

Avertissement

Le présent ouvrage est mis en ligne avec l'aimable autorisation de l'éditeur. Il demeure intégralement protégé par le droit d'auteur.

Cet ouvrage, mis à jour et complété, a été intégré dans ma thèse de doctorat intitulée *La rétroactivité dans le contrat. Etude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnelle d'égalité*, publiée par les éditions Bruylant en 2014.

Toutes les informations à ce sujet sont disponibles sur le site internet de l'éditeur (http://fr.bruylant.larciergroup.com/titres/131948_0_0/).

Rafaël Jafferli

CONFIRMATION, RATIFICATION ET CONDITION SUSPENSIVE

La rétroactivité des droits contractuels inachevés

Rafaël Jafferali

Préface de Paul Alain Foriers



larcier

Collection de l'Unité de droit économique de l'ULB



*La rétroactivité passe à bon droit pour la notion la plus confuse du droit privé **

*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 « métaphysique ou déductive » dans ce genre de situations ont été dénoncés ***

* R. DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, n° 80, p. 50

** 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, p. 146 et s., n° 7, p. 150.

Préface

Remonter le temps, effacer le passé et prendre un nouveau départ est l'un des rêves les plus fous, un thème de roman ou de film de science fiction, un objet d'interrogation en physique théorique.

Pour le juriste, ce rêve peut devenir réalité. Le droit permet de revenir en arrière, de mettre le temps entre parenthèses. Le professeur, le praticien vivent avec la rétroactivité et les mécanismes rétroactifs. Et le phénomène n'est nullement cantonné aux diverses lois rétroactives qui émaillent notre législation. La nullité, la résolution pour inexécution fautive, les conditions opèrent avec effet rétroactif. Il en est de même de la confirmation, de la ratification, de la révocation de la stipulation pour autrui sans compter le partage avec son effet « déclaratif » et les engagements pris au nom d'une société en formation. Les exemples peuvent être multipliés.

La rétroactivité n'étonne donc pas le juriste. Une fois le principe de la rétroactivité d'une institution affirmé, il faut encore en définir les contours et les effets techniques. Ici, le praticien du droit se sent moins à l'aise. Il est pris de doute. Il s'aperçoit en effet rapidement que sous ce vocable unique de « rétroactivité » se cachent les réalités multiples qui constituent le reflet des fonctions variées des mécanismes rétroactifs.

C'est à ce phénomène que Rafaël Jafferali a décidé de s'attaquer dans le cadre d'un vaste projet doctoral consacré à la rétroactivité en matière contractuelle.

Partant de la constatation que les fonctions de la rétroactivité peuvent être tantôt de consolider des droits inachevés (confirmations, ratifications, conditions suspensives, ...), tantôt d'effacer des droits parfaitement formés (nullités, résolutions, ...), tantôt encore de révéler des droits préexistants (partages, transactions, jugements, preuve, interprétation, ...) tantôt enfin de remodeler des droits existants (rétroactivité législative ou conventionnelle), il se propose d'examiner en profondeur les institutions répondant à chacune de ces catégories et d'en souligner les différences comme les convergences.

Pressentant qu'au-delà de certains points communs qui rapprochent les mécanismes se rattachant à une même fonction, il sera difficile de découvrir une identité de régime, Rafaël Jafferali s'interroge sur les critères permettant l'élaboration de corps de règles moins disparates. Aussi, émet-il

l'idée d'utiliser le principe d'égalité déposé dans les articles 10 et 11 de la Constitution, non pas bien sûr pour gommer toutes les différences car celles-ci sont parfois justifiées mais pour rendre le régime de la rétroactivité plus cohérent au sein de chaque catégorie fonctionnelle.

L'ouvrage préfacé reprend pour l'essentiel le mémoire défendu par Rafaël Jafferali à la Faculté de droit de Bruxelles en vue de l'obtention du certificat de formation doctorale. Il est consacré à la première fonction de la rétroactivité en matière contractuelle : la consolidation des droits inachevés.

Après une introduction générale consacrée à la notion de rétroactivité et au principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, Rafaël Jafferali nous emmène dans les dédales de la confirmation, de la ratification et des conditions suspensives pour confronter ensuite les effets de ces institutions entre parties et à l'égard des tiers au principe constitutionnel d'égalité et terminer modestement par quelques « premiers enseignements et perspectives » qui tentent de définir les hypothèses dans lesquelles les articles 10 et 11 de la Constitution pourraient conduire à un rapprochement des principes applicables et celles où, en revanche, les différences se justifient.

Plus qu'un mémoire, Rafaël Jafferali nous livre une véritable thèse sur les droits contractuels inachevés en droits civils belge et français avec un solide éclairage de droit comparé puisqu'il fait de nombreuses incursions en droits allemand et néerlandais.

Ce texte palpitant, par nature scientifique, ne sombre jamais dans l'abstraction, il est ancré dans la réalité. Il est vrai que son auteur est avocat et qu'en dépit de son jeune âge, il a un sens aigu de la barre et de l'argumentation judiciaire, donc à la fois du droit mais aussi du fait. Il est donc loin de considérer le droit comme un art en soi ou comme un simple objet d'étude mais bien comme un instrument de régulation des rapports sociaux et de résolution des conflits qui n'a de sens que s'il reste en contact avec la pratique.

Aussi, le « mémoire » de Rafaël Jafferali constitue-t-il, au-delà de son intérêt théorique, une mine d'informations et une source de réflexion pour le praticien qui est souvent désarmé lorsqu'il s'agit de donner un contenu concret à des formules évidentes de prime abord. La ratification comme la confirmation, par exemple, ne peuvent porter atteinte aux droits acquis des tiers dans l'intervalle. Le principe est constant. Mais de quels droits et de quels tiers s'agit-il véritablement ? La condition suspensive opère avec

effet rétroactif et cette rétroactivité a incontestablement pour but de protéger le créancier sous condition contre des actes accomplis en fraude de ses droits par le débiteur. Ici encore, peut-on aisément s'accorder. Mais quelles sont les limites de cette rétroactivité?

Ces questions se compliquent encore lorsque des droits réels sont en jeu. Il convient en effet dans chaque cas de combiner les principes avec les articles 1141 et 2279 du Code civil en matière mobilière et les dispositions de la loi hypothécaire en matière immobilière.

On le voit, le domaine d'investigation est énorme...

Il ne reste qu'un souhait à formuler : que la vaste thèse annoncée voie rapidement le jour. Cette « première partie » ouvre en effet solidement l'appétit.

Paul Alain FORIERS

Professeur ordinaire à l'ULB, Avocat à la Cour de cassation

Avant-propos

Le présent texte constitue la version légèrement remaniée d'un mémoire intitulé «La rétroactivité des droits contractuels inachevés à la lumière du principe constitutionnel d'égalité» et présenté le 15 mai 2009 à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles en vue de l'obtention du certificat de formation à la recherche doctorale.

Il constitue donc la première étape d'une recherche plus vaste consacrée à l'étude de la rétroactivité en droit des contrats.

Je tiens à remercier mon promoteur, le Doyen Paul Alain Foriers, pour ses toujours enrichissantes observations et l'aide qu'il m'a apportée dans la rédaction de cette étude. Ma gratitude s'adresse également aux autres membres du comité d'accompagnement, à savoir la Vice-Doyenne Andrée Puttemans, qui a rendu possible la publication de cet ouvrage, et le Doyen Xavier Dieux, ainsi qu'au président du Collège de doctorat, le Professeur Michel Dispersyn.

La matière est arrêtée au 1^{er} septembre 2010.

R.J.

Chapitre I. – Introduction générale

Section I. – Projet de recherche

§1. Objet et intérêt de la recherche

1. Importance de la rétroactivité des actes et des faits juridiques. « 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 réglemente 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).

L’examen de la doctrine et de la jurisprudence confirme du reste que la rétroactivité se trouve au cœur de mécanismes aussi divers que l’effet déclaratif du partage, la révocation des donations, la condition suspensive ou résolutoire, la résolution judiciaire, 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. Études antérieures. L’étude de la rétroactivité conduit – tout comme son objet d’investigation – à remonter le cours du temps. La rétroactivité

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 »).

suscite en effet depuis longtemps l'intérêt de la doctrine. Ainsi, elle était déjà connue avant la promulgation du Code civil ⁽²⁾ et n'a pas échappé à l'attention des premiers commentateurs de celui-ci. Depuis lors, elle 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. 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* ⁽³⁾.

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 précise de celle-ci, tant dans les rapports entre les parties qu'envers les tiers.

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

3 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. MAÎTRE-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 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); *addé* A. CHAUSSE, «De la rétroactivité dans les actes juridiques», *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 529 et s.; 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, p. 163 et s.; M. GEGOUT, «Essai sur la rétroactivité conventionnelle», *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, p. 283 et s.; R. HOUIN, «Le problème des fictions en droit civil», *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, Paris, Dalloz, 1948, p. 242 et s., spéc. p. 247 et s.; R. JAMBU-MERLIN, «Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques», *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 271 et s.; *aux Pays-Bas*, A.S. HARTKAMP, «Terugwerkende kracht», *W.P.N.R.*, 1991, p. 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, p. 257 et s. et p. 273 et s.; C.G.J. PIRON, «Terugwerkende kracht toekennen en uitsluiten : ja of nee», *W.P.N.R.*, 1993, p. 503 et s.

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⁽⁴⁾.

De même, si l'on admet sans peine que la nullité d'un contrat oblige les parties à 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.

D'autre part, 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 croissant⁽⁵⁾. Cette dimension fait naturellement 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.

4. Objet de la recherche – Hypothèses de travail. La présente recherche portera donc sur la rétroactivité en droit belge des contrats. Sans postuler d'emblée l'existence d'une théorie générale, elle s'efforcera de mettre en lumière les points de convergence et de divergence des différentes institutions examinées, dans le but de dégager une conclusion critique.

À titre principal, elle tend à vérifier l'hypothèse qu'il n'existe pas, en droit belge des contrats, de régime unique commun à toutes les manifestations de la rétroactivité. Au contraire, la portée concrète de l'effet rétroactif varierait à chaque fois en fonction du but et des caractéristiques propres des institutions concernées. Notre objectif sera dès lors de mettre en évidence les particularités de celles-ci afin de saisir pour chacune d'elles la signification de l'effet rétroactif.

4 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, p. 49 et s., n° 32 et s., p. 98 et s.

5 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° 604 et s., p. 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° 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° 111/2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, note E. MONTERO, *R.A.B.G.*, 2007, p. 583, note F. BURSSSENS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 287, note O. JAUNIAUX, *T.B.O.*, 2006, p. 155, note K. UYTTERHOEVEN).

Le système juridique ne peut toutefois s'accommoder d'une telle pluralité de régimes qu'à la condition qu'elle 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'effets rétroactifs tout en évitant de gommer entièrement les particularités des institutions concernées. C'est de cette manière que nous entendons dégager un socle commun de règles qui ne soient pas postulées d'emblée, mais découlent au contraire d'une analyse minutieuse de ces institutions.

