil*, tome III, Paris, Larose & Forcel, et Liège, Vaillant-Carmanne, 1893
- TILLEMANS, B., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, sous la direction de R. Dillemans et W. van Gerven, tome X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop*, deel 1, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, deel 2, *Gevolgen van de koop*, Mechelen, Kluwer, 2012
- TILQUIN, T. et SIMONART, V., *Traité des sociétés*, tome I, Bruxelles, Kluwer, 1996
- TOULLIER, C.-B., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome IV, éd. belge, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1848, tomes VI et VII, 4^e éd., Paris, Warée, 1824
- TROP LONG, R.-T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente*, tome I^{er}, 5^e éd., Paris, Hingray, 1856
- VAN DUNNÉ, J.M., *Verbintenissenrecht*, deel 1, *Contractenrecht*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2004
- VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, sous la direction de R. Dillemans et W. van Gerven, tome I, *Algemeen Deel*, Antwerpen et Utrecht, Standaard Wetenschappelijk Uitgeverij, 1969

- VAN GERVEN, W. et COVEMAERKER, S., *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2001
- VAN GYZEL, A.-C., *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994
- VAN OEVELEN, A., « Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht », *R.W.*, 2011-2012, pp. 55 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 597 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 33 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, 3 tomes, Bruxelles, Bruylant, 2010
- VAN OMMESLAGHE, P., *Traité de droit civil belge, Les obligations*, 3 tomes, Bruxelles, Bruylant, 2013
- VAN QUICKENBORNE, M., « Causaliteit », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2007
- VAN RYN, J. et HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, tome IV, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1965
- VAN ZUYLEN, J., « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A.O.R.*, 2012/101, pp. 5 et s.
- VAN ZUYLEN, J., « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 406 et s.
- VERBEKE, A. et BYTTEBIER, J., « Onroerende en hypothecaire publiciteit. Organisatie en tegenwerpelijkheid », *R.W.*, 1997-1998, pp. 1099 et s.
- VERBRUGGEN, C., « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 301 et s.
- VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011
- WÉRY, P., *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 1^{re} éd., 2010, 2^e éd., 2011, Bruxelles, Larcier
- WITZ, C., *Droit privé allemand*, tome I, *actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992.

II. – Droit judiciaire

- BOULARBAH, H., *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010
- CAPRASSE, O., « L'effet des décisions judiciaires à l'égard des tiers », *Le contentieux interdisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 265 et s.
- CLOSSET-MARCHAL, G., VAN DROOGHENBROECK, J.-F., UHLIG, S. et DECROËS, A., « Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours (suite) », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 271 et s.
- DE LEVAL, G., *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005
- DIRIX, E. et BROECKX, K., *Beslag*, 3^e éd., Mechelen, Kluwer, 2010
- GÉRARD, P., BOULARBAH, H. et VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Pourvoi en cassation en matière civile », *R.P.D.B.*, compl. tome XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 143 et s.
- LAENENS, J., BROECKX, K. et SCHEERS, D., *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2004
- MARTENS, P., « Le juge bienveillant », obs. sous C.E., 11 octobre 2011, *R.*, n^o 215.685, *J.L.M.B.*, 2012, p. 567
- MOSSELMANS, S., « Interprétation ou adaptation de l'obligation de motivation en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, pp. 212 et s.
- MOUGENOT, D., « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, tome XIII, l. 0, Bruxelles, Larcier, 2008
- SCHAUSS, A., « Quelques observations relatives aux effets des décisions juridictionnelles à l'égard des tiers (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1989) », *Cah. dr. jud.*, 1993, pp. 38 et s.
- TAELMAN, P., *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Kluwer, Diegem, 2001
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F. et BALOT, F., « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 153 et s.
- VAN COMPERNOLLE, J. et CLOSSET-MARCHAL, G., « Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 495 et s.

III. – Droit romain et Ancien Droit

- BOURJON, F., *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, tome II, Paris, Grangé et Cellot, 1770
- DEKKERS, R., *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935
- DEROUSSIN, D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007
- DOMAT, J., *Œuvres complètes*, nouvelle éd. par J. REMY, tome I^{er}, Paris, Alex-Goblet, 1835

- FORIERS, P.A., « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986
- GIRARD, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1906
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. BARBEYRAC, tome I^{er}, Amsterdam, De Coup, 1724
- JONES, H., *Introduction au droit romain*, tome I, Diegem, Kluwer, 1997
- KASER, M. et KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C.H. Beck, 2008
- POTHIER, R.J., *Traité des obligations*, tome I^{er}, Paris, Siffrein, 1821
- POTHIER, R.J., *Traité du contrat de vente et des retraits*, Paris, Siffrein, 1821
- POTHIER, R.J., *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Paris, Siffrein, 1821
- PUFENDORF, S., *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. BARBEYRAC, 2 tomes, Amsterdam, Schelte, 1706
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, O.U.P., 1996.

IV. – Théorie du droit

- BAILLEUX, A., « “Hart vs. Dworkin” and its Progeny. Actualité du “combat des chefs” dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, 2007, pp. 173 et s.
- CORTEN, O., *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éd. Université de Bruxelles, 2009
- DIEUX, X., « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », *J.T.*, 1991, pp. 201 et s.
- DWORKIN, R., « The Model of Rules », *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, pp. 14 et s.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (éd. orig. 1986)
- FORIERS, P., *La pensée juridique de Paul Foriers*, 2 vol., Bruxelles, Bruylant, 1982
- FORIERS, P.A., « L'utile et l'inutile en droit privé », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s.
- FRYDMAN, B., *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2005
- FRYDMAN, B., « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Chaïm Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, pp. 229 et s.
- GENY, F., *Science et technique en droit privé positif*, tome I, 3^e tirage, 1925, tome III, 1921, Paris, Sirey
- HAACK, S., « On Legal Pragmatism: Where Does “The Path of the Law” Lead Us ? », *Am. J. Jurisp.*, 2005, vol. 50, pp. 71 et s.
- HAACK, S., « The Pluralistic Universe of Law : Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21/4, pp. 453 et s.
- JESTAZ, P., et JAMIN, C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962

- MARTENS, P., *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003
- MARTENS, P., « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect », *Imperat Lex. Liber Amicorum Paul Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 97 et s.
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002
- PERELMAN, C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979
- RÖHL, K.F. et RÖHL, H.C., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln et München, Carl Heymanns Verlag, 2008
- ROMAIN, J.-F., « Interprétation de la loi, fiction juridique, immeubles par nature et par destination économique », note sous Cass., 14 février 2008 et 15 février 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 63 et s.
- RORIVE, I., *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

V. – Méthode du droit comparé

- ANNUS, T., « Comparative Constitutional Reasoning : The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments », *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, pp. 300 et s.
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, tome II, *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974
- DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950
- DAMMANN, J.C., « The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation », *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, pp. 513 et s.
- DE CONINCK, J., « The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?* », *RabelsZ*, 2010, pp. 318 et s.
- DÖLLE, H., « Rechtsdogmatiek und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1970, vol. 34, pp. 403 et s.
- MICHAELS, R., « The Functional Method of Comparative Law », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 339 et s.
- MUIR WATT, H., « La fonction subversive du droit comparé », *Rev. dr. int. comp.*, 2000, pp. 503 et s.
- PONTHOREAU, M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *Rev. int. dr. comp.*, 2005, pp. 7 et s.
- SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991
- SCHADBACH, K., « The Benefits of Comparative Law : A Continental European View », *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, pp. 331 et s.
- SMITS, J.M., « Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, pp. 513 et s.
- VAN DER MENSBRUGGHE, F.R., « L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit », *Ann. dr. Louv.*, 2006, pp. 41 et s.

- ZWEIGERT, K., « Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode », *RabelsZ*, 1949-1950, pp. 5 et s.
- ZWEIGERT, K. et KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law* (trad. T. WEIR), 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1998.

§ 2. – *Rétroactivité en général*

- ANCEL, P., « La rétroactivité et la sécurité juridique », *Rev. contrats*, 2008, pp. 35 et s.
- AYNÈS, L., « Rapport introductif », *Rev. contrats*, 2008, pp. 3 et s.
- BAECK, J., « (Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, pp. 321 et s.
- BAECK, J., *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012
- BÉNABENT, A., « La révision du passé entre les parties », *Rev. contrats*, 2008, pp. 15 et s.
- CHAUSSE, A., « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, pp. 529 et s.
- CORNELIS, L. et SAGAERT, V., « *Postcontractuele bedingen* », *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, pp. 291 et s.
- DE CONINCK, J., « Retroactieve toebedeling van het eigendomsrecht en gehoudenheid tot verbintenissen in verband met de eigendom », *R.W.*, 2008-2009, pp. 21 et s.
- DEMOGUE, R., « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, vol. I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, pp. 163 et s.
- DEPREZ, J., *La rétroactivité dans les actes juridiques*, 2 vol., thèse Université de Rennes, 1953, multig.
- FORIERS, P.A. et DE LEVAL, C., « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 162 et s.
- GLANSDORFF, F., « Les obligations de restitution », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 72 et s.
- HARTKAMP, A.S., « Terugwerkende kracht », *W.P.N.R.*, 1991, pp. 868 et s.
- HIJMA, J. et OLT Hof, M., « Terugwerkende kracht, causaal stelsel en zakelijke werking in het Nieuw Burgelijk Wetboek », *W.P.N.R.*, 1982, pp. 257 et s. et pp. 273 et s.
- HOUIN, R., « Le problème des fictions en droit civil », *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, tome III, Paris, Dalloz, 1948, pp. 242 et s.
- JAFFERALLI, R., *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelles, Larcier, 2011

- JACOBI, B., *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, diss. Hamburg, 1966
- JAMBU-MERLIN, R., « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, pp. 271 et s.
- MAÎTRE-ARNAUD, E., *La rétroactivité dans le contrat*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003
- MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991
- MALINVAUD, P., « Observations conclusives », *Rev. contrats*, 2008, pp. 103 et s.
- MERCOLI, S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001
- MERLE, R., *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Rousseau, 1949
- MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome X, 5^e éd., Bruxelles, Tarlier, 1836, v^o *Effet rétroactif*
- Pand.*, tome XXXIV, v^o *Effet rétroactif*, Bruxelles, Larcier, 1890
- PIRON, C.G.J., « Terugwerkende kracht toekennen en uitsluiten : ja of nee », *W.P.N.R.*, 1993, pp. 503 et s.
- SAGAERT, V., « De verjaring van de vordering uit onverschuldigde betaling », *R.W.*, 2000-2001, pp. 257 et s.
- SAGAERT, V. et SOMERS, M., « Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie », *T. Not.*, 2008, pp. 78 et s.
- SANDRA, J. et MESSIAEN, R., « Fiscale aspecten van retroactiviteit in overeenkomsten en vennootschapsakten », *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, pp. 415 et s.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J., « Les fictions en droit privé », *Arch. phil. dr.*, tome 20, 1975, pp. 273 et s.
- STAROSSELETS, T., « Effets de la dissolution *ex tunc* », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, pp. 193 et s.
- STIJNS, S., « *La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation* », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 325 et s.
- STIJNS, S., « *De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval* », *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, pp. 25 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., « La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution », *L'obligation de restitution du banquier. De restitutieverbintenissen van de bankier*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 5 et s.
- WINTGEN, R., « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Rev. contrats*, 2008, pp. 73 et s.

§ 3. – *Principe constitutionnel d'égalité*

- BANNEUX, N., « L'égalité : clef du contentieux constitutionnel ? », *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 5 et s.
- BETHGE, H., « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, sous la direction de T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein et H. Bethge, 35^e éd., München, C.H. Beck, 2011
- DE BECO, D. et GUILLAIN, C., « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 670 et s.
- DE PRINS, D., SOTTIAUX, S. et VRIELINK, J., *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005
- DIRIX, E., « "Nettingovereenkomsten" : niet voor broekjes », note sous C.C., 27 novembre 2008, n° 167/2008, *N.J.W.*, 2008, p. 926
- FLOHIMONT, V., « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *Rev. b. dr. const.*, 2008, pp. 217 et s.
- GEORGES, F., « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 821 et s.
- GERHARDT, M., *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008, 12 septembre 2007 (accessible sur <http://bit.ly/19n780n>)
- HARTMANN, B.J., « § 95 BVerfGG », *Die Verfassungsbeschwerde*, sous la direction de B. Pieroth et P. Silberkuhl, Münster, ZAP Verlag, 2008
- HOUBEN, R., « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting », *R.D.C.*, 2009, pp. 502 et s.
- KIRKPATRICK, J. et NUDELHOLC, S., « Les questions préjudicielles sur la violation du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 785 et s.
- KIRKPATRICK, J., « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité. À propos de la réparation des dommages causés à des usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train », *J.T.*, 2009, pp. 257 et s.
- LECHNER, H. et ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 6^e éd., München, C.H. Beck, 2011
- MARTENS, P., « Le juge légiférant », obs. sous C.C., 11 janvier 2012, n° 1/2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 557 et s.
- MELCHIOR, M. et COURTOY, C., *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique lors du XIV^e Congrès de la Conférence des cours constitutionnelles européennes, 4 décembre 2007, accessible sur http://www.lrkt.lt/Konferencija_R.html

- MELCHIOR, M. et COURTOY, C., « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s.
- POPELIER, P., « Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever », *R.W.*, 2006-2007, pp. 243 et s.
- RENAULD, B., « Lacune législative et devoir de juger », obs. sous Trav. Bruxelles, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 635 et s.
- RENAULD, B., « Les illusions de l'égalité ou du "nivellement par le bas" à la "lacune" », *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 419 et s.
- RENAULD, B. et VAN DROOGHENBROECK, S., « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *Les droits constitutionnels en Belgique*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553 et s.
- RIBES, D., « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. b. dr. const.*, 1999, pp. 237 et s.
- RIGAUX, M.-F., « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 9 et s.
- SCHOLSEM, J.-C., « La Cour d'arbitrage et les "lacunes législatives" », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 213 et s.
- VAN DROOGHENBROECK, S., « Introduction générale. Théorie générale de l'égalité et de la non-discrimination », Cycle de conférences *Droits et discriminations*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1^{er} et 8 février 2008, pp. 10 et s.
- VAN DROOGHENBROECK, S., « L'égalité en droit belge. I^{re} partie », Cycle de conférences *Droits et discriminations*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 7 mars 2008
- VAN KOEKENBEEK, S., *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, tome I, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010
- VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009
- VAN MELSEN, R., « La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 156 et s.
- VANDERNOOT, P., « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. dr. ULB*, 2002/25, pp. 1 et s.
- ZENNER, A., « Le mécanisme de retenue et de garantie en faveur de l'O.N.S.S. du fisc et la réorganisation judiciaire. Une victoire à la Pyrrhus ? », obs. sous C.C., 7 mars 2013, n° 33/2013, *J.T.*, 2013, pp. 307 et s.