§2. Méthode et plan de la recherche

5. Nécessité d'un regroupement par fonction des institutions étudiées. Les manifestations de la rétroactivité dans le droit des contrats sont tellement variées qu'il a rapidement semblé inapproprié de comparer terme à terme des institutions aussi éloignées, par exemple, que l'effet déclaratif du partage et la révocation des donations, ou la ratification et la nullité.

En revanche, il est apparu que la rétroactivité remplissait schématiquement quatre grandes fonctions et qu'un regroupement pouvait être opéré à des fins d'analyse sur cette base.

Il convient de souligner que les différentes institutions qui seront ici examinées sont celles qui sont généralement recensées par la doctrine et la jurisprudence comme étant dotées d'un effet rétroactif. Il nous faudra examiner, au cours de nos recherches, et pour chacune de ces institutions, si cette proposition de départ est ou non fondée.

Précisons également que ce regroupement 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, notamment à l'égard des tiers.

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 identiques ou similaires. L'analyse comparée des différentes institutions regroupées par fonction permettra dès lors de

jeter un regard critique sur les convergences ou les divergences de régime entre ces institutions.

Outre qu'il ouvre la voie à une meilleure compréhension de celles-ci, 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⁽⁶⁾. L'intérêt théorique de la recherche se double dès lors d'un intérêt pratique évident.

6. Fonctions de la rétroactivité. Si l'on se place dans la perspective des parties au contrat⁽⁷⁾, les fonctions de la rétroactivité peuvent être schématiquement divisées comme suit.

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.

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 judiciaire ou extrajudiciaire, révocation des donations, 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.

6 Voy. sur ce point *infra*, Section III.

7 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*, *op. cit.*, n° 9, p. 11 et s.

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, de la preuve ou de l'interprétation. 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.

Enfin, il arrive que les effets de droits existants, qui jouissaient déjà d'une entière efficacité tant théorique que pratique, soient altérés et que cette altération soit réputée s'être produite antérieurement. Un tel phénomène peut se produire à l'intervention du législateur (rétroactivité législative) ou des parties elles-mêmes (rétroactivité conventionnelle). En ce cas, on peut parler de *droits remodelés* par la rétroactivité.

7. Découpage de la recherche. Le projet de recherche s'est concrétisé dans un premier temps sous la forme d'une étude préparatoire consacrée, d'une part, à l'élucidation de certaines notions de base – à savoir le concept même de rétroactivité (*infra*, Section II) et la portée du principe constitutionnel d'égalité en droit privé (*infra*, Section III) – et, d'autre part, à l'analyse de la rétroactivité dans le cadre des «droits inachevés». Tel est l'objet du présent ouvrage.

Celui-ci est appelé à se fondre ultérieurement dans une recherche plus vaste embrassant l'ensemble des quatre fonctions de la rétroactivité décrites ci-avant.

§3. Limites de la recherche

8. Branches du droit étudiées. La rétroactivité est un sujet extrêmement vaste. C'est la raison pour laquelle nous n'étudierons celle-ci que dans le cadre du *droit des contrats*.

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

- en droit de la famille (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), à l'exception du partage dont le champ d'application dépasse en réalité le seul domaine successoral;

- en droit des biens (effet rétroactif de la prescription acquisitive), sans cependant négliger les effets réels des obligations contractuelles;
- en droit public (notamment la rétroactivité des lois indépendamment de leur incidence sur les contrats en cours), en droit pénal et en droit fiscal.

Bien que notre étude porte sur le droit des contrats, nous serons, par la force des choses, amené à examiner certains actes unilatéraux qui s'inscrivent dans la sphère contractuelle⁽⁸⁾.

9. Éléments de droit comparé. Notre étude sera centrée sur le droit positif belge. Toutefois, nous veillerons à enrichir nos développements par des perspectives de droit comparé chaque fois que celles-ci se révéleront utiles. Nous aurons ainsi l'occasion de faire de fréquentes incursions en droit français, allemand et 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 françaises pourront être citées ensemble sans préciser systématiquement leur origine.

Le choix de l'étude des *droits allemand et néerlandais* se justifie 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⁽⁹⁾ et, enfin, par la richesse des solutions qui y sont développées et qui peuvent dès lors servir de source d'inspiration au juriste belge. À cet égard, point n'est besoin d'insister sur la puissance conceptuelle des analyses développées en droit allemand; quant au droit civil néerlandais, il

8 Sur l'importance de ce phénomène, cons. récemment X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008.

9 Les références au NBW se rencontrent en effet 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 que ce soit parfois par le détour du droit néerlandais qu'ils ont pénétré dans l'ordre juridique belge (ou, selon 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. 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° 50).

offre l'image d'un système à la fois jeune – le *Nieuw Burgerlijk Wetboek* n'étant entré en vigueur qu'en 1992 – et souple, empreint de considérations d'équité qui ne vont pas sans rappeler le succès croissant du principe de bonne foi dans notre droit.

Afin de faciliter la compréhension, chaque subdivision consacrée à l'examen de l'effet rétroactif d'une institution sera précédée d'un 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 de manière ponctuelle pour éclairer ou approfondir le raisonnement.

10. Institutions étudiées. 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 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.

Ainsi, dans le domaine des « droits inachevés », notre analyse portera essentiellement sur l'effet rétroactif de la confirmation, de la ratification, de la réalisation de la condition suspensive et de la défaillance de la condition résolutoire. Nous laisserons en revanche de côté des institutions plus marginales, qui n'ont pas encore donné lieu aux mêmes constructions théoriques ou dont l'intérêt est plus limité pour la théorie générale des obligations. S'agissant par exemple de l'effet rétroactif de la régularisation des nullités, nous nous bornerons à souligner la manière dont le raisonnement développé à propos de la confirmation pourrait lui être transposé⁽¹⁰⁾. La théorie de la conversion des actes nuls sera quant à elle examinée dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux « droits effacés ».

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.

10 Voy. *infra*, n° 60.

Section II. – Notion de rétroactivité

11. Plan. L'examen de la nature de la rétroactivité (§ 1^{er}) permettra d'en construire la définition (§ 2).

§ 1. Nature de la rétroactivité

12. 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 vision unitaire de la rétroactivité, mais estiment que la nature de celle-ci varie en fonction de l'institution étudiée⁽¹¹⁾.

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⁽¹²⁾.

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⁽¹³⁾. 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° 13), soit une fiction répondant à une époque déterminée à un but précis (n° 14), soit encore l'apparition de règles nouvelles en droit positif (n° 17). Les mêmes types de raisonnement pourraient sans doute être développés à propos de la plupart des notions analysées par certains comme des fictions juridiques.

13. 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.

11 Pour une illustration de cette attitude, voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique, op. cit.*, n° 122, p. 75; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, «Les fictions en droit privé», *Arch. phil. dr.*, t. 20, 1975, p. 273 et s., n° 14 et s., p. 282 et s.

12 Voy. *infra*, n° 19.

13 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. Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 15-63 et 163-167.

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 des droits plus étendus que le sien propre»⁽¹⁴⁾. La rétroactivité est donc remplacée 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 «Toutes 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»⁽¹⁵⁾. Ces propos évoquent directement ceux des partisans des théories négatrices de la personnalité morale⁽¹⁶⁾.

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 plusieurs autres règles, ce sont ces dernières qui fixeront la mesure des droits en cause⁽¹⁷⁾. On ne pourrait dès lors dans ce cas trouver dans l'étude de la rétroactivité la solution des difficultés d'interprétation de ces règles.

14. 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⁽¹⁸⁾.

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 abstrac-

14 A. CHAUSSE, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 543.

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

16 Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé, op. cit.*, n° 27 et s., p. 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-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1919, n° 319, p. 147).

17 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, p. 133 et s., n° 1, p. 133.

18 Voy. par exemple A.S. HARTKAMP, *op. cit.*, *W.P.N.R.*, 1991, n° 2, p. 868; R. HOUIN, *op. cit.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, p. 248 et s.

tion, à l'encontre des réalités physiques et perceptibles⁽¹⁹⁾. Il ne s'agit en définitive que de conventions sociales, au sens le plus large du terme. 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⁽²⁰⁾.

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»⁽²¹⁾. 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'un enfant 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 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⁽²²⁾. 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⁽²³⁾.

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

19 R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 28, p. 23.

20 Comp. S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, op. cit., n° 386, p. 410.

21 R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 137, p. 86; pour la même approche, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, n° 213 et s., p. 264 et s.; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 18, p. 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*, t. III, Paris, Sirey, 1921, n° 241, p. 367 et s.; comp. la position intermédiaire de J.-F. ROMAIN, «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, p. 63 et s., n° 25, p. 89).

22 Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 346 et s., p. 202 et s.; P. FORIERS, «Présomptions et fictions», *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 773 et s., spéc. p. 784 et s.

23 Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 58 et s., p. 38 et s.

Il est sans doute une évidence du sens commun⁽²⁴⁾ 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.

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.

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 l'ordre normal des choses (en l'occurrence, la conformité de la vérité judiciaire à la vérité tout court)⁽²⁵⁾.

Si, donc, la rétroactivité peut être envisagée comme une fiction, c'est uniquement lorsque le droit positif admet 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⁽²⁶⁾.

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⁽²⁷⁾, 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 rapprochera naturellement cette conception de la rétroactivité des théories de la personnalité morale analysée comme une fiction⁽²⁸⁾.

24 On s'abstiendra d'entrer ici dans les discussions du domaine de la physique qui pourraient nuancer, voire remettre en cause cette évidence.

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

26 Voy. dans un sens similaire J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, n° 4, p. 20.

27 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 ».

28 Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, *op. cit.*, n° 21 et s., p. 23 et s.

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

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 ⁽²⁹⁾.

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 ⁽³⁰⁾ et son utilité historique a été démontrée lorsque le système juridique n'est pas mûr pour accueillir une règle entièrement nouvelle ⁽³¹⁾.

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 ⁽³²⁾.

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 ⁽³³⁾. 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 ⁽³⁴⁾.

29 Voy. par exemple R. HOUIN, *op. cit.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, p. 246, à propos de l'effet rétroactif de la condition et du partage ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, R.C.J.B., 2010, n° 28, p. 91.

30 F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 240, p. 360 et s., spéc. p. 365.

31 R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *op. cit.*, *passim* et spéc. n° 403, p. 231 ; F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 242, p. 375 et s. ; A.S. HARTKAMP, *op. cit.*, W.P.N.R., 1991, n° 2, p. 868.

32 Sur cette conception et sa critique, voy. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 248 et s., p. 420 et s.

33 Voy. P. FORIERS, *op. cit.*, *La pensée juridique de Paul Forières*, 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.

34 Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *op. cit.*, n° 133, p. 84 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel, Eyboulet, 1922, n° 417, p. 287 ; F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 251, p. 434 et s. ; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 20, p. 28.

Il faudra donc prendre garde, d'une part, à ne pas donner par principe à la fiction une interprétation restrictive, 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⁽³⁵⁾.

16. 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'oxymoron – comme une réalité dans le discours juridique. Du statut de fiction, elle accède alors au rang de concept⁽³⁶⁾ ou de règle nouvelle à part entière⁽³⁷⁾.