§ 4. – *Confirmation et nullité*

- ADIDA-CANAC, H., « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapport de la Cour de cassation de France*, 2004, pp. 105 et s.
- AHRENS, M., « §§ 116-144 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 101 et s.
- AMRANI-MEKKI, S., « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Rép. Defrénois*, 2002, pp. 355 et s.
- AUBERT, J.-L., « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », *note sous Cass. fr., 24 septembre 2002*, *D.*, 2003, pp. 369 et s.
- AYNÈS, L., « Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », *note sous Cass. fr., 1^{er} juillet 1997*, *D.*, 1998, pp. 32 et s.
- BASTIAEN, V. et THOREAU, G., « Les nullités en droit civil », *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1991, pp. 9 et s.
- BOUJEKA, A., « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », *Rev. trim. dr. comm.*, 2002, pp. 223 et s.
- BUSCHE, J., « §§ 139-144 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2006, pp. 1735 et s.
- CARETTE, N., « Koop met lijfrente. Vermietigbaarheid herbekeken », *R.W.*, 2006-2007, pp. 702 et s.
- CAUFFMAN, C., « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité? », *note sous Cass.*, 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 428 et s.
- CLAEYS, I., « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 267 et s.
- COHET-CORDEY, F., « Nullité et restitutions », *note sous Cass. fr.*, 9 juillet 2004, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, pp. 331 et s.
- COUTURIER, G., *La confirmation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1972
- D'AMBRA, D., *Rép. civ. Dalloz, v^o Confirmation*, Paris, Dalloz, 2000
- DABIN, J., « "In pari causa turpitudinis cessat repetitio" : fondement, conditions et champ d'application de l'adage "Quid" pour les choses données en gage ? », *note sous Cass. (plén.)*, 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 25 et s.
- DE CONINCK, J., « Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst : de openbare orde herbekeken », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 301 et s.
- DE CONINCK, J., « Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: privaatrechtelijke aspecten », *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, pp. 17 et s.
- DE WULF, H., « Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditor », *note sous Cass.*, 2 mars 2006, *R.D.C.*, 2007, pp. 255 et s.

- DORN, F., « §§ 139-141. Nichtigkeit II », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 753 et s.
- DUPEYRON, C., *La régularisation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1973
- DUPONT, M., « Nullité absolue et nullité relative », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 33 et s.
- DURANT, I., « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 39 et s.
- EMMERICH, V., « § 311 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2007
- EYBEN, C., « La prescription des actions en nullité et l'exception de nullité », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 163 et s.
- FORIERS, P.A., « L'objet et la cause du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, pp. 99 et s.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992
- HARTKAMP, A.S., « Bekrachtiging van nietige rechtshandelingen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek », *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, pp. 115 et s.
- HIJMA, J., *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988
- HIJMA, J., « Art. 3:50 » et « Art. 3:53 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 58 et s.
- JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909
- LE TOURNEAU, P., *La règle « Nemo auditur... »*, Paris, L.G.D.J., 1970
- LIBCHABER, R., « Contrats et conventions », *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 1402 et s.
- LORENZ, S., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2007, § 818
- MANKOWSKI, P., *Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003
- MAZEAUD, D., « Restitutions », note sous Cass. fr., 25 février 2004, n° 02-15.269, *Rev. contrats*, 2004, p. 635
- MAZEAUD, D., « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. », note sous Cass. fr., 21 septembre 2011, *D.*, 2011, p. 2711
- MEEÛS, A., « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 498 et s.

- NUDELHOLE, S., « *Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat* », note sous Cass., 13 septembre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 223 et s.
- Pand.*, tome XXIII, v^o *Confirmation*, Bruxelles, Larcier, 1887
- PICOD, Y., *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Nullité*, Paris, Dalloz, 2004
- R.P.D.B.*, tome IX, v^o *Nullité*, Bruxelles, Bruylant, 1938
- RÉMY-CORLAY, P., note sous C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, pp. 673 et s.
- RENARD, C., VIEUJEAN, E. et HANNEQUART, Y., « Théorie générale des obligations », *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1957
- RENARD, C. et VIEUJEAN, E., « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil Belge », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, pp. 243 et s.
- RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1935
- RONSE, J., « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, pp. 199 et s.
- ROTH, H., « §§ 139-144 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2003, pp. 434 et s.
- SAMOY, I., « Nietigheid van een samenhangende overeenkomst : is er ruimte voor een sneeuwbal-effect? », *T.P.R.*, 2008, pp. 555 et s.
- SCHERMAIER, M., « §§ 142-144. Anfechtung und Anfechtungsfolgen », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 803 et s.
- SCHWAB, M., « §§ 812-822 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2009, pp. 1326 et s.
- SIMMLER, P., *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1969
- STAROSSELETS, T., « Effets de la nullité », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 229 et s.
- STIJNS, S., « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 2002, pp. 225 et s.
- STOFFEL-MUNCK, P., « Nullités et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Rev. contrats*, 2005, pp. 280 et s.
- SURMONT, S., « Indemnité pour privation de jouissance : faut-il prendre en compte la valeur locative estimée avant ou après les travaux effectués par le possesseur? », note sous Cass., 2 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 158 et s.
- TANGHE, T., « Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond », *T.P.R.*, 2012, pp. 705 et s.
- TENREIRO, M., « The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms », *Rev. eur. dr. priv.*, 1995, pp. 273 et s.

- TUAILLON, C., « Annulation, restitution, réparation : l'explication », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *D.*, 2004, pp. 2175 et s.
- VAN DEN BERGH, B., « Over de *verus dominus*, de verkoper van andermans zaak en de koper zonder eigendomsrecht: een geval van stellionaat », note sous Bruxelles, 18 juin 2008, *R.G.D.C.*, pp. 237 et s.
- VAN GERVEN, W., « Onverbindendheid : blokkendoos of grabbelton? », *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, pp. 483 et s.
- VAN MELSEN, R., « *Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident* », *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 23 et s.
- VAN OEVELEN, A., « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2008
- VAN ZUYLEN, J., « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 89 et s.
- VERBEEK, P.M., « Artikel 55. (3.2.18) Bevestiging termijnstelling », *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2008
- VON IHERING, R., « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfektion gelangten Verträgen », *Jahrb. Dogm.*, 1861, pp. 1 et s.
- VON KUEGELGEN, M., « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 569 et s.
- WÉRY, P., « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 78 et s.
- WÉRY, P., « Nullité, inexistence et réputé non écrit », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7 et s.
- WINTGEN, R., « *L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif* », *Rép. Defrénois*, 2004, pp. 692 et s.

§ 5. – *Ratification*

- CLAYES & ENGELS, *La rupture du contrat de travail. Chronique de jurisprudence 2002-2005*, Bruxelles, Larcier, 2006
- CLESSE, J. et KEFER, F., « Examen de jurisprudence (1995 à 2001). Contrat de travail », *R.C.J.B.*, 2003, pp. 117 et s.
- DOOMS, V., « Over het mandaat van een sociaal secretariaat bij ontslag », note sous Cass., 6 février 2006, *R.A.B.G.*, 2006, pp. 1006 et s.
- FINKENAUER, T., « Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläubensschutz », *AcP*, 2003, pp. 282 et s.
- FORIERS, P.A., « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980) (1^{re} partie) », *R.D.C.*, 1983, pp. 107 et s.

- FORIERS, P.A., « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1990, pp. 29 et s.
- FORIERS, P.A., « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 221 et s.
- FORIERS, P.A., « Actualités en matière de représentation », *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 1 et s.
- FORIERS, P.A. et JAFFERALI, R., « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 49 et s.
- FORIERS, P.A., « La représentation en droit privé. Force et faiblesse des formules. Un point de vue belge », *Droit des contrats. France, Suisse, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 133 et s.
- FORIERS, P.A., « Le mandat – Développements récents », *Knelpunten dienstencontracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, pp. 31 et s.
- FRENSCH, B., « §§ 164-185 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 219 et s.
- GAILLARD, E., note sous Cass. fr. (ass. plén.), 28 mai 1982, *D.*, 1983, jur., pp. 349 et s.
- GLANSDORFF, F., *Mandat et fiducie*, Bruxelles, Bruylant, 2013
- GURSKY, K.-H., « §§ 182-185 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, pp. 243 et s.
- HJMA, J., « Art. 3:69 » et « Art. 3:71 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 80 et s.
- JAFFERALI, R., « L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'État », *C.D.P.K.*, 2006, p. 623 et s.
- KURZ, F., obs. sous C. trav. Liège, 26 février 1996, *C.D.S.*, 1997, pp. 144 et s.
- LE TOURNEAU, P., « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2006
- MAIRY, C., « Qui a le pouvoir de licencier ? », *Ors.*, 2005/1, pp. 20 et s.
- Pand.*, tome LXI, v^o *Mandat*, 1896, tome LXXXIII, v^o *Ratification*, Bruxelles, Larcier, 1906
- PAULUS, C., BOES, R. et DEBERSAQUES, G., « Het ontslag, aan een werknemer gegeven door een daartoe niet-gemandateerde », *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 265 et s.
- PEETERS, J., « De bekrachtiging van een door en onbevoegde persoon gegeven ontslag om dringende redenen », note sous Trav. Leuven, 8 mai 2003, *R.W.*, 2004-2005, pp. 70 et s.
- PELTZER, L., « Congé, motif grave et mandat : approche théorique et pratique », note sous C. trav. Mons, 11 janvier 1999, *C.D.S.*, 2000, pp. 27 et s.
- PROCACCIA, G., « On the Theory and History of Ratification in the Law of Agency », *Tel Aviv U. Stud. L.*, 1978-1979, vol. 4, pp. 9 et s.

- SCHIAMANN, G., « Das Rechtsgeschäft », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2^e éd., Sellier et de Gruyter, Berlin, 2008, pp. 43 et s.
- SCHILKEN, E., « §§ 164-181 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, pp. 1 et s.
- SCHRAMM, K.-H., « §§ 164-185 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, pp. 1621 et s.
- SIMONT, L., « Exposé introductif », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1990, pp. 7 et s.
- STORCK, M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982
- TILLEMANN, B., *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999
- TILLEMANN, B., DURSIN, E., TERRYN, E., HEEB, C. et NAEYAERT, P., « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten : Tussenpersonen 1999-2009 », *T.P.R.*, 2010, pp. 589 et s.
- VAN BRUYSTEGEM, B., « Over de bekrachtiging van een *actio mandati* », pp. 188 et s., note sous Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, pp. 188 et s.
- VAN DER KORST, P.J., « Artikel 69. (3.3.8) Bekrachtiging » et « Artikel 71. (3.3.10) Bewijs van volmacht », *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2001
- VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal compendium arbeidsrecht 2005-2006*, vol. II, Mechelen, Kluwer, 2006
- VAN PUYVELDE, I., « De voor het ontslag van een personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in een N.V. en een B.V.B.A. », *R.W.*, 1998-1999, pp. 273 et s.
- VAN SCHAICK, A.C., *Volmacht*, Deventer, Kluwer, 1999
- VANANROYE, J., « De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV », note sous Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, pp. 37 et s.
- WANTIEZ, C., *Le congé pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 1998
- WÉRY, P., « Le mandat », *Rép. not.*, tome IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000
- WÉRY, P., « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 263 et s.

§ 6. – *Condition suspensive ou résolutoire*

- ALTER, C., « Cantonnement amiable, affectation de compte et concours : état de la question », obs. sous Cass., 2 février 2007, *J.T.*, 2007, pp. 530 et s.
- ARMGARDT, M., « Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht », *AcP*, 2006, pp. 654 et s.

- BORK, R., « §§ 158-163 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2003, pp. 727 et s.
- BRINKMANN, M., « §§ 145-164 », *BGB Kommentar*, sous la direction de H. Prütting, G. Wegen et G. Weinreich, 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 183 et s.
- DE CONINCK, J., *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007
- DEMOGUE, R., « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, pp. 723 et s.
- DEMOGUE, R., « De la nature et des effets du droit éventuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 231 et s.
- DEROUIN, P., « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, pp. 1 et s.
- DIEUX, X., « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée », note sous Cass., 5 juin 1981, *A.P.T.*, 1984, pp. 146 et s.
- DURANT, I. et CLAVIE, M., « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 75 et s.
- EICHENHOFER, E., « Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum », *AcP*, 1985, p. 162 et s.
- EYBEN, C. et ACOLTY, J., « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 161 et s.
- EYGOUT, H., *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel, Eyboullet, 1922
- FILDERMAN, R., *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, Paris, L.G.D.J., 1935
- FORIERS, P.A., « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, pp. 115 et s.
- FORIERS, P.A. et GARNY, M.-A., « Aspects des ventes conditionnelles », *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 193 et s.
- GEORGES, F., « Cantonnements et consignations », *J.T.*, 2004, pp. 125 et s.
- GÉRARD, P., « Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive ? », note sous Cass., 15 mai 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 108 et s.
- HANNEQUART, Y., « La Condition », *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1958
- HERBOTS, J., « Contrat sous condition suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie “pendente conditione” », note sous Cass., 5 juin 1981, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 204 et s.
- PEETERS, I. et ZENNER, A., « Het minnelijk kantonement uitdrukkelijk erkend als een samenloopvermijdend contractueel waarborgmechanisme », note sous Cass., 2 février 2007, *R.D.C.*, 2007, pp. 351 et s.

- PETER, J.A.J., *Levering van roerende zaken*, Deventer, Kluwer, 2007
- REEHUIS, W.H.M., HEISTERKAMP, A.H.T., VAN MAANEN, G.E. et DE JONG, G.T., *Goederenrecht*, 12^e éd., Deventer, Kluwer, 2006
- SAGAERT, V., « *Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement* », note sous Cass., 2 février 2007, *R.W.*, 2006-2007, pp. 1680 et s.
- SHELTEMA, A.H., *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Kluwer, Den Haag, 2003
- SNIJEDERS, H.J. et RANK-BERENSCHOT, E.B., *Goederenrecht*, 4^e éd., Deventer, Kluwer, 2007
- STRUYCKEN, T.H.D., *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007
- VALK, W.L., « Art. 6:24 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, pp. 516 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge ; sûretés issues de la pratique ; droit international privé)*, Paris, Feduci, 1983, pp. 345 et s.
- VAN QUICKENBORNE, M., « Hoofdstuk 3. Modaliteiten van verbintenissen. Afdeling 1. Voorwaarde », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2005
- VAN QUICKENBORNE, M., « Libres propos sur la défaillance de la condition suspensive », note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 292 et s.
- WESTERMANN, H.P., « §§ 158-163 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, pp. 1567 et s.

§ 7. – *Résolution pour inexécution*

- BAECK, J., « Ontbinding en derden : niet storen a.u.b. », *T.P.R.*, 2009, pp. 689 et s.
- BAECK, J., « Retroactiviteit of relativiteit? », note sous Cass., 6 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 359 et s.
- BOUCKAERT, F., « Commentaar bij art. 1977-1978 B.W. », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer
- CHABAS, C., « Résolution – Résiliation », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2010
- CASSIN, R., « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, pp. 159 et s.
- CAUFFMANN, C., « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 155 et s.
- CORNELIS, L., « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 81 et s.

- CORNELIS, L., « De ontbinding: het treurige einde van een mooi verhaal ? », *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 226 et s.
- DAGGORNE-LABBÉ, Y., « Rentes », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012
- DE BOECK, A., « De gevolgen van de ontbinding van kanscontracten, in het bijzonder van een contract van levenslange huur », note sous Cass., 8 février 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 447 et s.
- DE WILDE, A., « De positie van de koper bij faillissement van de verkoper », note sous Cass., 9 mars 2000, *R.W.*, 2000-2001, pp. 481 et s.
- DELVAUX, P.-H., « Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution. Rapport belge », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 669 et s.
- DUBUISSON, B., « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, pp. 327 et s.
- DUPONT, M., « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 228 et s.
- DUPONT, M., « La résolution unilatérale : (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation », *J.T.*, 2010, pp. 341 et s.
- EMMERICH, V., « Vorb. § 281 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5e éd., München, C.H. Beck, 2007
- ERNST, W., « §§ 323-327 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5e éd., München, C.H. Beck, 2007
- FONTAINE, M., « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 382 et s.
- FORIERS, P.A., « Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive », *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 223 et s.
- FULLER, L.L. et PERDUE, W.R., « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, pp. 52 et s. et vol. 46/3, 1937, pp. 373 et s.
- GAIER, R., « § 314 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5e éd., München, C.H. Beck, 2007
- GAIER, R., « §§ 346-354 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 6e éd., München, C.H. Beck, 2012
- GÉNICON, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007
- GERMAIN, J.-F., « La terminaison de la vente », *Manuel de la vente*, Mechelen, Kluwer, 2010, pp. 313 et s.
- HATTENHAUER, C., « §§ 323-325. Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, vol. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1813 et s.
- HEENEN, J., « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », note sous Cass., 18 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 9 et s.