Ainsi a-t-on pu récemment 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»⁽³⁸⁾. Ces analyses rappellent ici encore les théories de la personnalité morale, cette fois envisagée comme réalité technique⁽³⁹⁾ ou comme concept⁽⁴⁰⁾.

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

35 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* F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 247, p. 415 et s. Voy. également A.S. HARTKAMP, *op. cit.*, *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.

36 F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 246, p. 414.

37 R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *op. cit.*, n° 403, p. 233 et s.

38 T. STAROSSELETS, «Effets de la nullité», *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 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*, *op. cit.*, n° 110, p. 68; à propos de la rétroactivité de la loi et de la nullité, R. HOUIN, *op. cit.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, p. 248; de manière générale, J. SANDRA et R. MESIAEN, «Fiscale aspecten van retroactiviteit in overeenkomsten en vennootschapsakten», *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, p. 415 et s., n° 12 et s., p. 418 et s.

39 Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, *op. cit.*, n° 51 et s., p. 46 et s.

40 Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, *op. cit.*, n° 198 et s., p. 163 et s.

17. 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⁽⁴¹⁾, 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 nouvelle, dépouillée du masque de la fiction. Dans certains cas, celle-ci subsistera encore à titre d'image didactique⁽⁴²⁾, 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⁽⁴³⁾.

18. Réalité – Consécration de la rétroactivité comme concept autonome. Dans un second cas, on ira même plus loin, et plutôt que de voir dans les différentes conséquences de la rétroactivité des effets propres à l'institution concernée, on avancera que la rétroactivité elle-même a accédé au statut de réalité juridique⁽⁴⁴⁾.

Comme en matière de fictions, on se gardera toutefois de prendre cette réalité au pied de la lettre. En effet, comme toute abstraction⁽⁴⁵⁾, le concept de rétroactivité porte en lui les germes de ses excès. S'il fallait tirer toutes les conséquences que commande la proposition selon laquelle, dans

41 Voy. à ce propos R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 335 et s., p. 197 et s.; F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, op. cit., n° 242, p. 375 et s., et n° 245 et s., p. 396 et s.

42 R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 341, p. 200; voy. *supra*, n° 13.

43 Voy., à propos de la résolution, R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 110, p. 68.

44 Voy. par exemple la citation de T. STAROSSELETS reproduite *supra*, n° 16.

45 Voy. sur ce point F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, 3^e tirage, Paris, Sirey, 1925, n° 45, p. 131 et s.

la sphère du droit, tel acte ne s'est jamais produit, on risquerait en effet de tomber dans une logique dogmatique entièrement détachée des situations concrètes que le droit a pour mission de régler.

Pour prendre un exemple extrême, la résolution du contrat découlant d'un pacte comissoire exprès 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 la clause résolutoire expresse. Or, comment la résolution pourrait-elle se produire si la clause sur laquelle elle se fonde n'a jamais existé⁽⁴⁶⁾? La solution de ce paradoxe consiste bien évidemment à donner une portée raisonnable à l'effet rétroactif de la résolution, en admettant qu'il laisse subsister certaines clauses du contrat résolu⁽⁴⁷⁾.

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 la prise de possession du tiers, le juste titre sur lequel il s'est basé pour prescrire et l'écoulement du temps, qui sont tous trois 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⁽⁴⁸⁾ – être soumise à l'interprétation en vue d'en dégager sa portée véritable.

19. Intérêt pratique limité. 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⁽⁴⁹⁾. Leur exposé permettra également de mieux comprendre la pensée des auteurs lorsque nous examinerons chacune des manifestations de la rétroactivité.

46 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).

47 Cette question sera approfondie dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux « droits effacés ». Voy. not., à propos du maintien du pacte comissoire exprès, 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, p. 223 et s., n° 13, p. 236.

48 Voy. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n° 222 et 223, p. 207 et s. ; *addé* F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, *op. cit.*, n° 50, p. 146 et s.

49 Voy. *infra*, n° 20 et s.

La nature de celle-ci est enfin 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 argument ne doit cependant pas être exagérée.

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⁽⁵⁰⁾ et évolutive⁽⁵¹⁾.

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 but réellement poursuivi par l'idée de rétroactivité, dont seul pourront découler ses limites.

§2. Définition de la rétroactivité

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

Ainsi, «Le 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*»⁽⁵²⁾.

50 Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique*, op. cit., n° 340, p. 200 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, op. cit., *Arch. phil. dr.*, t. 20, 1975, n° 18, p. 285.

51 R. HOUIN, op. cit., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, p. 245 *in fine*.

52 M. GEGOUT, op. cit., *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 1, p. 283 (nous soulignons).

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»⁽⁵³⁾.

De manière plus simple, «l'effet rétroactif est celui d'une cause agissant sur des faits qui lui sont antérieurs»⁽⁵⁴⁾, «le produit d'une cause qui agit sur le passé»⁽⁵⁵⁾.

21. 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, «La 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 *avenue*»⁽⁵⁶⁾.

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*

53 R. HOUIN, *op. cit.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, p. 247 *in fine*; É. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 15, p. 21.

54 *Pand.*, t. XXXIV, v° *Effet rétroactif*, Bruxelles, Larcier, 1890, n° 1.

55 MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. X, 5^e éd., Bruxelles, Tarlier, 1836, v° *Effet rétroactif*, p. 1. Voy. encore J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, *Arch. phil. dr.*, t. 20, 1975, n° 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»).

56 R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 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, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n° 5 *in fine*, p. 275). Or, la rétroactivité peut également avoir pour effet de consolider un acte jusque-là inefficace (voy. par exemple la ratification d'un acte accompli sans pouvoir).

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»⁽⁵⁷⁾.

22. Effet immédiat – 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 n'avait jamais été conclu. Toutefois, le résultat pratique est identique si l'on considère que la dette de restitution naît au jour du prononcé de la nullité. 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⁽⁵⁸⁾.

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. Ce qui importe, en effet, au vendeur initial, c'est qu'il soit mis en mesure, à partir du prononcé de la nullité, de revendiquer le bien entre les mains des sous-acquéreurs; peu lui importe en pratique la date à laquelle la nullité est censée se produire. Quant à la restitution, le cas échéant, des fruits de la chose, elle peut, comme entre parties, s'analyser comme une dette née au jour du jugement de nullité, même si son *quantum* doit le cas échéant être fixé sur la base des événements antérieurs.

Plutôt qu'un véritable effet rétroactif, il s'agirait de lancer sur le passé un regard « rétrospectif » : les événements antérieurs ne seraient pas remis en

57 R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, *op. cit.*, n° 241, p. 328. Voy. dans le même sens S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 13, p. 28 et s. et, de manière encore plus claire, 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.*, p. 7 et s.).

58 Comp. avec l'exemple donné par R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio 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 leurs 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).

cause, seules leurs conséquences futures en seraient affectées, mais en tenant compte des événements passés⁽⁵⁹⁾.

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 »⁽⁶⁰⁾. 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⁽⁶¹⁾. De manière plus générale, l'effet immédiat permettrait d'éviter de devoir tirer toutes les conséquences de l'effet rétroactif.

23. Effet immédiat – Appréciation critique. À la réflexion, cependant, nous ne pensons pas que la rétroactivité doive nécessairement se réduire à un effet immédiat.

Premièrement, le choix entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat dépendra souvent de l'interprétation retenue. La plupart des manifestations classiques de la rétroactivité sont en effet susceptibles de deux lectures, comme en témoignent les deux exemples donnés ci-avant⁽⁶²⁾.

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 »⁽⁶³⁾.

59 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, point C, 1, b) et s., p. 241 et s. ; BVerfG, 22 mars 1983, *BVerfGE*, vol. 63, p. 343, point B, II, 3, a), p. 356 et s.).

60 R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, op. cit., n° 241, p. 329.

61 *Ibid.*, p. 329 et s.

62 Voy. *supra*, n° 22 ; comp. *supra*, n° 19, avec la difficulté de choisir entre les qualifications d'image, de fiction ou de réalité.

63 P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 41 et s., spéc. n° 12, p. 49.

En l'occurrence, la notion de rétroactivité conservera à notre sens toujours un intérêt, fût-ce au titre de simple image didactique⁽⁶⁴⁾. Il peut être utile, en effet, 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.

Deuxièmement, la théorie de l'effet immédiat ne nous paraît pas 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 signaler que le discours juridique n'est pas soumis aux mêmes contraintes que la réalité matérielle⁽⁶⁵⁾. 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 sera produit.

Troisièmement, l'intérêt pratique de la théorie de l'effet immédiat ne doit pas être exagéré. 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 logique dogmatique qui lui fasse produire des effets indésirables⁽⁶⁶⁾. 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⁽⁶⁷⁾.

Quatrièmement et enfin, toutes les manifestations de la rétroactivité ne se prêtent pas à une réinterprétation sous la forme d'un effet immédiat.

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⁽⁶⁸⁾, 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.

64 Voy. *supra*, n° 13.

65 Voy. et comp. *supra*, n° 14, à propos de la fiction.

66 Voy. *supra*, n° 18.

67 Voy. par exemple *infra*, n° 155, en matière de condition suspensive.

68 Cass., 5 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75, note TAQUET et WANTIEZ, analysé *infra*, n° 110.

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⁽⁶⁹⁾. En effet, l'existence d'une cause devant en règle, comme toute condition de validité, s'apprécier au jour de la formation du contrat⁽⁷⁰⁾, 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.

24. Définitions proposées – Énoncé. Compte tenu des observations qui précèdent, il paraît possible de proposer une double définition de la rétroactivité.

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 date à laquelle l'événement rétroactif sortit juridiquement ses effets.

25. Définitions proposées – Commentaire. Les deux définitions proposées doivent être brièvement commentées.

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 ». 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 unilaté-

69 Voy. P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. À propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 676 et s., n° 16, p. 679.

70 Voy. Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 723 ; Cass., 24 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 428 ; Cass., 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 77, note J.-F. ROMAIN.

raux (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.

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⁽⁷¹⁾. Toutefois, les effets juridiques de la rétroactivité peuvent avoir pour objet d'effacer, dans la mesure du possible, les conséquences matérielles des événements antérieurs.

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, soit à la destruction. Ainsi, par exemple, les actes de disposition accomplis par l'acquéreur sous 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. Selon les cas, cette rétroactivité s'analysera comme une fiction⁽⁷²⁾ ou une réalité⁽⁷³⁾.

La rétroactivité au sens large englobe quant à elle aussi bien les hypothèses de rétroactivité au sens strict que celles où la rétroactivité n'est qu'une image⁽⁷⁴⁾, notamment parce qu'elle peut être réduite à un effet immédiat⁽⁷⁵⁾. 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.

71 Voy. *supra*, n^{os} 14 et 23.

72 Voy. *supra*, n^o 14.

73 Voy. *supra*, n^o 18.

74 Voy. *supra*, n^{os} 13 et 17.

75 Voy. *supra*, n^o 21.

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⁽⁷⁶⁾. Il s'agira, respectivement, d'une forme de rétroactivité au sens strict ou au sens large. Dans les deux cas, cependant, tout se passera « comme si » le contrat n'avait jamais été exécuté.

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 de la rétroactivité, constitue bien un cas de rétroactivité au sens strict.

26. 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⁽⁷⁷⁾.

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⁽⁷⁸⁾.

Il conviendra donc, pour chaque manifestation de la rétroactivité analysée, d'examiner soigneusement les droits existant au cours de la période intermédiaire.

Section III. – Égalité et non-discrimination en droit privé

§ 1. Position du problème

27. 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⁽⁷⁹⁾) a été étendue au contrôle de la conformité

76 Voy. *supra*, n° 22.

77 Sur l'importance de la période intermédiaire dans l'analyse de la rétroactivité, voy. et comp. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, *op. cit.*, vol. I, n° 37 et s., p. 41 et s.

78 Voy. par exemple, s'agissant de la confirmation, *infra*, n° 57.

79 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 la dénomination de la juridiction.

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⁽⁸⁰⁾. Elle a depuis lors multiplié ses incursions dans tous les domaines du droit, en ce compris le droit privé⁽⁸¹⁾.

Cette évolution ne peut laisser le chercheur indifférent. En effet, là où, autrefois, une recherche scientifique devait dans certains 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⁽⁸²⁾.

En l'occurrence, l'étude de la rétroactivité a déjà donné lieu à d'importantes réflexions *de lege ferenda*⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾. 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 s'efforcera d'indiquer les diffé-

80 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, p. 10 et s.

81 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».

82 Voy. ainsi, à la suite de la thèse d'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 d'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, p. 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.

83 Voy. la deuxième partie de la thèse de J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, op. cit.

84 Voy. *supra*, n° 4 et s.

rences 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 judiciaire 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 ?

§2. Contrôle du respect du principe d'égalité

28. 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⁽⁸⁵⁾. 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 »⁽⁸⁶⁾.

85 Réciproquement, le principe d'égalité impose également de ne pas traiter de manière identique, sans justification objective et raisonnable, des situations dissemblables. Par souci d'alléger le texte, nous n'évoquons systématiquement par la suite que la question des différences de traitement discriminatoires.

86 Voy. récemment C. const., 28 février 2008, n° 34/2008, point B.4. Comme l'observe N. BANNEUX, « L'égalité : clef du contentieux constitutionnel? », *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 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 (voy. récemment 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, *Rec.*, 2008, I, p. 9895, points 39 et 47) et est aujourd'hui également adoptée par la Cour de cassation (voy. 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 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).

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⁽⁸⁷⁾. 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.

29. 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. 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⁽⁸⁸⁾.

Ainsi, pour reprendre l'exemple donné ci-dessus (n° 27), plutôt que de comparer dans l'absolu les effets de la résolution à ceux de la révocation 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.

30. Première étape : la comparabilité des situations. Pour qu'une différence de traitement entre deux situations soit tenue pour discriminatoire, on exige classiquement que ces deux situations soient considérées comme comparables.

Cette appréciation est loin d'être évidente, et constitue parfois une manière commode pour le juge d'évacuer l'application du principe d'éga-

87 Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, n° 635 et s., p. 250 et s.; adde N. BANNEUX, *op. cit.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 9 et s.; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, *Droits et discriminations*, p. 15 et s.

88 Voy. en ce sens le rejet du déclinatoire de compétence soulevé par le Conseil des ministres dans C. const., 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.A., 11 décembre 2002, n° 182/2002, point B.2.1 et s. (il ne s'agit pas de comparer le sort de la cotisation sociale et celui de l'impôt dans le cadre d'une procédure de concordat, mais bien les droits de l'O.N.S.S. et ceux du fisc); voy. de même C. const., 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 est réglé par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif).

lité⁽⁸⁹⁾. 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. Considérer que celles-ci sont comparables à certains égards impose dès lors de poser une appréciation éminemment subjective, qui laisse souvent la place à des opinions divergentes⁽⁹⁰⁾.

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 dérogoire 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 ce 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

89 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, *Rec.*, 2001, I, p. 4319, point 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, *Rec.*, 2008, I, p. 1757, point 72).

90 Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht*, op. cit., n° 637, p. 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); R. HERNU, *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, v° *Égalité et non-discrimination*, Paris, P.U.F., 2008, p. 357 et s., spéc. p. 358; 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, p. 10 et s.

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 est ou non en état d'arrestation⁽⁹¹⁾, celle d'une partie sollicitant la récusation d'un juge selon qu'il s'agit d'une procédure civile ou pénale⁽⁹²⁾ ou la situation du prévenu et celle de l'accusé⁽⁹³⁾.

Malgré ces difficultés sérieuses, l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle révèle 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⁽⁹⁴⁾.

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. 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⁽⁹⁵⁾, du montant de la pension⁽⁹⁶⁾, des règles du licenciement abusif⁽⁹⁷⁾ ou de l'imposition du pécule de vacances⁽⁹⁸⁾;
- 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⁽⁹⁹⁾;

91 Cass., 8 septembre 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 393.

92 Cass., 19 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 268.

93 Cass., 30 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 55.

94 D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, op. cit.*, n° 637, p. 251. Ainsi, par exemple, s'opposant à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle décide que « La 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 implicitement la comparabilité de ces situations (C. const., 4 mars 2009, n° 37/2009, point B.3, à propos de la possibilité de former opposition selon que c'est à un jugement du tribunal de l'application des peines révoquant une modalité d'exécution de la peine ou à un jugement du tribunal correctionnel révoquant un sursis probatoire à l'exécution d'une peine d'emprisonnement; voy. dans le même sens C. const., 27 mai 2010, n° 65/2010, point B.5.2; C. const., 22 avril 2010, n° 38/2010, point B.3.4; C. const., 4 février 2010, n° 9/2010, point B.4).

95 C.A., 8 juillet 1993, n° 56/93, point B.6.3.2 (solution implicite).

96 C.A., 12 janvier 1995, n° 1/95, point B.7 (solution implicite; voy. cependant 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).

97 C.A., 21 juin 2001, n° 84/2001 point B.8 (solution implicite).

98 C.A., 11 décembre 2002, n° 185/2002, point B.11 (solution implicite).

99 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 ».

- le délai de prescription de l'action contractuelle du travailleur et celui de son action extracontractuelle *ex delicto* contre l'employeur⁽¹⁰⁰⁾;
- 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⁽¹⁰¹⁾;
- 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⁽¹⁰²⁾;
- la situation des conjoints, des cohabitants légaux et/ou des cohabitants non mariés à l'égard du droit réel d'habitation⁽¹⁰³⁾, en matière fiscale⁽¹⁰⁴⁾, de compensation des dépens⁽¹⁰⁵⁾ ou de propriété des biens⁽¹⁰⁶⁾;
- 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⁽¹⁰⁷⁾;
- les personnes qui élèvent un enfant, selon qu'elles ont ou non un lien de filiation avec lui⁽¹⁰⁸⁾;
- le failli, son gérant, son conjoint, son ex-conjoint, 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⁽¹⁰⁹⁾;

100 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 »).

101 En règle, toutefois, ces deux catégories d'agents ne sont pas comparables dès lors qu'elles se trouvent dans des situations juridiques fondamentalement différentes (C.A., 16 octobre 2001, n° 127/2001, point B.5).

102 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 »).

103 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 »).

104 C.A., 11 décembre 2002, n° 185/2002, point B.5; C. const., 2 avril 2009, n° 65/2009, point B.4 (solutions implicites); C. const., 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 décretaal a entendu les traiter sur un pied d'égalité relativement au régime des droits de succession qui leur est appliqué »).

105 C. const., 12 novembre 2009, n° 181/2009, point B.7 (solution implicite).

106 C. const., 23 juin 2010, n° 72/2010, point B.8.1.

107 C.A., 12 janvier 2003, n° 32/2003, point B.4 (solution implicite).

108 C.A., 8 octobre 2003, n° 134/2003, points B.3.1 et B.3.2.

109 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, point 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. const., 4 février 2010, n° 5/2010, point B.10 (solution implicite).

- 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 ⁽¹¹⁰⁾;
- les dettes de somme et les dettes de valeur, en matière de répétabilité des honoraires d’avocat ⁽¹¹¹⁾;
- les procédures de droit social et les procédures d’expropriation d’extrême urgence, au regard des délais de recours ⁽¹¹²⁾;
- le débiteur qui introduit une procédure en règlement collectif de dettes et l’assuré social, au regard des règles de notification des jugements ⁽¹¹³⁾;
- l’administrateur provisoire et, d’une part, le curateur et le médiateur de dettes au regard de leur rémunération, et, d’autre part, le subrogé tuteur en matière de conflit d’intérêts ⁽¹¹⁴⁾;
- 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 ⁽¹¹⁵⁾;
- la nullité d’un acte authentique notarié et la nullité d’un acte authentique judiciaire, en matière de sanction des règles de forme ⁽¹¹⁶⁾;
- 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 ⁽¹¹⁷⁾;
- les créanciers d’une société commerciale en liquidation et ceux d’une ASBL en liquidation ⁽¹¹⁸⁾;
- 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 ⁽¹¹⁹⁾;

110 C.A., 24 mai 2006, n° 87/2006, point B.11 (solution implicite).

111 C.A., 14 juin 2006, n° 95/2006, point B.14 (solution implicite).

112 C.A., 13 décembre 2006, n° 197/2006, point B.4 (solution implicite).

113 C.A., 15 mars 2007, n° 40/2007, point B.8.1 (solution implicite).

114 C.A., 15 mars 2007, n° 43/2007, points B.4 et B.10.

115 C. const., 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 ».

116 C. const., 31 juillet 2008, n° 109/2008, point B.2.3.

117 C. const., 2 octobre 2008, n° 134/2008, point B.10 et réf. citées.

118 C. const., 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 »).

119 C. const., 23 avril 2009, n° 69/2009, point B.9; C. const., 16 juillet 2009, n° 127/2009, point B.6.

- les avocats, magistrats, greffiers et huissiers de justice, au regard du délai de prescription de l'action disciplinaire ⁽¹²⁰⁾;
- la SCRI, la SCRL, la SPRL et la SA au regard de la possibilité d'introduire une action sociale minoritaire ⁽¹²¹⁾.

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 d'un récent arrêt 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'abrèger 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» ⁽¹²²⁾.

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 ⁽¹²³⁾.

31. Deuxième étape : l'objectivité du critère de différenciation. Pour être admissible, une différence de traitement entre deux situations compa-

120 C. const., 4 avril 2010, n° 8/2010, point B.3 et s.

121 C. const., 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»).

122 C. const., 30 septembre 2010, n° 109/2010, point B.3.2 (comparaison entre les requérants au Conseil d'État selon qu'ils ont un intérêt direct ou indirect à l'annulation).

123 D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, op. cit.*, n° 638, p. 252. Voy. aussi C.J.C.E. (Gr. ch.), 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, *Rec.*, 2008, I, p. 9895, 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».

rables doit reposer sur un critère objectif. Cette condition ne pose d'ordinaire aucune difficulté.