- HERBOTS, J., « Rapport belge. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 679 et s.
- HORNUNG, R., et FOUNTOLAKIS, C., « Art. 81 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (éd. P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER), 5^e éd., München, C.H. Beck et Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, pp. 927 et s.
- KAISER, D., « §§ 346-354 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, pp. 459 et s.
- LAITHIER, Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004
- LOBINGER, T., « §§ 346-354 », *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 5/3. Schuldrecht 3/3. §§ 328-432* (éd. H.T. SOERGEL), 13^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 2009
- MAGNUS, U., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2005
- MAZEAUD, D., « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport français », *Rev. contrats*, 2010, pp. 1076 et s.
- MORIN, A., « Rapport suisse. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 911 et s.
- OLTHOF, M.M., « Art. 6:265 » à « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 4^e éd., Deventer, Kluwer, 2007, pp. 998 et s.
- PAJOR, T., « Rapport général. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 661 et s.
- RÉMY, P., « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 323 et s.
- RÉMY, P., « Observations sur le cumul de la résolution et de dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 121 et s.
- RIGALLE-DUMETZ, C., *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, 2003
- RIGALLE-DUMETZ, C., « Le rejet de la résolution partielle ou la lecture normative de la règle résolutoire », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 125 et s.
- SAMOY, I., « La dissolution des contrats multipartites. Vers une reconnaissance générale de la résolution partielle temporelle, matérielle et personnelle, grâce au critère de l'(in)divisibilité et fondée sur la fonction modératrice de la bonne foi », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 195 et s.
- SAMOY, I. et MAES, A., « De ontbinding van meerpactijovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 189 et s.

- SCHMIDT-AHRENDTS, N., « Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" im Fall der Rückabwicklung gescheiterter Verträge im UN-Kaufrecht », I.H.R., 2006, pp. 67 et s.
- SCHÖHNLE, H. et KOLLER, T., « Art. 74 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, pp. 996 et s.
- SCHWENZER, I., « Art. 74 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (éd. P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER), 5^e éd., München, C.H. Beck et Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, pp. 840 et s.
- STAROSSELETS, T., « Restitution des arrérages en cas de résolution d'une vente en viager ou "mesure dix fois mais ne coupe qu'une" », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 454 et s.
- STIJNS, S., *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994
- STIJNS, S., « De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 258 et s.
- STIJNS, S., GOETHALS, C. et JANSEN, S., « De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpactenovereenkomsten », *Meerpactenovereenkomsten. Contrats multipartites*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Chartre, 2013, pp. 113 et s.
- STOLL, H., « Rücktritt und Schadensersatz », *AcP*, 1929, pp. 141 et s.
- STORME, M.E., « Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten », *R.G.D.C.*, 1991, pp. 101 et s.
- THIER, A., « §§ 346-359. Rücktritt ; Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Teilband, §§ 305-432, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 2074 et s.
- T'KINT, F., « La résolution conventionnelle du contrat de vente en période suspecte au regard de l'article 445, alinéa 3, de la loi sur les faillites », note sous Cass., 14 janvier 1982, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 184 et s.
- VERVOORT, I., « Ontbinding en faillissement », note sous Cass., 9 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 587 et s.
- VAN DEN BERGH, B., « De (terugwerkende kracht van de) rechtsgevolgen na gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie: confectie of maatwerk? », note sous Cass., 8 février 2010, *R.W.*, 2011-2012, pp. 648 et s.
- VAN OEVELEN, A., « De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, pp. 503 et s.
- WEBER, R.H., *Berner Kommentar*, tome VI/1/5, *Die Folgen der Nichterfüllung. Art. 97-109 OR*, Bern, Stämpfli Verlag, 2000
- WEBER, R.H., « Art. 82 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, pp. 1096 et s.

- WÉRY, P., « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 300 et s.
- WIEGAND, W., « Art. 97-109 », *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 4^e éd., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, pp. 554 et s.
- WINTGEN, R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *Rev. contrats*, 2006, pp. 543 et s.
- WOLF, E., « Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden », *AcP*, 1954, pp. 97 et s.

§ 8. – *Rétroactivité conventionnelle*

- FAGES, B., « Rétroactivité de la révocation mutuelle », note sous Cass. fr., 14 décembre 2010 et 18 janvier 2011, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 126
- DEWEZ, J., « La résiliation du contrat par accord mutuel des parties », note sous Cass., 27 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 226 et s.
- FAGES, B., « Rétroactivité de la révocation mutuelle », note sous Cass. fr., 14 décembre 2010 et 18 janvier 2011, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, pp. 126 et s.
- GEGOUT, M., « Essai sur la rétroactivité conventionnelle », *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, pp. 283 et s.
- PUTMAN, E., « La révocation amiable », *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 125 et s.
- SAMOY, I., « Veinzing ontmaskerd? Een zoektocht naar schijn en werkelijkheid in de leer van simulatie... », *T.P.R.*, 2007, pp. 875 et s.
- SCHNEIDER, U.H., « Die Rückdatierung von Rechtsgeschäften unter besonderer Berücksichtigung der Probleme rückdatierter Gesellschaftsverträge », *AcP*, 1975, pp. 279 et s.
- VAN DYCK, S., « Het civielrechtelijk fiat van simulatie en de strafbare valsheid in geschriften: een rechtsparadox? », *T.P.R.*, 2006, pp. 1327 et s.
- VAN RANSBEECK, R., « Verbreking », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Antwerpen, Kluwer, 2005
- VATINET, R., « Le mutuus dissensus », *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, pp. 252 et s.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

- a fortiori* (raisonnement) : 69, 249, 291, 302, 334, 378, 380, 425, 447, 473, 490, 500, 505, 513, 514, 555, 563
- abstraction :
 - *Abstraktionsprinzip* : 176, 237, 537, 548, 556, 598
 - des actes de leur cause : 329, 331, 463, 571, 598
 - des concepts : 52, 598
- abus de droit : 132, 139, 141, 158, 255, 309, 310, 313, 329, 332, 333, 336, 354, 359, 360, 387, 395, 419, 423, 443, 458, 481, 484, 486, 487, 510, 527
- Abwicklungsverhältnis* : 351, 364, 388, 418, 507
- acceptation : 234
- accession : 256, 276, 424, 460
- acompte : 282, 285, 330, 354, 465, 466, 468, 528, 529, 531, 565, 566
- acte
 - authentique : 290, 319, 569
 - d'administration :
 - condition résolutoire : 523
 - condition suspensive : 177, 180, 181, 187, **198**
 - copropriété : 481
 - nullité : 300-303
 - résolution pour inexécution : 301, **475**
 - de conservation :
 - condition résolutoire : 172, 496, 524
 - condition suspensive : 170, 199, 202
 - copropriété : 481
 - nullité : 304
 - ratification : 139, 157
 - résolution pour inexécution : 476
 - de disposition :
 - condition résolutoire : 175-176, 201, 206, 522
 - condition suspensive : 174-176, 181, 193-195, 200-203, 204, 216, 532
 - copropriété : 481
 - nullité : 237, 238, **294-299**, 302
 - ratification : 143, 157
 - résolution pour inexécution : 351, 375, **464-474**
 - de procédure : 122, 133
 - sans pouvoir : 119-124, **125**, 133, 229
- action :
 - directe : 254, 292, 463, 573, 579
 - estimatoire : 483, 484, 487
 - indivisible : 481
 - mixte : 463
 - oblique : 104, 169, 292, 463
 - paulienne : 106, 112, 114, 555
 - personnelle : 193, 195, 237, 257, 266, 276, 281, 294, 463, 466, 498, 507, 546, 563
 - possessoire : 169
 - rédhibitoire : voir *garantie des vices cachés*
 - réelle : 193, 195, 200, 230, 237, 248, 257, 266, 273, 276, 281, 294, 295, 299, 300, 347, 419, 462, 463, 464, 465, 467, 468, 473, 481, 498, 508, 537, 540, 546, 563
 - voir aussi *nullité, résolution pour inexécution*

BRUYLANT

- adoption : 565
adultère : 282, 283
alternative légitime (théorie de l') : 345, 346, 349, 396
analogie : 42, 49, 74, 78, 173, 203, 235, 257, 269, 276, 302, 304, 314, 315, 337, 446, 466, 481, 514, 515, 516, 529, 532
annulation : voir *nullité*
antidate : 302, **567-569**, 572
Anwartschaftslehre : 175, 180
apparence :
- bail : 297, 302
- de contrat : 229, 334
- de pouvoir : 121, 140
- de propriété : **297**, 300, 302, 469, 542
- de validité : 89, 122
- héritier : 297
- subsidiarité : 241, 297, 334
arbitrage (clause d') : 312, 314, 357, 365, 490, 525
argumentation : 15, 20-21, 30, 31, 35, 36, 37, 41, 597
ARISTOTE : 20
assurance :
- action directe : 254, 292, 463, 573, 579
- charge de la preuve : 232
- condition affectant le titre de la chose assurée : 192, 519
- nullité ou résolution du titre de la chose assurée : 304, 463
- omission intentionnelle : 255, 308
- pluralité de risques assurés : 308
- réassurance : 328
- résolution pour inexécution : 439, 442
- risque putatif : 578
- suspension de la garantie : 292
- véhicules automoteurs : 229, 233, 254, 308, 312, 573
attentes légitimes (respect dû aux) : 26, 297, 546
- voir aussi *apparence, sécurité juridique*
autonomie de la volonté : 108, 147, 313, 317, 323, 482, 537, 562, 566, 571, 580
- voir aussi *privilège sans texte*
autorité de chose jugée : 250, 481
avant-contrat : 336, 337
ayant cause :
- à titre particulier : 102, 111
- voir aussi *acte de disposition*
- à titre universel : 113, 284
bad bargain : 392, 399, 402, 405, 438, 452
bail :
- à ferme : 198, 228, 230, 233, 300, 302, 314, 357, 481, 565, 574
- à vie : 433, 441, 442
- chose d'autrui : 180, 301, 303, 334, 475, 523
- chose indivise : 481
- commercial : 198, 233, 289, 300, 302, 481, 565
- condition résolutoire : 502, 513, 523
- condition suspensive : 177, 180, 181, 187, **198**
- dommages-intérêts complémentaires à la résolution : 384
- faculté d'expulsion du preneur : 172
- logement social : 359
- *mutuus dissensus* : 565, 566
- nullité : 112, 247, 260, 261, 262, 281, 282, 286, 289, 297, 300, 301, 302, 312, 335, 343, 349
- résidence principale : 198, 300, 302
- résolution pour inexécution : 355, 357, 359, 409, 430, 431, 435, 436, 460, 462, 475, 481, 485
- voir aussi *acte d'administration, congé*
Begriffsjurisprudenz : 5
bénéfice : voir *intérêt négatif, intérêt positif*
bonne foi :
- exécution de bonne foi (principe de l') : 125, 128, 131, 141, 170,

- 172, 280, 297, 309, 313, 316, 329,
336, 362, 409, 490, 496, 527, 530
- fruits : 187, 257-259, 295, 425, 427, 512
 - matière immobilière : voir *apparence, publicité foncière*
 - matière mobilière : 175, 176, 202-203, 297, 299, 329, 365, 425, 471, 522, 545, 550, 576
- bonnes mœurs : 88, 237, 280, 282, 316
- voir aussi *nullité absolue*
- caducité :
- défaillance de la condition suspensive : 527-532
 - disparition de l'objet : 201, 265, 273, 303, 328, 355, 395, 445, 457, 464, 475, 526, 565
 - disparition de la cause : 269, 332, 372
- cantonement amiable : 196
- cas fortuit : voir *risques*
- casuistique (approche) : 5, 26, 44, 88, 147, 238, 241, 262, 376, 600
- cause :
- absence : 86, 94, 229
 - conception mécanique : 598
 - étrangère : voir *risques*
 - illicite : 230, 280, 282, 297, 307, 310, 327, 346, 349
 - impulsive et déterminante : 307
 - objective : 331, 368, 372, 373
 - voir aussi *abstraction, enrichissement sans cause, responsabilité*
- cautionnement : 115, 292, 325, 328, 329, 331, 463, 575
- cession de créance : 202, 221, 237, 292, 297, 299, 322, 371, 463, 552
- choix du droit applicable (clause de) : 312, 357, 490, 525
- chômage locatif : 409
- chose :
- certaine : 248, 281, 532, 556
 - de genre : 255, 257, 294, 423, 465, 510, 556
 - hors commerce : 245, 286, 295, 327, 343, 344, 346
 - indivise : 481
- clause
- abusive : 232, 233, 308, 312, 313, 316, 563
 - compromissoire : 312, 314, 357, 365, 490, 525
 - finale : 312, 490, 525
 - pénale : 289, 312, 314, 331, 365, 389, 443, 481, 490
 - réputée non écrite : 231-233, 234, 235, 312, 331
 - résolutoire : 355, **359**, 360, 363, 369, 418, 424, 429, 439, 445, 472, 474, 481, 490, 495
- CMR : 312
- cohérence : 6, 18, 24, 25, 26, 38, 68, 101, 139, 157, 164, 222, 241, 267, 360, 484, 500, 541, 549, 555, 597, 600
- commodat : 198
- commune : 118
- compensation : 169, 185, 234, 465
- compétence territoriale : 149, 152
- voir aussi *élection de for*
- compte en banque : 196, 257
- conceptuelle (approche) : 5, 18, 42, 336, 337
- voir aussi *rétroactivité*
- conciliation : 228, 357
- concours : voir *insolvabilité*
- concurrency (clause de non-) : 170, 311, 315, 318, 487, 490, 525, 530, 565
- condition :
- casuelle : 522
 - définition : 163-164
 - durée maximale : **173**, 314, 522
 - effet de plein droit : 167, 368
 - groupe de contrats : 327, 332, 333, 526
 - illicite : 307
 - négative : 171
 - positive : 171
 - potestative : 164, 213, 502
 - prix de la condition : 528, 531
 - résolutoire :
 - approche fonctionnelle : 164
 - défaillance : 206-208
 - définition : 494
 - dérogation à l'abstraction : 237

- distinction avec la résolution pour inexécution : 367-370, 495
- période intermédiaire : 172-173, 496
- résolution partielle : 525
- restitutions :
 - fondement : 506-508
 - en nature : 510, 513, 517, 519
 - étendue : 510
 - forme : 510
 - frais : 511
 - normalité : 167, 370, 500
 - objet : 509
 - par équivalent : 510, 513, 517
 - prescription : 507, 508
 - principe : 505
 - sommes payées à/par des tiers : 509
- rétroactivité :
 - acte d'administration : 502, 523
 - acte de conservation : 172, 496, 524
 - acte de disposition : 175-176, 201, 206, 522
 - approche conceptuelle : 503
 - approche fonctionnelle : 503, 512, 513, 514
 - contrats aléatoires : 513
 - contrats successifs : 513
 - envers les tiers : 521
 - fondements : 498-503
 - fruits : 502, **512**
 - jouissance (indemnité de) : 512
 - moins-value : 514-518
 - plus-value : 519
 - principes : 497
- tacite : 367-370
 - voir aussi *résolution pour inexécution*
- variété de condition suspensive : 164
- suspensive :
 - défaillance : 527-532
 - définition : 163
 - existence de l'obligation : 165-167, 170-171
 - période intermédiaire : 165-173
 - réalisation après faillite : 195, 466
 - rétroactivité :
 - acte d'administration : 177, 180, 181, 187, **198**
 - acte de conservation : 170, 199, 202
 - acte de disposition : 174-176, 181, 193-195, 200-203, 204, 216, 532
 - approche conceptuelle : 177
 - approche fonctionnelle : 164, 178, **181**, 182, 184, 187, 188, 194, 198, 200, 204, 205, 215, 528
 - cantonnement amiable : 196
 - délais de rigueur : 186
 - exécution forcée : 182, 184, 185
 - exigibilité de l'obligation : 182-185
 - fondement : 177-181
 - fruits : 177, 181, **187**
 - jouissance (indemnité de) : 178
 - moins-value : 188-191
 - plus-value : 192
 - prescription acquisitive : 170, 197
 - prescription extinctive : 169, 178, 186
 - principes : 174-176
 - suspension de l'obligation : 169
 - confiance légitime : voir *attentes légitimes*
 - confidentialité (clause de) : 170, 490, 525, 530, 565
 - confirmation :
 - approche fonctionnelle : 97