32. 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⁽¹²⁴⁾. Cette recherche s'effectue en principe sur la base des travaux préparatoires⁽¹²⁵⁾. Deux difficultés principales peuvent toutefois se présenter, s'agissant en particulier de règles aussi anciennes que celles faisant l'objet de la présente étude.

Premièrement, les travaux préparatoires peuvent se révéler lacunaires. Il en ira souvent ainsi dès lors que, si les institutions étudiées ici trouvent leur source première dans le Code civil, l'effet rétroactif qui leur est aujourd'hui reconnu procède essentiellement de constructions doctrinales et jurisprudentielles qui lui sont postérieures. À 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 la volonté du législateur⁽¹²⁶⁾.

Deuxièmement, 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⁽¹²⁷⁾; mais, d'autre part, elle censure parfois les dispositions qui

124 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, *op. cit.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 45 et s.; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, op. cit.*, n° 646 et s., p. 255 et s.), à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'autorise 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° 21906/04, §161).

125 N. BANNEUX, *op. cit.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 45; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, op. cit.*, n° 652, p. 257.

126 D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht, op. cit.*, n° 652, p. 257 et s.

127 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.

ont depuis leur origine perdu toute justification⁽¹²⁸⁾. Enfin, il se peut que le but d'une norme évoluée, 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⁽¹²⁹⁾.

33. 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. À défaut, la règle qui établit cette différence est contraire au principe d'égalité⁽¹³⁰⁾.

34. 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⁽¹³¹⁾, 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.

À cet égard, 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

128 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, point 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. const., 11 mars 2009, n° 43/2009, point B.4.2; voy. également récemment, en matière d'assurance-vie, C. const., 26 juin 2008, n° 96/2008, point B.6.4; cons. sur cette jurisprudence M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 623 et s.; comp., *en France*, Cons. const., 30 juillet 2010, déc. n° 2010-14/22 QPC, point 29.

129 Voy. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht*, *op. cit.*, n° 650, p. 257.

130 Voy. par exemple C. const., 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 est ou non marié avec son cohabitant.

131 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, p. 243 et s., n° 7, p. 245.

réserve que chaque règle doit être conforme à la logique du système auquel elle appartient»⁽¹³²⁾.

Ainsi, par exemple, en matière de licenciement abusif des travailleurs, la Cour constitutionnelle a admis que le régime de faveur institué 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⁽¹³³⁾.

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.

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. Tel est le rôle – limité mais précieux – que nous proposons d'assigner à ce mécanisme correcteur⁽¹³⁴⁾.

§3. Sanction du principe d'égalité

35. 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

132 C. const., 18 juin 2009, n° 102/2009, point B.4.1; C. const., 15 janvier 2009, n° 3/2009, point B.3; C. const., 20 juin 2007, n° 89/2007, point B.8; C.A., 28 mars 2007, n° 50/2007, point B.10; C.A., 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.

133 C.A., 21 juin 2001, n° 84/2001, point B.6 et s.

134 Voy. déjà *supra*, n° 4.

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⁽¹³⁵⁾.

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)⁽¹³⁶⁾.

I. ABSENCE DE PORTÉE MATÉRIELLE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

36. 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,

135 Art. 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. 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. Sur cette technique, qui ne présente pas de spécificité particulière dans le domaine de la rétroactivité, cons. not. P. POPELIER, *op. cit.*, R.W., 2006-2007, n° 11, p. 246; *adde* Cass., 12 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 473.

136 Sur ces deux problématiques, voy. N. BANNEUX, *op. cit.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 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. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 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 par des accidents impliquant un tram ou un train», *J.T.*, 2009, p. 257 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, p. 669 et s.); P. POPELIER, *op. cit.*, R.W., 2006-2007, p. 243 et s.; B. RENAULD, «Lacune législative et devoir de juger», obs. sous Trav. Bruxelles, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 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, p. 419 et s.; D. RIBES, «Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative», *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 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, p. 213 et s.; M. TRAESE, «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, p. 306 et s.; P. VANDERNOOT, «Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses», *Rev. dr. ULB*, 2002/25, p. 1 et s., n° 37 et s., p. 55 et s.; S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, t. 1, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, n° 243 et s., p. 343 et s.

aucun contenu déterminé aux normes adoptées par le législateur⁽¹³⁷⁾. 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⁽¹³⁸⁾. Il pourrait même adopter une troisième voie et octroyer à X et Y un droit identique, mais différent de celui qu'il avait accordé initialement à X⁽¹³⁹⁾. Si, à terme, la marge de manœuvre du législateur paraît donc être très étendue, quelle attitude doit être adoptée dans l'immédiat par le juge *a quo* lorsqu'une discrimination a été constatée par la Cour constitutionnelle, sachant qu'il ne peut en tout cas, à peine de déni de justice⁽¹⁴⁰⁾, 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⁽¹⁴¹⁾. Cette solution s'inscrirait au demeurant dans le prolongement de la mission du juge constitutionnel, gardien des libertés individuelles⁽¹⁴²⁾. Le juge *a quo* devrait donc systématiquement opter pour le «rétablissement [...] vers le haut» de l'égalité⁽¹⁴³⁾.

Le problème ne doit cependant pas être sous-estimé, particulièrement en matière de rétroactivité des actes et des faits juridiques.

137 B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 423 et s., qui parle de la «vacuité» du principe d'égalité; *adde* D. RIBES, *op. cit.*, *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, *Rec.*, 2009, I, p. 9823, point 59 et s.

138 B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 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 v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971) qui, après 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 méconnaît 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; comp. la critique de P. WESTERN, «The Empty Idea of Equality», *Harvard L.R.*, vol. 95, n^o 3, 1982, p. 537 et s., spéc. p. 590 et s.

139 P. POPELIER, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, n^o 8, p. 245.

140 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^o 479).

141 B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 432.

142 B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 431.

143 B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 432.

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⁽¹⁴⁴⁾ – à revenir à la règle générale, ce qui permet donc de résoudre le dilemme⁽¹⁴⁵⁾. Or, quand il s'agit, comme dans la présente étude, de comparer des institutions indépendantes l'une de l'autre, telles que la ratification et la condition suspensive, ou la nullité et la résolution, il n'est *a priori* 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⁽¹⁴⁶⁾.

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 en ce que cette extension des droits va nécessairement de pair avec l'aggravation de la situation des débiteurs de ce droit⁽¹⁴⁷⁾. 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⁽¹⁴⁸⁾. Écarter ou étendre la rétroactivité, c'est donc à chaque fois favoriser certains sujets de droit tout en désavantageant d'autres. Dans ces conditions, la théorie du «rétablissement vers le haut» ne

144 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 bénéficient 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.

145 P. POPELIER, *op. cit.*, R.W., 2006-2007, n° 16, p. 247.

146 P. POPELIER, *op. cit.*, R.W., 2006-2007, n° 18, p. 248.

147 Voy. P. POPELIER, *op. cit.*, R.W., 2006-2007, n° 14, p. 247; S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, t. 1, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, n° 92, p. 48.

148 Voy. R. DEMOGUE, *op. cit.*, *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».

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 pour cause d'ingratitude (voy. *supra*, n° 27). 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.

37. 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 constitutionnelle, aboutit, dans bien des cas, à lui donner une portée plus matérielle⁽¹⁴⁹⁾.

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⁽¹⁵⁰⁾. 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'ordonnancement juridique existant la manière dont l'égalité doit être rétablie⁽¹⁵¹⁾.

Un arrêt récent 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

149 Comp. B. RENAULD, *op. cit.*, *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 ».

150 Voy. *supra*, n° 32 et s.

151 Voy. et comp. D. RIBES, *op. cit.*, *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 273. Voy. dans le même sens, à propos du comblement des lacunes, *infra*, n° 42 et s.

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»⁽¹⁵²⁾.

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, le souci 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 laquelle 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 le Code civil)⁽¹⁵³⁾. 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⁽¹⁵⁴⁾.

Pour revenir à la comparaison de l'effet rétroactif de la résolution et de la révocation pour cause d'ingratitude, il conviendra d'être attentif aux raisons qui auraient, par hypothèse, conduit au constat d'une violation du principe d'éga-

- 152 C. const., 26 juin 2008, n° 96/2008, point B.6.5. La Cour est cependant revenue ultérieurement sur cette jurisprudence en ce qui concerne le rapport (voy. C. const., 16 décembre 2010, n° 147).
- 153 Comp. J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, *op. cit.*, *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 référent législatif systématique pour donner suite aux arrêts de la Cour, indispensable pour 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.
- 154 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° 43, 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.

lité. 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⁽¹⁵⁵⁾.

L'arrêt n° 77/96 en fournit la parfaite illustration. Dans cette affaire, la Cour a décidé que « Dans 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 »⁽¹⁵⁶⁾. La Cour s'abstient cependant d'indiquer lequel des deux régimes doit être généralisé, ou si une troisième voie doit être envisagée⁽¹⁵⁷⁾. 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

155 J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 222 et s., estime à cet égard que « La ligne de partage ne peut être qu'empirique » et, citant P. VANDERNOOT, *op. cit.*, *Rev. dr. ULB*, 2002/25, n° 39, p. 63, que « Le 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 ».

156 C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, point B.4.

157 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, p. 156 et s., n° 28, p. 173 et réf. citées.

estimé 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 »⁽¹⁵⁸⁾, 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, renvoie à la problématique connexe des lacunes législatives.

II. COMPLEMENT DES LACUNES LÉGISLATIVES

38. Notion. À supposer même que le principe d'égalité permette, sans nouvelle intervention du législateur, de déterminer la manière dont une discrimination doit être corrigée, il se peut encore que cette correction ne puisse être réalisée non pas en supprimant une règle existante de l'ordre juridique, mais au contraire, seulement 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 formelle du principe d'égalité⁽¹⁵⁹⁾, 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⁽¹⁶⁰⁾. 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.

158 C.A., 28 mars 2002, n° 69/2002 (nous soulignons).

159 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° 37, et *infra*, n° 42 et s.).

160 Voy. P. POPELIER, *op. cit.*, R.W., 2006-2007, n° 9, p. 245; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 216.

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 de l'un des deux présidents de la Cour constitutionnelle, «La matière est trop neuve pour y donner des réponses définitives»⁽¹⁶¹⁾.

39. 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 doit demeurer l'apanage du législateur⁽¹⁶²⁾. Le 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⁽¹⁶³⁾.

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⁽¹⁶⁴⁾ 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⁽¹⁶⁵⁾ ou comme appel adressé au législateur⁽¹⁶⁶⁾. Sans nier la pertinence de ces critiques, l'atti-

161 M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., n° 47, p. 49.

162 Voy. J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, op. cit., *Liber amicorum Paul Martens*, n° 25 et s., p. 808 et s.

163 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, op. cit., *J.T.*, 2008, n° 30, p. 675, note n° 70, annonçant ainsi le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 14 octobre 2008 (voy. *infra*, n° 43).

164 Voy. J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, op. cit., *Liber amicorum Paul Martens*, n° 13, p. 795; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., n° 42 et s., p. 45 et s.