- conditions : 86, 233
- définition : 84
- donation : 86, 111, 112
- droit acquis des tiers : 91, 92, 99-107, **108**, 109-111, **112**, 113-115
- effet relatif : 86, 94, **108**, 110-114, **115**, 333
- forme : 86
- période intermédiaire : 89, 95
- rétroactivité : 90-97, 100, 112
- revente de la chose : 274, 295
- confusion : 462
- congé :
 - bail : 153, 204, 238, 355, 481
 - contrat à durée indéterminée : 234
 - contrat de travail :
 - avec préavis : 121, 124, 312
 - pour motif grave : 139, 156, 157, **161**
 - nullité : 238, 289
 - résolution pour inexécution : 355, 359
 - révocation amiable : 566, 573
- consensualisme (principe du) : 567, 570
- consentement :
 - absence : 86, 88, 120-121, 145, 146, 229, 335
 - actes de procédure : 122
 - vices : voir *dol*, *erreur*, *lésion*, *représentation*
- conservation (obligation de) : 169, 170, 172, 173, 365, 370, 496, 528, 530
 - voir aussi *acte de conservation*
- consortium (contrat de) : 481
- contentieux constitutionnel : voir *égalité*
- contrat :
 - aléatoire : voir *condition résolutoire*, *nullité*, *résolution pour inexécution*
 - conditionnel : 166
 - informatique : 487
 - multipartite : 94, 250, 310, 480-481
 - réel : 253, 329, 509
 - successif : voir *condition résolutoire*, *mutuus dissensus*, *nullité*, *résolution pour inexécution*
 - synallagmatique : 243, 264, 267, 330, 350, 351, 355, 367, 368, 369, 371-373, 406, 415, 427, 485, 495, 505, 506
 - voir aussi *assurance*, *bail*, *commodat*, *consortium*, *courtage*, *dépôt*, *entreprise*, *échange*, *franchise*, *jeux et paris*, *prêt*, *interprétation*, *mandat*, *partage*, *qualification*, *société*, *transaction*, *travail*, *vente*
- convention-loi (principe de la) : 125, 130, 167, 170, 234, 313, 317, 322, 323, 359, 362, 482
- conversion des actes nuls : 238, **319-324**, 343
- copropriété : 481
- courtage (contrat de) : 463
- crédit à la consommation : 231, 319, 325, 331
- culpa in contrahendo* : 237, 238, 244, 253, 254, 255, 259, 275, 278, 285, 286, 289, 290, **335-349**
- CVIM : 44
- damnum emergens* : voir *intérêt négatif*, *intérêt positif*
- date certaine : 302, 569
- DCEV : 44
- DCFR : 44
- DE PAGE : 22, 88
- déductive (approche) : voir *conceptuelle*
- défaillance : voir *condition*
- défense (droits de la) : 141, 249, 481
- délivrance (obligation de) : 386, 396, 484
 - voir aussi *tradition*
- démence : 229
- dépôt : 198, 234, 257, 281, 425
- désaveu : 122, 133, 159, 162, 297
- dette :
 - dans la masse : 195, 220, 248, 294, 418, 466, 600

- de la masse : 195, 220, 465, 466, 561
- de somme : 275
- de valeur : 274, 275, 457, 517
- hors la masse : 195, 220, 466
- voir également *égalité, insolvabilité, privilège*
- dialectique : voir *argumentation*
- Differenztheorie* : 394, 403
- Direkterwerb* : 204
- discrimination : voir *égalité*
- divisibilité : voir *action, condition résolutoire, contrat successif, groupe de contrat, litige, nullité partielle, résolution pour inexécution partielle*
- divorce : 86, 355
- dol :
 - faute intentionnelle : 341, 362, 385, 386, 410
 - vice de consentement :
 - incident : 226, 336, 340, 347
 - principal : 94, 237, 261, 288, 292, 295, 297, 338, 340, 343, 346, 347, 552, 555
- domaine public : 26, 245, 343, 344, 346, 349
- dommage : voir *intérêt négatif, intérêt positif, responsabilité*
- donation : voir *confirmation, mutus dissensus, nullité partielle, privilège, réduction, révocation, risques*
- Doppelwirkung* : 237, 280, 289, 307
- double degré de juridiction : 284
- droit :
 - acquis des tiers :
 - condition suspensive : 193-203, 211-224
 - confirmation : 91, 92, 99-107, 108, 109-111, 112, 113-115
 - ratification : 143, 144, 151, 153-159, 211-224
 - commun : 241, 313, 325, 332, 363, 385, 386, 440, 442
 - comparé : 34-44
 - de critique : voir *confirmation, nullité*
 - d'enregistrement : 164, 253, 547, 553
 - effacé : 8, 225, 533-558
 - voir aussi *condition, nullité, résolution pour inexécution*
 - éventuel : 125, 163
 - inachevé : 8, 83, 209-224
 - voir aussi *condition, confirmation, ratification*
 - indivisible : 481
 - naturel : 27, 29, 37, 328
 - propre : 113, 115
 - remodelé : 8, 559, 580-581
 - révélé : 8
- DWORKIN : voir *cohérence, interprétation du droit*
- échange (contrat d') : 322, 328, 468, 481
- Ecole de Bruxelles : 22
- effet :
 - déclaratif : voir *jugement, partage, transaction*
 - externe : voir *relativité*
 - immédiat : 48, 55-57, 96, 145, 162, 598
 - interne : voir *relativité*
 - personnel : voir *action personnelle*
 - réel : voir *action réelle*
 - relatif : voir *confirmation, fraude, relativité*
 - rétroactif : voir *rétroactivité*
 - rétrospectif : 56
- efforts de la victime : 407-409
- égalité :
 - bénéficiaires : 63
 - but de la distinction : 66
 - comparabilité : 64
 - compensation des intérêts et des fruits : 258
 - condition résolutoire : 500, 557
 - condition suspensive : 211-224
 - définition : 62
 - des armes : 293
 - des créanciers : 219-222, 465, 466, 472, 474
 - voir aussi *privilège*
 - droits effacés : 542-558

- droits inachevés : 211-224
- garantie d'éviction : 452, 461
- garantie des vices cachés : 458
- limites : 6, 26, 71, 556, 599
- nullité : 545-549
- objectivité de la distinction : 65
- pertinence de la distinction : 67
- portée matérielle : 73-74
- proportionnalité : 68-71
- ratification : 211-224
- résolution pour inexécution : 378, 550-556
- responsabilité du fait des bâtiments : 579
- rétroactivité conventionnelle : 581
- sanction : 72
- utilité : 3, 6, 9, 61, 82, 224, 558
- voir aussi *lacune*
- élection de for (clause d') : 312, 357, 490, 525
- enrichissement sans cause :
 - cause juridique : 598
 - condition résolutoire : **506**, 507, 519
 - condition suspensive : 175, 192
 - nullité : 237, **245**, 247, 259, 260, 267, 269, 273, 276, 281, 299, 302, 329, 537, 538
 - résolution pour inexécution : 416, 433, 460, 537, 538
- entreprise (contrat d') : 260, 282, 304, 355, 432
- entretien (dépenses d') : voir *jouis-sance*
- équivalence des conditions (théorie de l') : 344, 385, 402, 412, 530, 598
- erreur
 - commune : 297
 - inexcusable : 341
 - obstacle : 94
 - sur la cause : 86, 332, 333, 334, 359, 379, 526
 - sur la substance : 86, 94, 237, 261, 262, 292, 297, 327, 328, 332, 335, 338, 343, 344, 379
 - sur les pouvoirs : 130
- Error communis facit jus* : 297
- essai (clause d') : 316
- essence : voir *conceptuelle*
- éviction : voir *garantie*
- exception
 - d'illégalité : 228
 - d'indignité : 279, 285
 - d'inexécution : 124, 234, 241, 243, 267, 287, 332, 354, 357, 362, 371, 415, 505
 - de nullité : 228, 236, **251**, 278
 - inopposable à la victime : 229, 254, 573
- excès de pouvoir : 119-124, **125**, 133, 229
- exécution :
 - asymétrique : 269
 - en nature : 104, 328, 329, 354, 395, 406, 420, 445
 - forcée : 182, 184, 185, 186, 228, 249, 250, 251, 278, 354, 359, 373, 387, 394, 395, 401, 405, 419, 425, 437, 439, 443, 445, 482, 489, 490
 - par équivalent : 104, 193, 354, 388, 445, 487
 - provisoire : 183, 184
 - voir également *caducité, restitutions, risques*
- exonération de responsabilité (clause d') : 312, 313, 316, 490, 563
- expropriation : 195, 298, 469
- faillite : voir *insolvabilité*
- faute : voir *dol, responsabilité*
- faux en écritures : 229, 568
- Fehleridentität* : 237, 295, 327
- fiction : 48-49, 51, 145, 146, 246
- filiation : 565
- flexibilité : voir *casuistique, fonctionnelle*
- folie : 229
- fonctionnelle (approche) : 5, 18, 42, 43, 202, 222, 223, 336, 338, 552, 557
 - voir aussi *rétroactivité*
- force majeure : voir *risques*
- force probante : voir *date certaine, jugement*
- frais : voir *intérêt négatif, intérêt positif*
- franchise (contrat de) : 343

- fraude :
- à la loi : 316
 - antidate : 568
 - aux droits des tiers : 230, 358, 568, 572, 575
 - effet relatif : 555
 - limite à l'abstraction : 329
- fraus omnia corrumpit* : voir *dol*, *fraude*
- fructification (dépenses de) : voir *jouissance*
- fruits : voir *condition*, *nullité*, *résolution pour inexécution*
- gage :
- accessoriété : 329
 - fruits : 257
 - registre : 202, 222, 223, 557
 - sur créance : 221, 322
- garantie :
- d'éviction : 104, 294, 295, 325, 328, 383, 384, 385, 386, 426, 452, 461, 464, 550, 572
 - des vices cachés : 327, 370
 - action estimatoire : 483, 484, 487
 - bref délai : 141, 186
 - charge des risques : 447, 450, 452
 - dommages-intérêts : 383-386
 - impossibilité de restitution imputable à l'acheteur : 458
 - option entre action réhibitoire et action estimatoire : 483, 487
 - pluralité de choses : 484
 - présomption de connaissance : 386
 - sûreté : voir *cautionnement*, *gage*, *hypothèque*, *privilege*
- genera non pereunt* : 255, 264, 266, 423, 510
- Gestaltungsrecht* : 157, 234
- gestation pour autrui : 312
- gestion d'affaires : 133, 302
- groupe de contrats : 325-334, 491-192, 526
- Guide CNUDCI : 44
- héritier : voir *ayant cause*
- herméneutique : voir *interprétation*
- hypothèque :
- accessoriété : 329
 - consentie par un mineur : 105
 - condition résolutoire affectant le titre sur l'immeuble : 522
 - légale : 106
 - pour sûreté d'un droit conditionnel : 170, 179
 - nullité du titre sur l'immeuble : 294, 297
 - résolution pour inexécution du titre sur l'immeuble : 464
- image didactique : 47, 51, 97, 98, 145, 162, 179, 207, 210, 329, 375
- immoral : voir *bonnes moeurs*
- impenses : 192, 199, 259, 276, 302, 304, 399, 460, 519
- impôts sur les revenus : 253
- imprévision : 313
- imputabilité : 297
- In pari causa...* : 240, 255, **278-286**, 303
- inaliénabilité (clause d') : 173, 180
- incapable : 237, 253, 261, 262, 280, **287-288**, 295, 379
- voir aussi *représentation*
- incombance : 141
- indivision : 173
- indivisibilité : voir *action*, *condition résolutoire*, *contrat successif*, *groupe de contrats*, *litige*, *nullité partielle*, *résolution pour inexécution partielle*
- inductive (approche) : voir *fonctionnelle*
- inexistence : 87, 88, 89, **229**, 231, 235, 237
- inopposabilité :
- à la masse faillie : 247, 266, 466, 468, 474
 - acte accompli sans pouvoir : 120, 123-124
 - acte d'un co-indivisaire : 481
 - acte illégal : 226
 - cession de créance à titre de garantie : 221, 322
 - confirmation : 86, 94, **108**, 110-

- 114, **115**
- condition résolutoire : 522
 - condition suspensive : 200
 - des exceptions (assurance) : 229, 254, 573
- insolvabilité : 175, 176, 193, 195, 196, 204, 217-223, 237, 248, 254, 294, 299, 322, 347, 354, 359, 365, 418, 419, 422, 464, 465, 471, 472, 473, 474, 522, 537, 544, 546, 550, 552, 556, 557, 579
- institution : 6, 10, 63
- intention du législateur : 13, 25, 36, 37, 38, 42, 49, 66, 265
- Interessenjurisprudenz* : 5
- intérêt :
- à agir en justice : 111, 112, 285, 286, 348, 355
 - de retard : 149, 151
 - général : 220, 378, 547, 600
 - négatif : 344, 381, **382-392**, 399-401, 404, 405
 - positif : 344, 346, 349, 377, 381, **393-409**, 420, 426, 427, 438, 443, 445, 449-454, 457
 - voir aussi *égalité, fonctionnelle, fruit, proportionnalité*
- interprétation :
- conciliante ou conforme : 72, 215, 232, 378, 500, 539
 - construite par étapes : 26, 541, 600
 - de la jurisprudence : 24
 - de la loi : 25
 - des fictions : 49
 - des réalités juridiques : 52
 - des renonciations : 86, 94, 128, 148, 355
 - du contrat : 106, 309, 310, 313, 316, 318, 321-324, 329, 568, 577
 - du droit : 5, **13-19**, 21, 35, 37, 87, 88, 284
 - dynamique : 25, 37, 360
 - historique : 13, 25, 36, 37, 38, 42, 49, 66, 265
- intervention (demande en) : 252, 293, 296, 481
- irrésistible : voir *force majeure*
- ivresse : 229
- JAPIOT : 44, 88
- jeux et paris : 255, 327, 439
- jouissance (indemnité de) :
- condition résolutoire : 512, 519
 - condition suspensive : 178
 - nullité : 259, 276, 282
 - résolution pour inexécution : 399, 406, 460
 - théorie des risques : 330
- jugement :
- autorisé de chose jugée : 250, 481
 - de valeur : 15, 18, 20, 21, 27-33, 36, 38, 68, 74, 390
 - effet déclaratif : 8, 235, 239, 353, 359, 360, 363, 412, 429, 447, 472, 474
 - force probante : 250, **293**
 - voir aussi *exécution*
- KELSEN : voir *positivisme*
- law as integrity* : 18, 21
- lacune :
- de la loi : **75-81**, 173
 - du contrat : 321
 - du droit : 27, 38, 77
- leasing : 331
- legal transplant* : 38, 44, 320
- légalité des délits et des peines (principe de) : 77, 79, 81, 283, 316, 354, 376, 392, 405
- législateur : voir *égalité, intention du législateur, interprétation, lacune, opportunité*
- lésion
- énorme : 94, 108, 149, 173, 186, 258
 - qualifiée : 314, 347
- litige indivisible : 480, 481
- livraison : voir *délivrance, tradition*
- location-financement : 331
- lucrum cessans* : voir *intérêt négatif, intérêt positif*
- mandat :
- *ad litem* : 122, 133
 - apparent : 121, 140
 - incontesté : 126-141
 - rétroactivité : 138
 - judiciaire : 118
 - nul : 116, 292, 334

- réduction du salaire du mandataire : 314
- résiliation unilatérale : 234
- résolu : 463
- voir aussi *ratification*, *représentation*
- manque à gagner : voir *intérêt négatif*, *intérêt positif*
- mariage : 229, 230, 250, 565
- mauvaise affaire : voir *bad bargain*
- médiation (clause de) : 312
- mention marginale : 250, 296, 469, 542
- mineur : voir *hypothèque*, *incapable*, *servitude*, *vente*
- mise en demeure :
 - condition résolutoire : 515
 - de ratifier : 125, 139, 144, 157, **158**
 - nullité : 257, 271
 - résolution pour inexécution : 359, 360, 361, 362, 369
 - renversement de la charge des risques : 265, 271, **445**, 449-454
- mobile : voir *cause*
- moins-value : voir *risques*
- motif grave : voir *congé mutuus dissensus* : 121, 230, 355, 358, **565-566**, 571
- nature :
 - d'une institution : voir *conceptuelle*
 - des choses : 29, 328
 - voir aussi *droit naturel*
- Nemo auditur...* : 278
- Nemo plus juris...* : 179, 180, 196, 208, 294, 503
- neutralité axiologique : voir *jugement de valeur*
- nominalisme monétaire : 255, 275, 423
- non bis in idem* : 284
- non-concurrence (clause de) : 170, 311, 315, 318, 487, 490, 525, 530, 565
- non-discrimination : voir égalité
- norme fondamentale : 20, 28, 30
- notion : voir *conceptuelle*, *fonctionnelle*
- Nouvelle rhétorique : 20, 21
- novation : 170, 289
- Nul ne peut se faire justice à soi-même : 89, 227, 234, 359, 360, 564
- nullité :
 - absolue : 5, 86, 88, 89, 94, 103, 111, 229, 236, 237, 238, 249, 262, 278, 280, 291, 347, 574
 - acte accompli sans pouvoir : 120-121
 - action en annulation : 87, 88, 89, 91, 92, 94, 103, 110, 112, 186, **227**, 228, 231-233, 234, 236, 237, 238, 248, 481
 - amiable : 230, 235, 564
 - après faillite : 466
 - concours des causes de nullité : 237, 280, 289, 307
 - contrat déjà dissous : 289
 - conversion : 238, **319-324**, 343
 - *culpa in contrahendo* : 237, 238, 244, 253, 254, 255, 259, 275, 278, 285, 286, 289, 290, **335-349**
 - de plein droit : 87, 88, 89, 91, 92, 103, 120, 121, 228, 231-233, 234, 237, 238
 - définition : 226
 - exception de nullité : 228, 236, **251**, 278
 - extrajudiciaire : **234**, 235
 - groupe de contrat : 325-334
 - objet : 226
 - office du juge : 86, 234, 237, 238, **249-252**, 279, 346, 347, 481
 - partielle : 231, 233, 236, 238, 269, 290, **307-313**, 315, 327, 574
 - période intermédiaire : 89, **227-235**, 573
 - prescription : 233, 249, 251, 252
 - proportionnalité : 88, 240, 241, 300, 309, 315, 337, 537
 - réduction : 173, 241, **314-319**
 - relative : 5, 86, 88, 89, 94, 102, 103, 111, 112, 121, 128, 133, 136, 228, 229, 233, 236, 237, 238, 249, 280, 294, 328, 343, 563, 568, 574
 - renonciation :
 - conventionnelle : 320

- unilatérale : voir *confirmation*
- restitutions :
 - action directe : 254
 - anormalité : 378, 500
 - en nature : 245, **255**, 260, 299, 563
 - étendue : 255
 - fondement : 237, 238, 244-248, 266
 - forme : **255**, 563
 - frais : 255, 335, 342, 344, 347
 - objet : 253
 - par équivalent : **255**, 260, 271, 273, 295, 299, 563
 - prescription : 247, 252, 537, 540
 - principe : 243
 - refus à la partie coupable : 240, 255, **278-286**, 303
 - sommes payées à/par des tiers : 253-254
- rétroactivité :
 - acte d'administration : 300-303
 - acte de conservation : 304
 - acte de disposition : 237, 238, **294-299**, 302
 - approche conceptuelle : 87, 237, **239**, 259, 267, 275, 315, 325, 378
 - approche fonctionnelle : 88, 229, 237, **240-241**, 247, 257, 259, 267, 275, 288, 306, 309, 315, 325, 378
 - clause d'exception : 238
 - contrat aléatoire : 255, 260, **262**
 - contrat successif : 237, 238, 247, **260-262**
 - délai de rigueur : 289
 - envers les tiers : 237, 238, **291-293**, 294-304
 - fondement : 239-241
 - fruits : 241, 256-259, 295, 302
 - incapables : 287-288
 - inexécution : 228, 289
 - intérêts : 258
 - jouissance (indemnité de) : 259
 - moins-value : 266-275
 - plus-value : 259, **276**
 - prescription acquisitive : 52, 248, 298, 542, 545
 - principes : 236-238, 289
 - résiliation : 238
 - sanction : 88, 240, 241, 250, 300, 378, 417, 537
 - théorie classique : **87**, 231, 234, 237, 239, 246, 300, 378
 - théorie moderne : **88**, 112, 227, 229, 234, 239, 240, 246, 300, 337, 378, 537
 - unilatérale : **234**, 235
- obligation :
 - de donner : voir *propriété*
 - de faire : 246, 262, 417, 506, 556
 - de ne pas faire : 246, 262, 417, 506
 - indivisible : 308, 309, 480, 481
 - solidaire : 115, 292
- objet :
 - absence : 229, 328
 - de la demande : voir *principe dispositif*
 - illicite : 280, 282, 297, 343, 344
 - indéterminable : 86, 311, 313
- obsolescence : 263, 273, 275, 459
- occupation (indemnité d') : voir *jouissance*
- offre :
 - conditionnelle : 169
 - rejetée : 229
- opportunité (appréciation en) : 66, 68, 73-81, 310, 313, 317, 323, 346, 353, 373, 376, 429
 - voir aussi *jugement de valeur*
- ordre public : voir *nullité absolue*
- organe : voir *représentation*
- pacte
 - commissoire : voir *clause résolutoire, résolution pour inexécution*
 - de garantie : 337
 - sur succession future : 86
- paiement indu :
 - absence de pouvoir de

- *l'accipiens* : 119
- avant réalisation de la condition suspensive : 169, 182, 184, 531
- avant ratification : 125
- condition résolutoire : 506
- nullité : 238, **246**, 260, 278, 280, 538
- résolution pour inexécution : 365, **417**, 538
- paradigme : 17
- paradoxe : 52, 178, 597
- partage : 4, 8, 48, 468
 - voir aussi *responsabilité*
- partijbeslissing* : 157, 234
- peine privée : 240, 255, 279, 280, 283, 284, 285, 287, 295, 316, 341, 354, 376, 392, 405, 552
- Pendenztheorie* : 175
- PERELMAN : voir *argumentation*
- personnalité des peines : 284, 295
- perte
 - de la chose :
 - fortuite : voir *risques*
 - par le fait du débiteur : voir *responsabilité*
 - d'une chance : 275, 344, 391, 399, 400
 - dommage : voir *intérêt négatif*, *intérêt positif*
- plus-value : voir *condition*, *nullité*, *résolution pour inexécution*
- positivisme : 15, 16, 20, 21, 24, 28-32
- possession : voir *action*, *bonne foi*, *propriété*
- pouvoir : voir *représentation*
- pragmatisme : 13, 16, 22
- préavis irrégulier : 94, 312
- préférence (cause de) : voir *privileège*
- prescription :
 - acquisitive :
 - condition suspensive : 170, 197
 - nullité : 52, 248, 297, 298, 304, 542, 545
 - résolution pour inexécution : 469, 471, 542
 - extinctive :
 - condition résolutoire : 507, 508
 - condition suspensive : 169, 178, 186
 - nullité : 233, 247, 248, 249, 251, 252, 297, 336
 - ratification : 132, 141, 149, 151, 159
 - résolution pour inexécution : 418
 - réduction conventionnelle du délai : 574
- présomption :
 - de l'homme : 260, 290, 293, 405, 406
 - de rentabilité : 405
 - de volonté : 91, 302, 565, 566
 - irréfragable : 48, 284
 - réfragable : 258, 293, 405, 569
- prêt : 281, 282, 284, 329, 502
- prévisibilité : voir *sécurité juridique*
- principe dispositif : 250, 252, 420, 421, 482, 563
- principe général du droit : 26, 29, 187, 297, 300, 328, 336, 512
- Principes d'Unidroit 2010 : 44
- privileège :
 - bailleur : 175
 - immobilier : 298, 464, **468**, 550, 551, 556
 - qualité de la créance : 218, 550
 - sans texte : 195, 204, 217-223, 254, 322, 354, 557, 572
 - vendeur d'effets mobiliers impayés : 203, 365, 464, **472-474**, 550, 572
- prix : voir *vente*
- produit : 256
- Projet Catala : 44
- Projet de la Chancellerie : 44
- Projet Terré : 44
- proportionnalité : voir *égalité*, *nullité*, *résolution pour inexécution*
- propriété :
 - apparente : **297**, 300, 302, 469, 542
 - conditionnelle : 164, 166, 176, 179, 180

- indivise : 481
- opposabilité du transfert :
 - immeubles : 467
 - meubles : 184, 203
- réserve de propriété : 163, 180, 203, 265, 368, 467, 470, 537, 552, 572
- somme d'argent : 465, 556
- transfert *solo consensu* : 265, 473
- voir aussi *acte de disposition*
- prostitution : 280, 282, 346
- Provision est due au titre : 227
- publicité foncière : 103, 154, 170, 175, 176, 202, 250, 296, 302, 467, 540, 542, 551, 556, 569, 576, 600
- Quae temporalia sunt...* : 251
- qualification : **321-322**, 324, 343, 359
- Quod nullum est...* : 239, 537
- raison pratique : voir *argumentation*
- rapport de liquidation : 351, 364, 388, 418, 507
- ratification :
 - alternative : voir *mandat incontesté*
 - conditions : 117
 - congé pour motif grave : 139, 156, 157, **161**
 - définition : 116
 - forme : 116, 117, 148
 - gestion d'affaires : 302
 - période intermédiaire : 119-124, **125**
 - rétroactivité :
 - accord contraire : 143
 - acte de conservation : 139, 157
 - acte de disposition : 143, 157
 - acte de procédure : 159, 162
 - approche conceptuelle : 146, 152, 155
 - approche fonctionnelle : 147, 148, 152, 155, 162
 - contre le représentant : 150
 - contre le représenté : 145-149
 - contre le tiers consentant : 151
 - contre le tiers véritable : 153-158
 - délai de rigueur : 144, 149, 151, 157, 159, 162
 - droit acquis : 143, 144, 151, 153-159, 211-224
 - fondement : 146-147, 152, 155
 - principes : 142-144, 160, 162
 - voir aussi *mandat, mise en demeure, représentation, risques ratihabitio mandato comparatur* : 145-146, 155
- réalité :
 - juridique : 50-52, 177, 178, 415, 430, 566, 570, 600
 - matérielle : 48, 57, 59, 149, 415, 430, 566, 570, 600
- rechtsverwerking* : 44, 141, 158, 297, 458
- réclame (droit de) : 365, 473, 554
- réduction :
 - actes nuls : 173, 241, **314-319**, 443
 - donations : 106, 111, 112, 568
 - durée du bail : 481
 - loyer : 484
 - prix : 484
 - sanction de l'abus de droit : 141, 484
 - téléologique : 42, 49, 181, 280, 503, 538, 597
- réfaction : 484, 487
- réfection : 85, 86, 91
- registre : voir *gage, publicité foncière*
- règle impérative : voir *nullité relative*
- régularisation : 4, 85, 92, 98
- relativité :
 - autorité de chose jugée : 293
 - conventions : 108, 123, 124, 198, 199, 201, 292, 293, 294, 301, 302, 304, 325, 332, 463, 464, 475, 476, 521, 523, 524, 572
- remise de dette : 170, 351
- remplacement (frais de) : 406
- renonciation : voir *confirmation, mandat incontesté, interprétation*
- rente viagère : 186, 355, 433, 441, 442, 462

- représentation :
- absence ou excès de pouvoir : 119-124, **125**, 133, 229
 - acte de procédure : 122, 133
 - acte unilatéral : 120, 127, 130, 134, 135, 143, 152, 156
 - commune : 118
 - effet : 116
 - imparfaite : 117
 - incapables : 118, 121, 146
 - organe : 118, 121
 - parfaite : 116, 117
 - vice de consentement : 121
 - voir aussi *apparence, mandat, ratification, responsabilité*
- réputée non écrite (clause) : 231-233, 234, 235, 312, 331
- requalification : **321-322**, 324, 343, 359
- res perit creditori/debitori/domino* : voir *risques*
- rescission : 236
- voir aussi *lésion énorme*
- réseau (droit en) : 22
- réserve de propriété : 163, 180, 203, 265, 368, 467, 470, 537, 552, 572
- résiliation :
- bilatérale : voir *révocation*
 - unilatérale : voir *congé*
- résolution pour inexécution :
- amiable : 332, 355, **358**, 564
 - après faillite : 466
 - aux torts réciproques des parties : 355, 357, 362, **410-413**
 - conditions : 355
 - contrat caduc : 328
 - contrat conditionnel : 171
 - contrat déjà dissous : 289, 328, 355, 448
 - contrat nul : 289
 - définition : 350
 - distinction avec la condition résolutoire : 367-370, 495
 - dommage-intérêts : voir *responsabilité*
 - du rapport de restitutions : 273
 - groupe de contrat : 325-334, 491-492
 - objet : 351
 - office du juge : 420-421, 463, 481
 - option : 354, 359, 368, 373, 387, 394, 395, 396, 401, 406, 420, 425, 429, 463, 468, 482, 487, 489, 490
 - partielle : 327, 351, 377, 397, 460, 478-490
 - période intermédiaire : 356-362
 - proportionnalité : 376, 435, 442, 447, 479, 480, 482, 486, 488
 - restitutions :
 - anormalité : 370, 378, 500
 - dommage de restitution : 399, 400, 402, 450, 451, 452, 459
 - en nature : 416, **423**, 430, 432, 433, 437, 457
 - étendue : 423
 - fondement : 416-419
 - forme : 423
 - frais : 423
 - objet : 422
 - par équivalent : **423**, 430, 431, 433, 437, 446, 457
 - prescription : 418, 537, 540
 - principe : 415
 - sommes payées à/par des tiers : 422
 - rétroactivité :
 - acte d'administration : 301, **475**
 - acte de conservation : 476
 - acte de disposition : 351, 375, **464-474**
 - approche conceptuelle : 351, 364, 367, 372, 378, 380, 388, 417, 447, 462
 - approche fonctionnelle : 364, **374-378**, 380, 388, 417, 418, 429, 435, 447, 463, 466, 479, 489
 - contrat aléatoire : 439-443
 - contrat successif : 397, **428-438**, 485
 - date du manquement : 377, 435
 - envers les tiers : 351, **463**
 - fondement : 366-378
 - fruits : 375, **424-427**