165 Voy. P. POPELIER, op. cit., *R.W.*, 2006-2007, n° 45 et s., p. 255 et s.

166 Voy. P. POPELIER, op. cit., *R.W.*, 2006-2007, n° 58 et s., p. 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, op. cit., *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 260 et s.).

tude de la Haute juridiction peut sans doute se comprendre à la lumière des exigences de la technique de cassation, qui veut que la Cour déclare irrecevables les moyens inopérants, à savoir ceux qui ne seraient pas susceptibles d'entraîner la cassation de la décision déferée à sa censure⁽¹⁶⁷⁾.

40. Thèse extensive. Plusieurs arguments sérieux ont été avancés à l'encontre de la thèse déniant au juge *a quo* tout pouvoir de combler une lacune législative mise au jour par un arrêt de la Cour constitutionnelle.

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⁽¹⁶⁸⁾.

Reprenons la comparaison de l'effet rétroactif de la résolution et de la révocation pour cause d'ingratitude⁽¹⁶⁹⁾. 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?»⁽¹⁷⁰⁾.

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⁽¹⁷¹⁾, de remédier à l'inconstitutionnalité de la norme. Tout autre interprétation de la loi spé-

167 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, p. 271 et s., n° 383 et s., p. 400 et s.

168 B. RENAULD, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 637; B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 425 et s.; *adde* N. BANNEUX, *op. cit.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 24; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 27, p. 35, note n° 58 (au contentieux de l'annulation).

169 Voy. *supra*, n° 27.

170 Conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, alors avocat général, avant Cass., 31 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 78, citant D. RIBES, *op. cit.*, *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 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*, t. IV, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 283, p. 375 et s.).

171 Voy. *supra*, n° 37.

ciale 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⁽¹⁷²⁾. 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⁽¹⁷³⁾.

Au surplus, 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⁽¹⁷⁴⁾. En réalité, cantonner le juge constitutionnel dans le rôle d'un « législateur négatif » relèverait d'une conception traditionnelle aujourd'hui dépassée, comme le montre l'analyse du droit comparé⁽¹⁷⁵⁾.

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 « Les 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 »⁽¹⁷⁶⁾. 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.

À cet égard, et au-delà du contentieux constitutionnel de l'égalité, on peut du reste observer que les juges se sont, de tout temps, efforcés de combler ce qu'ils estimaient constituer des « lacunes du droit » sans que le

172 Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 28, p. 35 (à propos du contentieux de l'annulation).

173 B. RENAULD, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 638.

174 Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 27, p. 32; B. RENAULD, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 637 et s.; B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 434.

175 Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 19, p. 27; B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 434; D. RIBES, *op. cit.*, *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 256 et s., spéc. p. 259; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 219 et s.; P. VANDERNOOT, *op. cit.*, *Rev. dr. ULB*, 2002/25, n° 37, p. 56 et s.

176 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. const., 2 avril 2009, n° 64/2009, point B.7.1 et s., rendu à propos de la loi du 10 mai 2007 remplaçant la loi du 25 février 2003.

principe de la séparation des pouvoirs ne soit venu enrayer ce processus⁽¹⁷⁷⁾.

Enfin, on avance – mais l'argument est plus faible⁽¹⁷⁸⁾ – que le législateur conserve toujours le pouvoir du dernier mot 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*⁽¹⁷⁹⁾.

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 à jour par la Cour constitutionnelle, même lorsque celle-ci ne trouve pas sa source dans la norme déferée au contrôle de la Cour⁽¹⁸⁰⁾.

En toute hypothèse, 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⁽¹⁸¹⁾.

41. Thèse médiane. On ne peut qu'être sensible à l'argument selon lequel l'analyse d'une discrimination en terme de lacune dépend essentiellement d'une question de présentation du problème. 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 lorsque cette dernière, exerçant une forme de *judicial restraint*, s'est elle-même interdit d'empiéter sur les

177 Cons. not. P. FORIERS, «Les lacunes du droit», *La pensée juridique de Paul Friers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 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 (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

178 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.

179 B. RENAULD, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 638; *adde* M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 46, p. 50.

180 B. RENAULD, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2006, p. 637 et s.; B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 432 et s., spéc. p. 436.

181 Voy. sur ce point Cass., 2 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 468, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.T.*, 2009, p. 709; C. const., 16 juillet 2009, n° 123/2009, point B.4.4, C. const., 16 juillet 2009, n° 122/2009, point B.4.4, et C. const., 2 avril 2009, n° 64/2009, point B.8.17 (en matière pénale); Cass., 3 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 661 et la note (1) (en 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, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, n° 10 et s., p. 792 et s.; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 54, p. 54; B. RENAULD, *op. cit.*, *Liber amicorum Paul Martens*, p. 434, note n° 23; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 225 et s.

prérogatives du législateur pour indiquer la marche à suivre⁽¹⁸²⁾. Si cette Haute juridiction, instituée par le Constituant pour exercer sur les lois un contrôle qui échappe au pouvoir judiciaire⁽¹⁸³⁾, estime que la réponse ne peut venir que du législateur, quelle serait la légitimité du juge *a quo* pour en décider autrement⁽¹⁸⁴⁾?

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⁽¹⁸⁵⁾. 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 à 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 «La 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»⁽¹⁸⁶⁾.

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

182 Voy. par exemple les arrêts n°s 77/96 et 69/2002, cités *supra*, n° 37.

183 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).

184 Comp. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 225.

185 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, *op. cit.*, *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 23 et s.; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 4, p. 5 et s.; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 21 et s.; P. VANDERNOOT, *op. cit.*, *Rev. dr. ULB*, 2002/25, n° 39, p. 61 et s.

186 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 répétabilité des honoraires et des frais d'avocat.

la Constitution [...] en ce qu'il exclut du bénéfice des allocations aux personnes handicapées l'étranger inscrit au registre de la population par suite d'une autorisation d'établissement dans le Royaume»⁽¹⁸⁷⁾ et semble donc inviter le juge *a quo* à combler cette lacune en accordant le bénéfice de ces allocations aux étrangers concernés.

42. Position de la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a récemment 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 déferée 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⁽¹⁸⁸⁾. Ainsi, la Cour veillera à remédier à l'inconstitutionnalité constatée «si cela lui est possible sans obérer les choix d'opportunité du législateur»⁽¹⁸⁹⁾.

Dans un arrêt du 31 juillet 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)»⁽¹⁹⁰⁾.

Cette position a depuis lors été confirmée à de multiples reprises⁽¹⁹¹⁾.

187 C. const., 12 décembre 2007, n° 153/2007.

188 M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., n° 50, p. 50 et s. Voy. déjà J.-C. SCHOLSEM, op. cit., *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, p. 223; adde N. BANNEUX, op. cit., *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, p. 22.

189 M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., n° 27 (à propos des carences constatées au contentieux de l'annulation).

190 C. const., 31 juillet 2008, n° 111/2008, point B.10.

191 C. const., 16 septembre 2010, n° 104/2010, point B.10; C. const., 1^{er} juillet 2010, n° 79/2010, point B.8; C. const., 22 avril 2010, n° 35/2010, point B.4.4, C. const., 16 juillet 2009, n° 123/2009, point B.4.4, C. const., 16 juillet 2009, n° 122/2009, point B.4.4 et C. const., 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° 40 *in fine*); C. const., 25 février 2010, n° 21/2010, point B.7; C. const., 25 février 2010, n° 18/2010, point B.9; C. const., 26 novembre 2009, n° 190/2009, point B.8; C. const., 12 novembre 2009, n° 177/2009, point B.7.2; C. const., 5 mai 2009, n° 74/2009, point B.5; C. const., 11 mars 2009, n° 45/2009, point B.10; C. const., 4 mars 2009, n° 37/2009, point B.8, citant notamment Cass. (plén.), 14 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 547, analysé *infra*, n° 43; C. const., 18 février 2009, n° 25/2009, point B.10.

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*⁽¹⁹²⁾, 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»⁽¹⁹³⁾ 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 jure*. [...] 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*»⁽¹⁹⁴⁾.

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* par une référence au droit international qui – du moins dans la thèse de la Cour de cassation⁽¹⁹⁵⁾ – 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⁽¹⁹⁶⁾, 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

192 C.E.D.H. (plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §56.

193 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° 36.

194 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.

195 Voy. Cass., 9 et 16 novembre 2004, *R.C.J.B.*, 2007, p. 31, note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU.

196 Voy. C.E.D.H. (Gr. ch.), 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02, §47.

manière suffisamment claire et précise, l'article 26 du Pacte impose au juge *a quo* de restaurer l'égalité en comblant cette lacune⁽¹⁹⁷⁾.

Ainsi, pour reprendre deux exemples cités précédemment⁽¹⁹⁸⁾, 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.

Même si le critère de l'arrêt «*directement applicable*» peut avoir quelque chose de surprenant dans le 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.

43. Position des juges judiciaires. Plusieurs juges du fond n'avaient pas attendu cette clarification pour apporter une réponse aux carences pointées par la Cour constitutionnelle⁽¹⁹⁹⁾. Tout en se montrant majoritairement hostiles à cette solution⁽²⁰⁰⁾, 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⁽²⁰¹⁾, 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

197 Pareil raisonnement permettrait de répondre aux objections de J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, *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.

198 Voy. *supra*, n°s 37 et 41.

199 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?», p. 1692 et s., n° 10, p. 1695 et s.; voy. aussi les décisions citées par P. POPELIER, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 29 et s., p. 251 et s.

200 Voy. les décisions citées *supra*, n° 39.

201 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, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 23, p. 250.

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»⁽²⁰²⁾. Enhardi par cette décision, l'huissier avait alors introduit 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 créerait ainsi⁽²⁰³⁾. 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⁽²⁰⁴⁾. 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⁽²⁰⁵⁾. 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⁽²⁰⁶⁾.

La même attitude favorable au comblement des lacunes transparait encore dans un arrêt du 15 mai 2008⁽²⁰⁷⁾. 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

202 C.A., 9 janvier 2002, n° 3/2002.

203 «*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).

204 Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 602, avec les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN.

205 C.A., 15 juillet 1998, n° 92/98.

206 En ce sens, M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, n° 37, p. 676 ; pour une interprétation différente, J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, *J.T.*, 2009, n° 5, p. 258 et s.

207 Cass., 15 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 296, avec les conclusions de M. l'avocat général VANDEWAL.

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 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»⁽²⁰⁸⁾. 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⁽²⁰⁹⁾. 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.

On peut enfin citer les onze arrêts rendus entre le 2 octobre 2007 et le 19 février 2008⁽²¹⁰⁾ 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 n° 111/2008 de la Cour constitutionnelle du 31 juillet 2008⁽²¹¹⁾. 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 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 189^{ter} ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.» Elle avait par ailleurs précisé que le juge *a quo* avait le pouvoir de combler la lacune ainsi constatée.

208 C.A., 21 mars 1995, n° 25/95, point B.4.3.

209 Voy. les nouveaux articles 226^{bis} du Code civil et 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

210 Cités par M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, J.T., 2008, n° 30, p. 675, note n° 70.

211 Voy. *supra*, n° 42.

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 235^{ter} aux décisions prises sur la base de l'article 235^{bis} de ce Code. Selon la Cour, « Seule 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 235^{bis} du même code. » Elle déclare, dès lors, le pourvoi prématuré et, partant, irrecevable⁽²¹²⁾.