- jouissance (indemnité de) : 399, 427
- moins-value : 399, **446-459**
- plus-value : 399, **460-461**
- prescription acquisitive : 469, 471
- principes : 363-365
- stipulations contractuelles : 423, 457, **462**
- sanction : 350, 352-354, 373, 375-376, 378, 388, 429, 435, 442, 447, 479, 482, 486
- unilatérale : 234, 355, **360-362**, 363, 429, 445, 481, 537, 540
- responsabilité :
 - caducité : 201, 303, 328
 - complémentaire à la résolution pour inexécution : 351, 355, 362, 377, **379-413**, 415, 426, 427, 438, 443, 449-454, 461
 - avantages perçus par le créancier : 407-409
 - formule de calcul : 402
 - frais de remplacement : 406
 - présomption de rentabilité : 405
 - voir aussi *intérêt négatif*, *intérêt positif*
 - concurrente : 412
 - cumulative : 412
 - du débiteur conditionnel : 169, 170, 171, 200, 201, 208, 530
 - du représentant sans pouvoir : 124, 148, 150, 151
 - exonération (clause d') : 312, 313, 316, 490, 563
 - partage : 259, 341, 343, 344, 410-413
 - précontractuelle : 237, 238, 244, 253, 254, 255, 259, 275, 278, 285, 286, 289, 290, **335-349**
 - voir aussi *alternative légitime*, *dol*, *dommage*, *équivalence des conditions*, *intérêt*
- restitutions : voir *condition résolutoire*, *nullité*, *résolution pour inexécution*
- retard d'exécution : 125, 184, 490
 - voir aussi *intérêt*
- rétenion (droit de) : 234, 243, 303, 415, 470, 473, 505
- retour conventionnel (droit de) : 522, 552
- rétractation (droit de) : 4
- retrait litigieux : 4
- rétroactivité :
 - approche conceptuelle : 45, 538, 554, 597, 599
 - approche fonctionnelle : **6**, 7, 8, 26, 53, 57, 210, 534-541, 554, 567, 588, 594, 596, 600
 - causalité : 598
 - conventionnelle :
 - antidate : 567-569
 - approche conceptuelle : 580
 - approche fonctionnelle : 580
 - confirmation : 91
 - condition : 175, 176, 561-562
 - fondements : 570-573
 - limites : 574-577
 - *mutuus dissensus* : 565-566
 - nullité : 563, 564
 - ratification : 563
 - résolution pour inexécution : 563, 564
 - utilité : 578-579
 - dans le contrat : 1, 4
 - de la loi : 1, 8, 54
 - des actes administratifs : 301
 - définition : 58-59
 - nature : 46-53
 - période intermédiaire : 60
 - suppression : 7, 537-541
 - utilité : 57, 539, 599
 - voir aussi *condition*, *confirmation*, *effet immédiat*, *égalité*, *nullité*, *ratification*, *résolution pour inexécution*
- rétrocession : 164, 566
- revendication : voir *action réelle*
- révocation :
 - amiable : 121, 230, 355, 358, **565-566**, 571
 - des donations :
 - pour cause d'inexécution : 351, 464, 552

- pour cause d'ingratitude : 4, 296, 552, 555
- des legs : 290
- rhétorique : voir *argumentation*
- risques (théorie des) :
 - bail : 264, 268
 - condition résolutoire : 514-518
 - condition suspensive : 169, 178, **188-191**
 - définition : 263
 - donation : 268
 - droit commun : 263-265, 352, 373, 427, 485, 539
 - loi nouvelle : 234
 - mise en demeure : 445
 - nullité : 241, **266-275**, 304, 335
 - ratification : 151
 - résolution pour inexécution : 446-459
 - vente : 265
- saisie : 169, 170, 175, 176, 195, 203, 299, 359, 468, 471, 473, 474, 572
- saisine-dessaisine (clause de) : 265
Saldotheorie : 245, 267, 269
- sanction : 7, 181, 231, 234, 235, 240, 241, 250, 300, 350, 352, 353, 354, 373, 375, 376, 378, 388, 417, 429, 435, 442, 447, 479, 482, 486, 500, 537
 - voir aussi *peine privée*
- science : 13, 15, 20, 22, 28, 32, 35, 36
- sécurité juridique : 5, 31, 68, 88, 122, 130, 139, 140, 149, 173, 186, 197, 202, 218, 219, 240, 241, 250, 260, 267, 283, 294, 300, 301, 316, 361, 376, 537, 540, 541, 547, 552, 553, 600
- séparation des pouvoirs : voir *opportunité*
- servitude :
 - consentie par un mineur : 105
 - favorable au créancier conditionnel : 194
- simulation : 128, 322, 568, 569
- société : 261, 262, 282, 292, 293, 318, 322, 474
- solidarité : 115, 292
- souveraineté nationale : 36, 37
- stipulation pour autrui : 121, 481
- stoppage *in transitu* : 470
- subrogation réelle : 255, 265, 298, 419, 423, 468
- sui generis* : 26, 107, 128, 141, 146, 231, 332, 362, 487, 507, 537, 570
- superficie (droit de) : 318
- sûreté : voir *cautionnement, gage, hypothèque, privilège*
- sursis : 284
- suspension du prononcé : 284
- table actuarielle : 442
- taxe sur la valeur ajoutée : 253
- technique : voir *fonctionnelle*
- terme (extinctif ou suspensif) : 163, 355, 368, 473, 474, 501
- tierce complicité : 170, 180, 196, 202, 216, 293, 540, 550, 572, 575
- tierce opposition : 293
- tiers :
 - consentant : 118, 130, 151-152
 - contractant : 118, 130, 149
 - véritable : 118, 131-133, 153-158
 - voir aussi *ayant cause, droit acquis, force probante, relativité*
- tradition :
 - remise de la chose : 203, 265, 473, 474
 - source du droit : 25, 203, 265, 278, 297, 368, 484
- transaction : 4, 8, 351, 462, 480
- transcription : voir *publicité foncière*
- transfert de propriété : voir *propriété*
- travail (contrat de) : 233, 255, 261, 262, 280, 289, 312, 315, 316, 319, 502, 568, 574
 - voir aussi *congé, motif grave Trennungsprinzip* : 163, 176, 237
- trésor : 256
- ultra petita* : voir *principe dispositif*
- urgence : 234, 360
- usage : voir *jouissance*
- usure : 263, 273, 399, 457, 459
- valeur : voir *dette, jugement*
- validation : 90, 93-94, 98
- vente :
 - à réméré : 172, 173, 300, 302, 314,

- 370, 475, 481, 494, 502, 503, 505, 506, 511, 512, 522, 523, 557
 - voir aussi *condition résolutoire*
- abus de biens sociaux : 282
- biens de consommation : 232
- cession des accessoires : 104, 107, 112
- chaîne de contrats : 492
 - voir aussi *acte de disposition*
- chose d'autrui : 200, 201, 294, 295, 328, 344, 347, 379, 464, 526, 579
- chose indivise : 481
- droits litigieux : 86
- par un mineur : 102-108
- prix
 - échelonné : 436
 - en numéraire : 322, 474
 - global : 310, 436, 442, 484
 - réglementation : 284
- promesse : 180, 196
- révocation amiable : 566
- voir aussi *garantie, lésion énorme, propriété, privilège, rente viagère, risques*
- vérité : 21, 32, 37
- vétusté : 263, 273, 275, 457, 459
- vice
 - caché : voir *garantie*
 - consentement : voir *consentement*
 - titre : 257
- violence : 237, 258, 291, 297, 340, 343
- voie alternative raisonnable : 70, 546, 550
- vol : 205
- volonté
 - des parties : voir *consentement, interprétation*
 - du législateur : voir *intention du législateur*
- voordeelstoerekening* : 401, 407-408, 426
- Vorleistung* : 269, 435, 455, 515
- Wertungsjurisprudenz* : 5
- Zweikondiktionentheorie* : 267



TABLE DES MATIÈRES

Préface	VII
Remerciements lyriques	XIII

INTRODUCTION GÉNÉRALE

CHAPITRE I. – Projet de recherche	3
§1. - <i>Objet de la recherche</i>	3
1. - Importance de la rétroactivité dans le droit des contrats	3
2. - Recherches antérieures	4
3. - Originalité de la recherche	5
4. - Domaine de la recherche	6
§2. - <i>Objectif de la recherche</i>	9
5. - Prémisse de la thèse – Distinction entre notions conceptuelles et fonctionnelles	9
6. - Énoncé de la thèse	14
7. - Antécédents	15
§3. - <i>Organisation de la recherche</i>	18
8. - Première approche des fonctions de la rétroactivité	18
9. - Intérêt de cette première typologie	20
10. - Institutions étudiées	21
11. - Plan de la recherche	21
CHAPITRE II. – Balises méthodologiques	23
12. - Plan	23
13. - Position du problème	23
§1. - <i>Conception du droit</i>	23
14. - Illustration	25

BRUYLANT

15. - Conception du droit choisie	25
I. - Fondements théoriques	27
16. - Dimension interprétative du droit	27
17. - Suite – Caractère constructif de l'interprétation	27
18. - Suite – Application dans le domaine du droit	28
19. - Suite – Illustration	32
20. - Dimension argumentative du droit – Réhabilitation de la raison pratique	33
21. - Suite – Conséquences pour le modèle interprétatif proposé	36
22. - Autres influences philosophiques	40
II. - Implications pratiques	42
23. - Objet de cette section	42
24. - Premier apport : traitement des sources du droit – Jurisprudence	42
25. - Suite – Législation	45
26. - Deuxième apport – Caractère progressif de la construction juridique	49
27. - Troisième apport – Place des valeurs dans le raisonnement juridique	52
III. - Objection possible : le spectre du jugement de valeur	54
28. - Position du problème	54
29. - Les valeurs font déjà partie du droit positif	54
30. - Le positivisme juridique ne parvient pas à faire l'économie des valeurs	56
31. - Les valeurs exercent sur le droit une influence réelle mais limitée	59
32. - Le droit n'est pas un discours de vérité	61
33. - Conclusion	62
§2. - <i>Conception du droit comparé</i>	63
34. - Introduction	63
I. - Rôle assigné au droit comparé	63
35. - Choix d'une approche normative et pratique	63
II. - Légitimité et limites du recours au droit comparé	66

36. - Objections à l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation du droit national	66
37. - Suite – Réfutation	69
38. - Conditions et limites du recours au droit comparé ..	74
III. – Utilisations possibles du droit comparé	76
39. - Fil conducteur. Fil conducteur	76
40. - Questions suscitées par le droit comparé	77
41. - Arguments puisés dans le droit comparé	79
42. - Solutions offertes par le droit comparé	80
IV. – Considérations méthodologiques	83
43. - Approche fonctionnelle	83
44. - Choix des points de comparaison	84
CHAPITRE III. – Première approche de la notion de rétroactivité..	89
45. - Introduction	89
§1. - <i>Nature de la rétroactivité</i>	89
46. - Objectif	89
47. - Image didactique	90
48. - Fiction – Notion	91
49. - Fiction – Régime	94
50. - Réalité – Notion	96
51. - Réalité – Substitution de règles nouvelles	97
52. - Réalité – Consécration de la rétroactivité comme concept autonome	98
53. - Intérêt pratique limité de ces analyses	99
§2. - <i>Définition de la rétroactivité</i>	100
54. - Effet dans le passé	100
55. - Effet immédiat – Notion	102
56. - Suite – Illustration	103
57. - Suite – Appréciation critique	104
58. - Définitions proposées – Énoncé	107
59. - Définitions proposées – Commentaire	107
60. - Importance de la période intermédiaire	108

CHAPITRE IV. – **Égalité et non-discrimination**

en droit privé	111
§1. - <i>Position du problème</i>	111
61. - Intérêt du principe d'égalité.....	111
§2. - <i>Contrôle du respect du principe d'égalité</i>	113
62. - Définition du principe d'égalité.....	113
63. - Question liminaire : les bénéficiaires du principe d'égalité.....	114
64. - Première étape : la comparabilité des situations....	115
65. - Deuxième étape : l'objectivité du critère de différenciation.....	123
66. - Troisième étape : la détermination du but poursuivi par le législateur.....	123
67. - Quatrième étape : la pertinence de la différence de traitement.....	125
68. - Cinquième étape : la proportionnalité de la différence de traitement.....	125
69. - Suite – Importance du raisonnement <i>a fortiori</i>	126
70. - Suite – Critère de la voie alternative raisonnable....	128
71. - Suite – Limites de la comparaison trait pour trait....	129
§3. - <i>Sanction du principe d'égalité</i>	131
72. - Principe.....	131
I. – Absence de portée matérielle du principe d'égalité.....	132
73. - Position du problème.....	132
74. - Esquisse d'une solution.....	135
II. – Comblement des lacunes législatives.....	139
75. - Notion.....	139
76. - Thèse restrictive.....	140
77. - Thèse extensive.....	142
78. - Thèse médiane.....	150
79. - Position de la Cour constitutionnelle.....	152
80. - Suite – Mesures provisoires ordonnées par la Cour constitutionnelle.....	155
81. - Position des juges judiciaires.....	158
§4. - <i>Conclusion</i>	163
82. - Caractère opérationnel du principe constitutionnel d'égalité.....	163

PREMIÈRE PARTIE.

LES DROITS INACHEVÉS

83. - Objet de la présente partie	166
CHAPITRE I. – Confirmation	167
§1. - <i>Généralités</i>	167
I. – Notion	167
84. - Définition	167
85. - Distinctions	167
86. - Conditions et forme	168
II. – Aperçu de la théorie des nullités	173
87. - Théorie classique des nullités	173
88. - Théorie moderne des nullités	175
§2. - <i>Période intermédiaire</i>	179
89. - Nullité et annulation	179
§3. - <i>Effets de la confirmation</i>	181
I. – Aperçu général	181
90. - Droits belge et français	181
91. - Droit allemand	182
92. - Droit néerlandais	184
II. – Effets entre parties	184
93. - Position majoritaire – Effet rétroactif de la confirmation	184
94. - Première objection – Différence entre confirmation et validation	186
95. - Deuxième objection – Analyse erronée de la période intermédiaire	190
96. - Troisième objection – Inutilité de la rétroactivité ...	193
97. - Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la confirmation	194
98. - Transposition du raisonnement à la régularisation ..	195
III. – Effets à l'égard des tiers	196
A. Position du problème	196
99. - Position majoritaire	196
100. - Critique – Absence d'effet rétroactif de la confirmation	197

101. - Intérêt de l'étude de la réserve du droit des tiers . . .	197
B. Point de départ du raisonnement	198
102. - Cas d'école	198
103. - Observations liminaires	199
104. - Justification classique – Transfert du droit de critique	201
105. - Variantes du cas d'école	205
106. - Justification alternative – Portée autonome de l'article 1338, alinéa 3	206
107. - Appréciation critique	208
108. - Portée de la réserve du droit des tiers	209
C. Extension de la problématique	211
109. - Approche systématique	211
110. - Autres titulaires du droit de critique	211
111. - Ayants cause à titre particulier	212
112. - Suite – Analyse	214
113. - Ayants cause universels	216
114. - Créanciers chirographaires	217
115. - Cautions et codébiteurs solidaires	218
CHAPITRE II. – Ratification	221
§1. - <i>Généralités</i>	221
116. - Notion	221
117. - Conditions et forme	223
118. - Terminologie	
§2. - <i>Période intermédiaire</i>	226
119. - Position du problème	226
120. - Première analyse – Nullité de l'acte	228
121. - Suite – Critiques	230
122. - Suite – Cas particulier des actes de procédure	232
123. - Deuxième analyse – Inopposabilité de l'acte	234
124. - Suite – Précisions et critiques	234
125. - Troisième analyse – Suspension des effets principaux de l'acte	236
§3. - <i>Alternative à la ratification :</i> <i>le mandat incontesté</i>	240

TABLE DES MATIÈRES

1293

I. – Jurisprudence de la Cour de cassation.	240
126. - Arrêt du 18 septembre 1964	240
127. - Régime du mandat incontesté	242
128. - Fondement de la règle	245
II. – Variétés de tiers	248
129. - Tentative de systématisation	248
130. - Tiers consentant	248
131. - Tiers non consentant en relation contractuelle avec le représenté	250
132. - Tiers non consentant sans relation contractuelle avec le représenté	250
133. - Tiers non consentant destinataire d'un acte de procédure	
III. – Droit comparé	255
134. - Droit allemand	255
135. - Droit néerlandais	257
136. - Droit français	259
137. - Synthèse	259
IV. – Appréciation critique	260
138. - Effet rétroactif au sens large du mandat incontesté	260
139. - Première difficulté – Concurrence fonctionnelle avec le régime de la ratification	261
140. - Deuxième difficulté – Rapports avec la théorie de l'apparence	264
141. - Troisième difficulté – Sanction du dépassement du délai raisonnable	
§4. - <i>Effets de la ratification</i>	269
I. – Aperçu général	269
142. - Droits belge et français	269
143. - Droit allemand	269
144. - Droit néerlandais	271
II. – Effets à l'encontre du représenté.	273
145. - Principe – Effet rétroactif	273
146. - Fondement de la rétroactivité – Approche conceptuelle	276
147. - Fondement de la rétroactivité – Approche fonctionnelle	278