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⁽²¹³⁾.

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⁽²¹⁴⁾.

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.

212 Cass., 12 août 2008, *Pas.*, 2008, n° 431, point 13, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général HENKES reproduites à la note (1).

213 Cass., 2 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 441, avec les conclusions contraires de M. le premier avocat général DE SWAEF résumées à la note (1).

214 Cass. (plén.), 14 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 547, point 4, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général TIMPERMAN, *J.T.*, 2008, p. 755, obs. B. DEJEMEPPE, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 92, note N. VAN DER EECKEN; voy. depuis lors 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 DUINSLAEGER; Cass., 28 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 547, A.C., 2008, n° 547, avec les conclusions de M. l'avocat général DUINSLAEGER.

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»⁽²¹⁵⁾.

Réciproquement, la Cour de cassation ne refusera 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 en œuvre⁽²¹⁶⁾.

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⁽²¹⁷⁾.

S'il est vrai que la nature a horreur du vide, il semble en aller de même des magistrats...

§4. Conclusion

44. Caractère opérationnel du principe constitutionnel d'égalité. La présente section avait pour but d'examiner, à titre liminaire, la possible uti-

215 Cass., 3 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 604, point 3, *A.C.*, 2008, n° 604, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général 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 «La 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° 40 *in fine*).

216 *Voy. Cass.*, 7 mai 2010, n° C.09.317.F, avec les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN, *NjW*, 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° 39). *Comp. en outre Cass.*, 4 mars 2010, n° C.08.0032.N, C.08.0033.N et C.08.0037.N, qui refuse sans explication complémentaire de poser une question préjudicielle susceptible de mettre à jour une lacune au motif que «Seul le pouvoir législatif peut remédier à une telle lacune de la loi».

217 *Voy. et comp. supra*, n° 42. *Comp. également C.J.C.E.*, 15 octobre 2009, *Audiolux e.a.*, C-101/08, *Rec.*, 2009, I, p. 9823, point 62.

lisation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination à des fins d'analyse de la cohérence du régime de la rétroactivité en droit privé.

En dépit des difficultés spécifiques à ce domaine – que ce soit au niveau de la comparabilité des situations ⁽²¹⁸⁾, de la recherche du but du législateur ⁽²¹⁹⁾, des limites à la comparaison trait pour trait de deux institutions autonomes ⁽²²⁰⁾, de la portée partiellement formelle du principe d'égalité ⁽²²¹⁾ ou du comblement des lacunes législatives ⁽²²²⁾ –, le principe d'égalité apparaît comme 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.

218 Voy. *supra*, n° 30.

219 Voy. *supra*, n° 32.

220 Voy. *supra*, n° 34.

221 Voy. *supra*, n° 36 et s.

222 Voy. *supra*, n° 38 et s.

Chapitre II. – Les droits inachevés

45. Généralités. Par «droits 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.

Les institutions examinées dans le présent chapitre ont ceci de commun qu'elles ont pour but, ou du moins pour effet, de parfaire les droits initialement inachevés.

Ainsi, la confirmation tend à couvrir la cause de nullité d'un acte (Section I) et la ratification vise à pallier l'absence de pouvoir de l'auteur d'un acte (Section 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 (Section III).

Reste à déterminer dans quelle mesure cette perfection des droits contractuels inachevés est ou non dotée d'un effet rétroactif.

Section I. – Confirmation

§1. Généralités

I. NOTION

46. Définition. La confirmation est l'acte juridique unilatéral, que le Code civil désigne parfois sous le nom de ratification⁽²²³⁾ ou d'approbation⁽²²⁴⁾, par lequel une personne couvre la nullité d'une obligation. Aux

223 Art. 1338 du Code civil. La confirmation ne doit cependant pas être confondue avec la ratification *sensu stricto* (voy. *infra*, Section II).

224 Art. 1115 du Code civil.

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* ⁽²²⁵⁾. 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 faudrait-il préciser ce qu'on entend exactement par « tiers » et quels seraient leurs « droits » ainsi protégés ⁽²²⁶⁾.

47. 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 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 ⁽²²⁷⁾. Alors que la confirmation est généralement considérée comme rétroactive, la réfection ne vaut en règle que pour l'avenir ⁽²²⁸⁾.

La *régularisation* constitue quant à elle une institution dégagée plus récemment par la doctrine ⁽²²⁹⁾. À la différence de la confirmation, elle ne constitue pas une simple renonciation à l'action en nullité, mais permet,

225 Voy. *infra*, n° 55 et s.

226 Voy. *infra*, n° 61 et s.

227 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* ».

228 M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 33 et s., n° 36, p. 73 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} partie*, t. III, Paris, Economica, 1986, n° 555, p. 495. Ce postulat devra cependant être réexaminé lors de l'étude des « droits remodelés ».

229 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., p. 949 et s. ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, op. cit.*, n° 31 et s., p. 50 et s.

dans les cas et conditions prévus par la loi, de faire disparaître objectivement les vices affectant le contrat⁽²³⁰⁾.

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. Les principes applicables à la confirmation peuvent cependant à notre sens lui être transposés moyennant quelques adaptations (voy. *infra*, n° 60).

48. Conditions et forme. Il n'est pas nécessaire, pour analyser l'effet rétroactif de la confirmation, de s'interroger longuement sur les conditions auxquelles celle-ci peut intervenir⁽²³¹⁾.

On admet généralement que seules les *nullités relatives*, résultant de la méconnaissance d'une loi impérative, sont susceptibles de confirmation⁽²³²⁾.

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 lors de 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⁽²³³⁾ et, sous certaines réserves, d'abstraire un acte de sa cause⁽²³⁴⁾. Par ailleurs, on considère aujourd'hui que même si la nullité pour défaut d'objet devrait en principe n'être que relative, 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⁽²³⁵⁾.

230 Voy. par ex. l'article 176 du Code des sociétés; l'offre faite par l'acheteur de payer le supplément du juste prix en cas de vente lésionnaire (art. 1681 du Code civil); 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, n° C.08.0569.F, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-H. GÉNICOT.

231 Pour de plus amples développements sur ce point, cons. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 792 et s., p. 762 et s.

232 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 796, p. 765, note n° 1. Sur le critère de distinction entre nullités relatives et absolues, cons. not. J. DE CONINCK, «Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst : de openbare orde herbekeken», *R.G.D.C.*, 2004, p. 301 et s., n° 14 et s., p. 305 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 91 et s., p. 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, p. 498 et s., n° 3 et s., p. 500 et s.

233 Voy. Cass., 24 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 264, avec les conclusions de M. l'avocat général 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*, t. I, *op. cit.*, n° 46, E, p. 63.

234 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, p. 39 et s., n° 33 et s., p. 81 et s.

235 La sanction de la nullité absolue apparaîtrait dès lors techniquement plus satisfaisante, quoique incohérente par rapport au traitement de l'absence de consentement, sanctionné par une nullité relative. Voy. M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 569 et s., n° 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, p. 606 et s., spéc. p. 607 et s.; F. RIGAUX, «L'état d'ébriété d'un contractant, cause de nullité relative de la vente», note sous Cass., 21 octobre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, p. 418 et s., n° 17 et s., p. 425 et s.

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⁽²³⁶⁾. Il en irait ainsi, après l'ouverture de la succession, en matière de donations nulles en la forme⁽²³⁷⁾ et de pactes sur succession future⁽²³⁸⁾; en matière de vente de droits litigieux prohibée par l'article 1597 du Code civil, après la cessation des fonctions visées par cette disposition⁽²³⁹⁾; ou encore, en cas d'abrogation d'une législation d'ordre public⁽²⁴⁰⁾ ou lorsque celle-ci perdrait ce caractère⁽²⁴¹⁾. Cette possibilité de confirmation peut être rapprochée de la tendance récente qui souligne la relativité de la distinction entre nullités absolues et relatives⁽²⁴²⁾. Il faut toutefois observer que tant la Cour de cassation⁽²⁴³⁾ que la Cour

- 236 Voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, «Les nullités en droit civil», *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1991, p. 9 et s., spéc. p. 89; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, n° 546, p. 685 et s.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 12^e éd., Paris, Sirey, 2006, n° 348, p. 284; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, op. cit., n° 70, p. 86; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Paris, L.G.D.J., 1930, n° 305, p. 419; R.P.D.B., t. IX, v° Nullité, Bruxelles, Bruylant, 1938, n° 504 et s., p. 41 et s.; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, éd. belge, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1848, n° 561, p. 196; adde C. RENARD et E. VIEUJEAN, «Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil Belge», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 243 et s., note n° 3, p. 290 et s.
- 237 Art. 1339 et 1340 du Code civil.
- 238 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. 1. L'acte juridique*, op. cit., n° 348, p. 284; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, op. cit., n° 561, p. 196. *Contra* : J. VERSTRAETE, *Rép. not.*, t. III, I, II, *Pactes sur succession future*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 16, p. 34 et réf. citées.
- 239 AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 5^e éd., 1902, §337, p. 433, note n° 9.
- 240 V. BASTIAEN et G. THOREAU, op. cit., *Les nullités en droit belge*, p. 89; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, op. cit., n° 348, p. 284. *Contra* : D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v° Confirmation, Paris, Dalloz, 2000, n° 29, p. 4, qui considère que ce serait donner un effet rétroactif à la loi nouvelle; M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Les obligations contractuelles*, n° 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*, t. X, op. cit., v° Effet rétroactif, p. 65).
- 241 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, op. cit., n° 305, p. 419.
- 242 Voy. sur ce point J. DE CONINCK, op. cit., 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., n° 20 et s., n° 5, p. 26; A. MEEÛS, op. cit., R.C.J.B., 1988, n° 4, p. 502; S. STIJNS, *Verbintenisrecht*, t. I, Brugge, die Keure, 2005, n° 180, p. 129 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 89, p. 105; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 326, p. 295; adde les réf. citées *infra* à la note n° 270.
- 243 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 «*Afspraken tijdens de echtscheidingsprocedure na de eerste*

constitutionnelle⁽²⁴⁴⁾ 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⁽²⁴⁵⁾. 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⁽²⁴⁶⁾. Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'ensemble des parties au contrat 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 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⁽²⁴⁷⁾.

Quant à la forme, la confirmation peut être expresse ou tacite. Dans le premier cas, l'*instrumentum* constatant la confirmation est soumis au for-

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», p. 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° 238), que «Le 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).

244 Voy. C. const., 22 avril 2010, n° 35/2010, point B.6.3, C. const., 16 juillet 2009, n° 123/2009, point B.5.3, C. const., 16 juillet 2009, n° 122/2009, point B.5.3 et C. const., 2 avril 2009, n° 64/2009, point B.13.1 et s., qui, «Afin 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*.

245 Sur cet effet relatif, voy. *infra*, n° 70.

246 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 Wilink, 1979, p. 115 et s., n° 5, p. 122.