BRUYLANT

148. - Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le représentant	281
149. - Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le tiers contractant	283
III. – Effets à l'encontre du représentant	286
150. - Principe – Effet rétroactif	286
IV. – Effets à l'encontre du tiers consentant	286
151. - Principe – Effet rétroactif	286
152. - Fondement de la rétroactivité	289
V. – Effets à l'encontre des autres tiers	290
153. - Principe – Effet rétroactif sous réserve des droits acquis des tiers	290
154. - Maintien des exigences de la publicité foncière	292
155. - Fondement de la réserve du droit des tiers	294
156. - Notion de tiers	297
157. - Notion de droit acquis	302
158. - Possibilité de mettre le représenté en demeure de prendre attitude	308
VI. – Cas particulier des actes de procédure	309
159. - Régime	309
VII. – Synthèse et application	313
160. - Synthèse des effets de la ratification	313
161. - Application au congé pour motif grave	314
162. - Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la ratification	320
CHAPITRE III. – Condition suspensive	323
§1. - <i>Généralités</i>	323
163. - Notion	323
164. - Unité ou dualité de la condition	
§2. - <i>Période intermédiaire</i>	330
I. – Cadre théorique	330
165. - Thèse classique – Inexistence de l'obligation, voire du contrat	330
166. - Thèse moderne – Suspension de l'exécution de l'obligation conditionnelle	331

167. - Réception de la thèse moderne par la doctrine	333
168. - Persistance des controverses	
II. - Aspects pratiques	336
169. - Suspension de l'exécution de l'obligation	336
170. - Existence de l'obligation	337
171. - Jurisprudence	341
III. - Questions connexes	342
172. - Comparaison avec la condition résolutoire	342
173. - Durée maximale de la période intermédiaire	344
§3. - <i>Effets de la réalisation de la condition</i>	
<i>suspensive</i>	350
I. - Aperçu général	350
174. - Droits belge et français	350
175. - Droit allemand	351
176. - Droit néerlandais	355
II. - Fondement et limites	360
177. - Thèse de la rétroactivité de la condition comme réalité juridique	360
178. - Suite - Critique	361
179. - Thèse négatrice de la rétroactivité de la condition	363
180. - Suite - Critique	363
181. - Thèse médiane - Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la condition	368
III. - Effets entre parties	371
A. Exigibilité de l'obligation	371
182. - Position du problème	371
183. - Arrêt du 15 septembre 1983	372
184. - Suite - Analyse	374
185. - Intérêt pratique	377
B. Délais impératifs	378
186. - Distinction selon la nature du délai	378
C. Fruits	380
187. - Principe	380
D. Plus-value et moins-value	384
188. - Perte totale de la chose par cas fortuit	384

189. - Perte partielle de la chose par cas fortuit	385
190. - Perte de la chose par la faute du débiteur conditionnel	385
191. - Simple diminution de valeur de la chose pour une cause étrangère	386
192. - Augmentation de valeur de la chose	
IV. – Effets à l’égard des tiers	387
A. Principe	387
193. - Protection du créancier conditionnel	387
B. Actes et faits juridiques concernés	388
194. - Actes de disposition	388
195. - Saisies et jugements	389
196. - Cantonnement amiable	392
197. - Prescription acquisitive	395
198. - Actes d’administration	397
199. - Actes de conservation	400
C. Portée de l’effet rétroactif	400
200. - Sort des actes et faits concernés	400
201. - Suite – Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011	402
202. - Exception – Protection des tiers acquéreurs de bonne foi	404
203. - Suite – Cas particulier du créancier saisissant	408
204. - Extension – Validation des actes accomplis par le créancier conditionnel	415
205. - But limité de la rétroactivité – Jurisprudence de la Cour de cassation	416
§4. - <i>Comparaison avec la défaillance de la condition résolutoire</i>	420
206. - Similitude avec la réalisation de la condition suspensive	420
207. - Critique – Absence d’effet rétroactif	420
208. - Régime	421
CHAPITRE IV. – Analyse critique des droits inachevés	423
§1. - <i>Caractère fonctionnel de la rétroactivité</i>	423
209. - Plan	423

TABLE DES MATIÈRES

1297

210. - Typologie des droits inachevés	423
§2. - <i>Rapprochement des régimes par le principe d'égalité</i>	425
I. - Généralités	425
211. - Objet de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits acquis des tiers	425
212. - Position du problème	427
213. - Comparabilité des situations	428
214. - Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens	430
II. - Proportionnalité de l'effet rétroactif sur les droits des tiers	431
215. - Généralités	431
216. - Actes de disposition volontaires du débiteur conditionnel	433
217. - Nouvelles causes de préférence – Position du problème	436
218. - Première approche – Objectif limité de la rétroactivité de la condition	438
219. - Seconde approche – Reconnaissance des mécanismes préférentiels	440
220. - Jurisprudence de la Cour constitutionnelle	443
221. - Suite – Arrêt no 167/2008 du 27 novembre 2008	451
222. - Réforme du droit des sûretés réelles mobilières	454
223. - Appréciation personnelle	458
III. - Conclusion	462
224. - Apport du principe constitutionnel d'égalité au droit privé	462

DEUXIÈME PARTIE.

LES DROITS EFFACÉS

225. - Objet de la présente partie	466
CHAPITRE I. – Nullité	467
§1. - <i>Généralités</i>	467
226. - Notion	467
§2. - <i>Période intermédiaire</i>	470

BRUYLANT

227. - Principe – Caractère judiciaire de la nullité	470
228. - Intérêt théorique et pratique	471
229. - Premier tempérament – Absence de toute apparence d'acte juridique	475
230. - Deuxième tempérament – Nullité amiable	479
231. - Troisième tempérament – Dérogations légales	481
232. - Suite – Droit européen de la consommation	484
233. - Suite – Arrêt du 25 avril 2003	486
234. - Quatrième tempérament – Annulation unilatérale	490
235. - Incidence sur le domaine de l'effet rétroactif de la nullité	495
§3. - <i>Effets de la nullité</i>	501
I. – Aperçu général	501
236. - Droits belge et français	501
237. - Droit allemand	503
238. - Droit néerlandais	508
II. – Fondement	510
239. - Fondement traditionnel – Approche conceptuelle	510
240. - Fondement moderne – Nature et fonctions de la nullité	513
241. - Suite – Approche fonctionnelle de l'effet rétroactif	516
III. – Effets entre parties.	521
242. - Plan	521
A. Restitutions	521
1. Principe et fondement	521
243. - Principe	521
244. - Fondement personnel – Responsabilité précontractuelle	523
245. - Suite – Enrichissement sans cause	523
246. - Suite – Paiement indu	525
247. - Suite – Fondement autonome	527
248. - Fondement réel	530
249. - Office du juge – Pouvoir d'élever d'office une cause de nullité	533
250. - Suite – Portée de l'intervention du juge	534

TABLE DES MATIÈRES

1299

251. - Suite – Effet rétroactif de l'exception de nullité	538
252. - Suite – Pouvoir d'ordonner d'office les restitutions .	540
253. - Objet des restitutions	541
254. - Cas particulier – Restitution des sommes versées dans le cadre d'une action directe	544
255. - Forme et étendue des restitutions	548
2. Fruits et indemnité de jouissance	552
256. - Principe – Restitution des accessoires de la chose .	552
257. - Exception – Protection du possesseur de bonne foi	553
258. - Absence de compensation forfaitaire des intérêts et des fruits	555
259. - Étendue des fruits à restituer – Indemnité d'occupation ou de jouissance	559
3. Contrats successifs et aléatoires	565
260. - Premier argument à l'encontre de l'effet rétroactif – Impossibilité des restitutions	565
261. - Deuxième argument – Respect de la sécurité juridique	568
262. - Appréciation personnelle – Maintien intégral de l'effet rétroactif	571
4. Plus-value et moins-value	574
263. - Observations préalables – Précisions terminologiques	574
264. - Suite – Théorie des risques	575
265. - Suite – Régime particulier de la vente	576
266. - Perte totale de la chose par cas fortuit	585
267. - Suite – Appréciation critique	588
268. - Cas particuliers – Champ d'application de la théorie des risques	596
269. - Suite – Exécution asymétrique du contrat	597
270. - Suite – Retard conventionnel du transfert des risques	601
271. - Suite – Perte de la chose après l'annulation du contrat	601
272. - Perte partielle de la chose par cas fortuit	602
273. - Perte de la chose par le fait du débiteur	604

BRUYLANT

274. - Suite – Cas particulier de la perte de la chose par le fait du demandeur en nullité	608
275. - Simple diminution de valeur de la chose pour cause étrangère	609
276. - Augmentation ou conservation de la valeur de la chose	613
277. - Synthèse	616
5. Refus des restitutions à la partie coupable ..	616
278. - Principe	616
279. - Fondements	619
280. - Conditions d'application	621
281. - Effets de la règle	626
282. - Mise en œuvre par la jurisprudence	627
283. - Appréciation critique – Principe de légalité des délits et des peines	633
284. - Suite – Autres conséquences de la qualification de peine privée	639
285. - Suite – Inopportunité de la règle	644
286. - Suite – Conclusion	648
6. Incapacité d'une des parties	650
287. - Principe	650
288. - Régime	651
B. Autres conséquences de l'annulation	653
289. - Principe et applications	653
290. - Survie limitée du contrat nul en tant que fait juridique	656
IV. – Effets à l'égard des tiers	658
A. Généralités	658
291. - Principe : effet <i>erga omnes</i> de la nullité	658
292. - Domaine d'application : les effets externes de l'acte annulé	659
293. - Conciliation avec la relativité de la chose jugée	661
B. Actes de disposition	672
1. Principe	672
294. - Effet réel de l'annulation	672
295. - Tentatives particulières de restreindre l'effet réel des nullités	674

TABLE DES MATIÈRES

1301

2. Tempéraments en matière immobilière	677
296. - Publicité foncière	677
297. - Protection de la propriété apparente	679
298. - Institutions particulières	687
3. Tempéraments en matière mobilière	688
299. - Protection de la bonne foi	688
C. Actes d'administration	689
300. - Présentation traditionnelle du problème	689
301. - Appréciation critique au regard du principe de la relativité des conventions	691
302. - Absence d'exception à la relativité des conventions en matière de bail	694
303. - Conclusion	699
D. Actes de conservation	699
304. - Relativité des effets internes des conventions	699
V. – Étendue de la nullité	701
305. - Plan	701
A. En deçà du contrat : nullité partielle, réduction et conversion	702
306. - Position du problème	702
1. Nullité partielle	703
307. - Origine	703
308. - Principe	705
309. - Fondement	709
310. - Critère de base : la divisibilité objective ou subjective de l'acte	710
311. - Limites à l'autonomie de la volonté	714
312. - Suite – Applications	716
313. - Conséquences	721
2. Réduction	725
314. - Réduction légale	725
315. - Réduction judiciaire	726
316. - Premier obstacle – Fonction dissuasive de la nullité	728
317. - Deuxième obstacle – Support de la volonté des parties	732

BRUYLANT

318. - Applications	732
3. Conversion des actes nuls	735
319. - Sanction d'origine légale	735
320. - Sanction d'origine judiciaire	737
321. - Rôle de la volonté des parties – Position du problème	739
322. - Rôle de la volonté des parties – Conversion ou requalification	742
323. - Nature de la volonté des parties – Volonté hypothétique ou réelle	748
324. - Appréciation critique	751
B. Au-delà du contrat : les groupes de contrats . . .	752
325. - Position du problème – Un nécessaire retour au droit commun	752
326. - Typologie retenue	755
327. - Limites de l'examen	756
1. Contrats liés par l'objet	757
328. - Fondement de la contagion	757
329. - Critère d'application	762
330. - Dimension temporelle	765
2. Contrats liés par la cause	766
331. - Critère d'application	766
332. - Fondement de la contagion	770
333. - Dimension temporelle	777
3. Observations complémentaires	778
334. - Rôle (limité) réservé à la théorie de l'apparence . . .	778
VI. – Responsabilité précontractuelle	781
335. - Principe	781
A. Nature de la responsabilité	783
336. - Opinion majoritaire : responsabilité quasi délictuelle	783
337. - Appréciation critique – Approche conceptuelle	786
338. - Appréciation critique – Approche fonctionnelle	790
339. - Conclusion	793
B. Faute	793
340. - Principes	793

341. - Nature de la faute	794
342. - Unicité de l'illicéité et de la faute	795
343. - Suite – Illustrations	797
C. Lien de causalité	799
344. - Complément de l'action en nullité : la réparation de l'intérêt négatif	799
345. - Théorie de l'alternative légitime	802
346. - Suite – Réparation de l'intérêt positif ?	804
347. - Alternative à l'action en nullité : la correction du contrat non souhaité	808
D. Dommage	812
348. - Notion de dommage réparable	812
349. - Application à la <i>culpa in contrahendo</i>	815
CHAPITRE II. – Résolution pour inexécution	817
§1. - <i>Généralités</i>	817
350. - Notion	817
351. - Objet de la résolution : le contrat	818
352. - Nature de sanction	820
353. - Caractère judiciaire de la sanction	822
354. - Caractère facultatif de la sanction	822
355. - Conditions – Résolution d'un contrat déjà dissous	825
§2. - <i>Période intermédiaire</i>	830
356. - Principe – Caractère judiciaire de la résolution pour inexécution	830
357. - Intérêt théorique et pratique	830
358. - Premier tempérament – Résolution amiable	832
359. - Deuxième tempérament – Clause résolutoire expresse	833
360. - Troisième tempérament – Résolution unilatérale	837
361. - Suite – Jurisprudence de la Cour de cassation	840
362. - Suite – Appréciation personnelle	842
§3. - <i>Effets de la résolution</i>	847
I. – Aperçu général	847
363. - Droits belge et français	847
364. - Droit allemand	849

365. - Droit néerlandais	851
II. – Fondements	854
366. - Plan	854
A. Attraction du régime de la condition résolutoire	854
367. - Rapprochement des articles 1183 et 1184 du Code civil	854
368. - Première objection – Différences techniques	855
369. - Deuxième objection – Approche historique	856
370. - Troisième objection – Fonction spécifique de la résolution pour inexécution	857
B. Nature du contrat synallagmatique	859
371. - Préexistence du droit de résolution	859
372. - Rapport de dépendance mutuelle	860
373. - Critique – Différences entre la théorie des risques et la résolution pour inexécution	861
C. Sanction d'une inexécution du débiteur	863
374. - Approche fonctionnelle	863
375. - Renforcement de l'efficacité de la sanction par l'effet rétroactif	864
376. - Proportionnalité de la sanction	866
377. - Absence de remise en cause de la conclusion du contrat	867
378. - Rapprochement avec la nullité	869
III. – Responsabilité complémentaire	871
379. - Importance de la question	871
A. Nature de la responsabilité	872
380. - Principe : responsabilité contractuelle	872
B. Étendue du dommage réparable	874
381. - Position du problème	874
1. Réparation de l'intérêt négatif	876
382. - Position doctrinale	876
383. - Premier argument – Textes tirés du droit de la vente	877
384. - Critique – Arguments de texte contraires	878
385. - Suite – Analyse des textes invoqués dans leur contexte historique	879

386. - Suite – Possibilité de réconciliation du droit de la vente avec le droit commun	883
387. - Deuxième argument – Objectif de la résolution	885
388. - Critique – Rejet d'une approche trop conceptuelle de l'effet rétroactif	887
389. - Suite – Exemples	889
390. - Troisième argument – Considérations pratiques	890
391. - Suite – Difficultés probatoires	891
392. - Suite – Hypothèse du <i>bad bargain</i>	893
2. Réparation de l'intérêt positif	895
393. - Principe	895
394. - Premier argument – Enseignements du droit comparé et du droit international	896
395. - Deuxième argument – Liberté limitée du créancier d'opter pour l'exécution forcée	899
396. - Troisième argument – Théorie de l'alternative légitime	900
397. - Quatrième argument – Hypothèse de la résolution partielle	901
3. Évaluation de l'intérêt positif	903
398. - Position du problème	903
399. - Identification des postes du dommage – Approche empirique	903
400. - Suite – Généralisation des solutions	909
401. - Propositions de définition de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif	910
402. - Formule de calcul de l'intérêt positif	912
403. - Suite – Confirmation apportée par le droit comparé et le droit international	915
404. - Rapports entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif . .	916
405. - Suite – Présomption que l'intérêt positif équivaut au minimum à l'intérêt négatif	917
406. - Cas particulier – Frais de remplacement	919
407. - Cas particulier – Prise en compte des avantages perçus par le créancier – Principes	923
408. - Suite – Application dans le domaine de la résolution	927
409. - Suite – Limites	930

C. Résolution aux torts réciproques des parties . . .	932
410. - Position du problème	932
411. - Principe – Partage de responsabilités	934
412. - Remarque – Difficultés d’application de la théorie de l’équivalence des conditions	934
413. - Exception – Postes du dommage étrangers à la disparition du contrat	937
IV. – Effets entre parties	937
414. - Plan	937
A. Restitutions	938
1. Principe et fondement	938
415. - Principe	938
416. - Fondement personnel – Enrichissement sans cause	940
417. - Suite – Paiement indu	941
418. - Suite – Fondement autonome	942
419. - Fondement réel	944
420. - Office du juge – Pouvoir de prononcer d’office la résolution	944
421. - Suite – Pouvoir d’ordonner d’office les restitutions .	948
422. - Objet des restitutions	949
423. - Forme et étendue des restitutions	950
2. Fruits et indemnité de jouissance	953
424. - Principe de restitution des fruits	953
425. - Protection du possesseur de bonne foi	954
426. - Incidence des règles de la responsabilité	957
427. - Indemnité de jouissance	958
3. Contrats successifs et aléatoires	959
428. - Point de départ : jurisprudence de la Cour de cassation	959
429. - Premier courant – Résolution remontant à la demande en justice	960
430. - Deuxième courant – Rétroactivité écartée par l’impossibilité des restitutions	962
431. - Troisième courant – Combinaison des deux courants précédents	964
432. - Quatrième courant – Rétroactivité illimitée	964

TABLE DES MATIÈRES

1307

433. - Cinquième courant – Souci d'éviter un déséquilibre entre les parties	966
434. - Recherche d'un fondement théorique	969
435. - Premier critère – Proportionnalité de la sanction	971
436. - Second critère – Prise en compte de la divisibilité du contrat	973
437. - Mise en oeuvre de ces critères	975
438. - Incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution	976
439. - Contrats aléatoires – Position du problème	977
440. - Suite – Principe de la rétroactivité	978
441. - Suite – Étendue de la rétroactivité	979
442. - Suite – Application des critères retenus pour les contrats successifs	980
443. - Suite – Incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution	983
4. Plus-values et moins-values	984
444. - Observations préalables – Renvoi	984
445. - Suite – Incidence de la mise en demeure sur la théorie des risques	984
446. - Perte totale de la chose par cas fortuit – Position du problème	990
447. - Suite – Application de la règle <i>res perit debitori</i>	992
448. - Illustration – Charge des risques dans l'action rédhibitoire	993
449. - Suite – Incidence du manquement du débiteur	996
450. - Suite – Première hypothèse : manquement non causal imputable au créancier de la restitution	996
451. - Suite – Deuxième hypothèse : manquement non causal imputable au débiteur de la restitution	998
452. - Suite – Troisième hypothèse : manquement causal imputable au créancier de la restitution	999
453. - Suite – Quatrième hypothèse : manquement causal imputable au débiteur de la restitution	1001
454. - Suite – Synthèse	1002
455. - Suite – Cas particuliers	1002
456. - Perte partielle de la chose par cas fortuit	1003

BRUYLANT

457. - Perte de la chose par le fait du débiteur	1003
458. - Cas particulier – Perte de la chose par le fait du demandeur en résolution – Sort de l'action rédhitoire et de l'action estimatoire	1005
459. - Simple diminution de la valeur de la chose pour cause étrangère	1009
460. - Augmentation ou conservation de la valeur de la chose	1010
461. - Suite – Incidence des règles de la responsabilité civile	1011
B. Autres conséquences de la résolution	1014
462. - Effet extinctif	1014
V. – Effets envers les tiers.	1016
A. Généralités	1016
463. - Principe : effet <i>erga omnes</i> de la résolution	1016
B. Actes de disposition	1019
1. Principe	1019
464. - Effet réel et de sûreté	1019
465. - Exception en ce qui concerne les choses de genre	1020
466. - Suite – Résolution demandée après la faillite	1022
2. Tempéraments en matière immobilière	1026
467. - Conditions préalables à l'effet de sûreté de la résolution	1026
468. - Lien entre le droit de résolution et les privilèges immobiliers	1028
469. - Autres tempéraments	1031
3. Tempéraments en matière mobilière	1032
470. - Conditions préalables à l'effet de sûreté de la résolution	1032
471. - Protection du possesseur de bonne foi	1033
472. - Ancien article 546 du Code de commerce	1034
473. - Lien entre le droit de résolution et le privilège du vendeur impayé – Principe	1035
474. - Suite – Régime	1038
C. Actes d'administration	1041
475. - Analyse traditionnelle et critique	1041

TABLE DES MATIÈRES

1309

D. Actes de conservation	1043
476. - Relativité des effets internes des conventions	1043
VI. – Étendue de la résolution	1043
477. - Plan	1043
A. En deçà du contrat : la résolution partielle	1043
1. Introduction	1043
478. - Position du problème	1043
479. - Idée maîtresse : proportionnalité de la sanction	1045
2. Étendue personnelle de la résolution	1046
480. - Résolution partielle des contrats multipartites	1046
481. - Suite – Exercice de l'action résolutoire	1049
3. Étendue matérielle de la résolution – Groupes d'obligations séparables	1062
482. - Objections possibles	1062
483. - Premier argument – Droit comparé et droit international	1066
484. - Deuxième argument – Solutions traditionnelles	1067
485. - Troisième argument – Institutions similaires	1069
486. - Quatrième argument – Proportionnalité de la sanction	1071
487. - Conditions	1072
488. - Effets	1074
4. Étendue matérielle de la résolution – Clauses accessoires autonomes	1075
489. - Principe	1075
490. - Applications	1076
B. Au-delà du contrat : les groupes de contrats	1079
491. - Renvoi	1079
492. - Cas particulier – Chaîne de contrats translatifs de propriété	1080
CHAPITRE III. – Condition résolutoire	1081
§1. - <i>Généralités</i>	1081
493. - Objectif de ce chapitre	1081
494. - Notion	1082
495. - Distinction avec la résolution pour inexécution	1083

BRUYLANT

§2. - <i>Période intermédiaire</i>	1084
496. - Devoir de réserve du créancier sous condition résolutoire	1084
§3. - <i>Effets de la réalisation de la condition résolutoire</i>	1085
I. – Aperçu général	1085
497. - Renvoi	1085
II. – Fondement	1085
498. - Souci d'assurer l'efficacité de la condition à l'égard des tiers	1085
499. - Absence d'effet rétroactif entre parties – Position du problème	1086
500. - Premier argument – Comparaison avec la nullité et la résolution pour inexécution	1087
501. - Deuxième argument – Limitation du domaine du terme extinctif	1090
502. - Troisième argument – Intérêt économique de l'opération	1090
503. - Conclusion – Approche fonctionnelle	1092
III. – Effets entre parties	1093
504. - Plan	1093
A. Restitutions	1094
1. Principe et fondement	1094
505. - Principe	1094
506. - Fondement personnel – Enrichissement sans cause et paiement indu	1095
507. - Suite – Fondement autonome	1096
508. - Fondement réel	1097
509. - Objet des restitutions	1098
510. - Forme et étendue	1098
511. - Suite – Coûts engendrés par les restitutions	1099
2. Fruits	1100
512. - Conservation des fruits perçus par chaque partie ..	1100
3. Contrats successifs et aléatoires	1102
513. - Principe	1102
4. Plus-values et moins-values	1104
514. - Perte totale de la chose par cas fortuit	1104

TABLE DES MATIÈRES

1311

515. - Suite – Cas particuliers	1106
516. - Perte partielle de la chose par cas fortuit	1107
517. - Perte de la chose par le fait du créancier conditionnel	1108
518. - Simple diminution de valeur due à une cause étrangère	1110
519. - Augmentation de valeur de la chose	1110
B. Autres conséquences de la résolution	1112
520. - Effet extinctif	1112
IV. – Envers les tiers.	1112
521. - Principe	1112
522. - Actes de disposition	1113
523. - Actes d'administration	1114
524. - Actes de conservation	1117
V. – Étendue de la résolution	1117
525. - « Résolution partielle » du contrat	1117
526. - Résolution et groupes de contrats	1119
§4. - <i>Comparaison avec la défaillance</i> <i>de la condition suspensive.</i>	1120
527. - Jurisprudence de la Cour de cassation	1120
528. - Objet de la caducité	1122
529. - Justification de l'absence d'effet rétroactif	1124
530. - Maintien partiel du droit aux dommages-intérêts	1126
531. - Restitutions en cas de commencement d'exécution du contrat	1127
532. - Effet sur les actes de disposition accomplis par le débitur pendente condicione	1129
CHAPITRE IV. – Analyse critique des droits effacés.	1131
533. - Introduction	1131
§1. - <i>Caractère fonctionnel de la rétroactivité.</i>	1131
534. - Plan	1131
I. – Synthèse des droits effacés.	1131
535. - Continuum des droits effacés	1131
536. - Tableau récapitulatif	1134
II. – Place de la rétroactivité en droit positif.	1135

BRUYLANT

537. - Propositions doctrinales de faire l'économie de la rétroactivité	1135
538. - Première objection – Flexibilité de la rétroactivité	1138
539. - Deuxième objection – Utilité de la rétroactivité	1140
540. - Troisième objection – Opportunité de la rétroactivité	1142
541. - Quatrième objection – Caractère progressif de l'évolution juridique	1144
§2. - <i>Correction des régimes par le principe d'égalité</i>	1145
I. – Généralités	1145
542. - Objet de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits des tiers	1145
543. - Comparabilité des situations	1146
544. - Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens	1147
II. – Proportionnalité de l'effet rétroactif sur les droits des tiers	1149
A. Nullité	1149
545. - Position du problème	1149
546. - Incidence de la mauvaise foi	1149
547. - Jurisprudence de la Cour constitutionnelle	1150
548. - Droit comparé	1153
549. - Cohérence de l'ordre juridique	1153
B. Résolution pour inexécution	1153
550. - Délimitation du problème	1153
551. - Travaux préparatoires de la loi hypothécaire	1155
552. - Comparaison avec la révocation des donations pour cause d'ingratitude	1158
553. - Jurisprudence de la Cour constitutionnelle	1162
554. - Droit comparé	1163
555. - Cohérence de l'ordre juridique	1163
556. - Prudence nécessaire dans le maniement du principe constitutionnel d'égalité	1165
C. Condition résolutoire	1166
557. - Principe	1166

TABLE DES MATIÈRES

1313

III. – Conclusion	1168
558. - Apport du principe constitutionnel d'égalité en droit privé	1168

TROISIÈME PARTIE.

LES DROITS REMODELÉS

559. - Objet de la présente partie	1170
CHAPITRE I. – Manifestations de la rétroactivité conventionnelle	1173
560. - Plan	1173
§1. - <i>Modalisation de la rétroactivité par la volonté des parties</i>	1173
561. - Effets de la réalisation de la condition – Principe ..	1173
562. - Suite – Justifications	1175
563. - Autres illustrations	1177
§2. - <i>Déclenchement de la rétroactivité par la volonté des parties</i>	1179
564. - Nullité et résolution amiables	1179
565. - <i>Mutuus dissensus</i> – Principes	1180
566. - Suite – Effet rétroactif commandé par la nature de l'acte révoqué	1184
567. - Antidate – Notion	1188
568. - Suite – Effets entre parties	1189
569. - Suite – Effets envers les tiers	1192
CHAPITRE II. – Reconnaissance de la rétroactivité conventionnelle	1195
§1. - <i>Fondements</i>	1195
570. - Conclusions tirées de l'approche inductive	1195
571. - Premier fondement – Principe de l'autonomie de la volonté	1197
572. - Second fondement – Opposabilité des effets externes du contrat	1198
573. - Suite – Jurisprudence de la Cour de cassation	1201
§2. - <i>Limites</i>	1204
574. - Règles impératives et d'ordre public	1204
575. - Tierce complicité	1206

BRUYLANT

576. - Publicité foncière et autres règles protectrices des droits des tiers	1207
577. - Interprétation de la volonté des parties	1207
§3. - <i>Intérêt pratique</i>	1208
578. - Entre parties	1208
579. - À l'égard des tiers	1209
CHAPITRE III. – Analyse critique des droits remodelés	1211
580. - Fonctions de la rétroactivité conventionnelle	1211
581. - Apports du principe constitutionnel d'égalité	1212

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

582. - Objet de la présente partie	1213
§1. - <i>Synthèse des résultats de la recherche</i>	1214
583. - Notions-clefs : rétroactivité et égalité	1214
I. – Droits inachevés.	1215
584. - Notion de « droits inachevés »	1215
585. - Confirmation des actes nuls	1215
586. - Ratification des actes accomplis sans pouvoir	1216
587. - Réalisation de la condition suspensive et défaillance de la condition résolutoire	1217
588. - Caractère fonctionnel de la rétroactivité	1218
589. - Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité	1219
II. – Droits effacés.	1220
590. - Notion de « droits effacés »	1220
591. - Nullité des actes illicites	1220
592. - Résolution des contrats synallagmatiques pour cause d'inexécution	1222
593. - Réalisation de la condition résolutoire et défaillance de la condition suspensive	1223
594. - Caractère fonctionnel de la rétroactivité	1224
595. - Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité	1224
III. – Droits remodelés.	1225
596. - Consécration de la rétroactivité conventionnelle	1225
§2. - <i>Réflexions sur la figure de la rétroactivité</i>	1226

TABLE DES MATIÈRES

1315

597. - Inconvénients de la rétroactivité conceptuelle	1226
598. - Rétroactivité et causalité	1230
599. - Utilité résiduelle de la rétroactivité conceptuelle . . .	1234
600. - Orientations pour un recours mesuré à la technique de la rétroactivité	1235
Bibliographie	1241
§1. - <i>Ouvrages et articles généraux</i>	1241
I. - Droit civil et commercial	1241
II. - Droit judiciaire	1250
III. - Droit romain et Ancien Droit	1250
IV. - Théorie du droit	1251
V. - Méthode du droit comparé	1252
§2. - <i>Rétroactivité en général</i>	1253
§3. - <i>Principe constitutionnel d'égalité</i>	1255
§4. - <i>Confirmation et nullité</i>	1257
§5. - <i>Ratification</i>	1260
§6. - <i>Condition suspensive ou résolutoire</i>	1262
§7. - <i>Résolution pour inexécution</i>	1264
§8. - <i>Rétroactivité conventionnelle</i>	1268
Index	1269
Table des matières	1287

BRUYLANT