247 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 796, p. 764 et s. Comp. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1972, n° 23 et s., p. 17 et s., et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique, op. cit.*, 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).

malisme prévu par l'article 1338, alinéa 1^{er}, du Code civil⁽²⁴⁸⁾, dont le respect doit cependant être apprécié avec souplesse⁽²⁴⁹⁾. Dans le second, la confirmation doit, comme toute renonciation⁽²⁵⁰⁾, se déduire de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation⁽²⁵¹⁾.

Avant d'aborder les effets de l'obligation nulle pendant la période intermédiaire précédant sa confirmation et de rechercher si celle-ci est dotée d'un effet rétroactif, il convient de resituer brièvement la confirmation dans le contexte plus général de la théorie des nullités.

II. APERÇU DE LA THÉORIE DES NULLITÉS

49. 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⁽²⁵²⁾.

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⁽²⁵³⁾. Ces deux piliers relèvent respectivement des modèles d'interprétation « philologique » et « géométrique » qui jouissaient à l'époque d'un crédit particulier⁽²⁵⁴⁾.

248 «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».

249 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, 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.

250 Sur le principe général du droit applicable aux renonciations, voy. Cass., 24 décembre 2009, n° C.09.0024.N; 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.

251 On notera que dans certains arrêts, la Cour paraît toutefois se contenter du constat de l'intention certaine de confirmer (voy. Cass., 11 janvier 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 552; Cass., 25 février 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 72).

252 Pour un historique de la théorie des nullités, cons. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 49 et s.; C. RENARD et E. VIEU-JEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 243 et s.

253 Comp. avec les deux explications de la théorie classique, l'une historique et l'autre rationnelle, identifiées par E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, *op. cit.*, p. 142 et s.

254 Cons. à ce propos B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, et Paris, L.G.D.J., 2005, chap. V et VI.

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⁽²⁵⁵⁾. Ainsi, alors que «La 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 travaux préparatoires venaient conforter l'idée que ces expressions n'étaient pas synonymes⁽²⁵⁶⁾.

Les résultats de cette recherche de l'intention du législateur permirent ensuite d'opposer obligations annulables, obligations nulles de plein droit et obligations inexistantes⁽²⁵⁷⁾. La légitimité de cette taxinomie fut alors renforcée par une métaphore de nature organique ou anthropomorphique⁽²⁵⁸⁾ 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⁽²⁵⁹⁾ (260).

255 Voy. par exemple G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, 2^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et arrêts, 1905, n° 1933, p. 262 et s.

256 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*, t. XIII, Paris, Videcoq, 1836, p. 167 et s., et le Rapport de JAUBERT à la séance du tribunal du 14 pluviôse an XII, *ibid.*, p. 394.

257 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, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 254, note n° 4.

258 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*, *op. cit.*, n° 35, p. 34).

259 Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *op. cit.*, p. 124 et s.; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 250.

260 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'invalider 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, p. 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/

50. Théorie moderne des nullités. La théorie classique a fait l'objet d'une critique en règle depuis le début du XX^e siècle⁽²⁶¹⁾. 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⁽²⁶²⁾. 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⁽²⁶³⁾.

Ces critiques ouvraient la voie à une nouvelle conception de la théorie des nullités. Celle-ci est principalement due, en France, aux travaux de JAPIOT et GAUDEMET⁽²⁶⁴⁾, dont les enseignements ont pénétré en Belgique sous la plume notamment de DE PAGE⁽²⁶⁵⁾ et des auteurs du *Répertoire pratique de droit belge*⁽²⁶⁶⁾.

Dans la conception nouvelle, la nullité n'est plus un état objectif de l'acte, mais une sanction de la violation de la loi⁽²⁶⁷⁾. 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 uniquement de 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 critique»⁽²⁶⁸⁾, à savoir

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, p. 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.

261 Cons. E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, op. cit., pp. 146-147; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, op. cit., p. 137 et s.; C. RENARD et E. VIEUJEAN, op. cit., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 257 et s.

262 Voy. déjà Cass., 12 juillet 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 336, avec les conclusions de M. le procureur général M. LECLERCQ, spéc. p. 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.

263 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*, op. cit., n° 45, p. 42).

264 R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, op. cit.; E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, op. cit., pp. 140-199.

265 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., n° 96, p. 141 et s.

266 Le *verbum Nullité* constitue ainsi une synthèse des travaux de JAPIOT émaillée de larges citations de ceux-ci (voy. R.P.D.B., t. IX, v° *Nullité*, op. cit.).

267 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, op. cit., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 260).

268 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*, op. cit., p. 284 *in fine* et p. 288).

une prérogative, un droit subjectif⁽²⁶⁹⁾ 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⁽²⁷⁰⁾. Quant à l'inexistence, elle disparaît presque entièrement comme catégorie autonome.

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⁽²⁷¹⁾.

On peut deviner, derrière cette nouvelle théorie des nullités, une révolution scientifique à l'œuvre⁽²⁷²⁾, qui place désormais la notion d'intérêt au centre du raisonnement juridique⁽²⁷³⁾. Aux modèles d'interprétation

269 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., 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 confondrait en règle avec les actions de droit commun (en revendication, en répétition de l'indu, etc.) par lesquelles les effets de l'acte nul seraient attaqués (R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, op. cit., p. 398 et s.); cet auteur admettait cependant, dans certains cas, l'existence autonome du droit de critique, à savoir à titre préventif (*ibid.*, p. 438 et s.), dans un intérêt d'ordre moral (*ibid.*, p. 445 et s.) ou en vue d'éviter que l'acte ne produise provisoirement certaines conséquences (*ibid.*, p. 458 et s.).

270 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*, op. cit., pp. 167-169; R.P.D.B., t. IX, v° *Nullité*, op. cit., n° 41 et s., p. 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, op. cit., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 270 et s.; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Bruxelles, Kluwer, 1996, n° 1113 et s., p. 835 et s.).

271 Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, p. 174, R.C.J.B., 1972, p. 414 et s., note F. RIGAUX; voy. également Cass., 7 janvier 2010, n° C.08.0594.N, point 2.

272 Voy. sur cette notion B. FRYDMAN, «Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques?», *J.T.*, 1996, p. 809 et s.

273 Voy. not. V. BASTIAEN et G. THOREAU, op. cit., *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); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., n° 575, p. 728 et s.; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, n° 92, p. 72; E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, op. cit., p. 147; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et

«géométrique» et «philologique» succède ainsi un modèle «sociologique»⁽²⁷⁴⁾.

On peut voir une illustration récente 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)⁽²⁷⁵⁾. La cour d'appel de Bruxelles 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. Choissant une voie médiane, la Cour décide que «Les 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*»⁽²⁷⁶⁾ 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⁽²⁷⁷⁾.

L'inconvénient d'une telle approche casuistique est évidemment le risque d'insécurité juridique, voire d'arbitraire, qui en résulte⁽²⁷⁸⁾. La prise en compte

F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 351, p. 477; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 264 et s., spéc. p. 265; S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 325 et s., n° 61, p. 402 et s.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, t. I, *op. cit.*, n° 179, p. 129.

274 Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, 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*, t. I, *op. cit.*, n° 6bis, p. 13 et s.), joua un rôle déterminant dans la redéfinition des catégories des nullités en Belgique (cons. sur ce point A. MEEÛS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, n° 6 et s., p. 503 et s.). Comp R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *op. cit.*, 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.

275 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», p. 479 et s.

276 Nous soulignons.

277 P. WÉRY, *op. cit.*, R.G.D.C., 2007, n° 5, p. 481, qui propose même de généraliser cette solution à toutes les nullités virtuelles résultant de la transgression d'autres lois particulières (voy. égal. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 324, p. 293).

278 Pour une critique du modèle sociologique en général, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, n° 247, p. 523 et s., et dans le domaine des nullités en particulier, L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, 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.)»).

des intérêts contradictoires peut cependant se faire sur un mode plus abstrait, qui s'efforce de concilier une plus grande flexibilité 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⁽²⁷⁹⁾.

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⁽²⁸⁰⁾. Nous en verrons la trace lors de l'examen de l'effet rétroactif tant de la confirmation⁽²⁸¹⁾ que de la nullité⁽²⁸²⁾.

§2. Période intermédiaire

51. 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⁽²⁸³⁾.

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 l'inexistence, « comme un médecin constate la mort »⁽²⁸⁴⁾, plutôt que de la *prononcer*⁽²⁸⁵⁾.

279 Telle sera l'approche qui sera suivie lors de l'étude des droits effacés.

280 Ce constat constitue d'ailleurs le point de départ de la thèse de C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° I, p. 1.

281 Voy. *infra*, n° 55 et s.

282 Dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux « droits effacés ».

283 Voy. *supra*, n° 26.

284 Selon l'expression de L. AYNÈS, « Rapport introductif », *Rev. contrats*, 2008, p. 9 et s., n° 2, p. 9.

285 Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1932, p. 260; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 252 et s.; P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 7 et s., n° 14, p. 15.

Sous l'empire de la théorie moderne, ces distinctions n'ont plus cours⁽²⁸⁶⁾. Toutes les nullités, qu'elles soient relatives ou absolues, doivent en principe être prononcées en justice⁽²⁸⁷⁾. 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⁽²⁸⁸⁾.

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.

286 Voy. *supra*, n° 50.

287 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; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, *Les nullités en droit belge*, p. 22 et s.; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, n° 204, p. 151 et s.; I. CLAEYS, «Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging», *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 267 et s., n° 3, p. 269; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, n° 90, p. 71; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, n° 557, p. 701; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 99, p. 148; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 326, p. 260; E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, *op. cit.*, p. 149 et s.; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, *op. cit.*, n° 356, p. 482 et s.; 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*, t. VI, *op. cit.*, n° 282, p. 388 et s.; R.P.D.B., t. IX, v° Nullité, *op. cit.*, n° 29, p. 7; S. STIJNS, *op. cit.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 64, p. 406 et s.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, t. I, *op. cit.*, n° 176, p. 127; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 390, p. 396; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 597 et s., n° 73, p. 622; M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 18, p. 587; P. WÉRY, *op. cit.*, *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, p. 300 et s., n° 32, p. 345; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 321, p. 292. – 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*, t. VIII, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1936, n° 275, p. 197 et s.; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, Paris, P.U.F., 1998, n° 104, p. 195 et s. (qui se réfère à la notion d'inexistence); A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1953, n° 260, p. 185; W. VAN GERVEN, «Onverbindendheid : blokkendoos of grabbelton?», *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, p. 483 et s., n° 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*, *op. cit.*, p. 281).

288 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.

La situation est donc fort différente, comme nous le verrons, de celle de l'obligation contractée sans pouvoir (*infra*, n° 87) ou sous condition suspensive (*infra*, n° 129 et s.). Elle se rapproche en revanche de celle de l'obligation sous condition résolutoire (*infra*, n° 132).

§3. Effets de la confirmation

I. APERÇU GÉNÉRAL

52. 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⁽²⁸⁹⁾. Cette opinion n'échappe cependant pas à la critique, fondée tant sur la notion de validation que sur l'analyse des effets de l'obligation nulle pendant la période intermédiaire précédant la confirmation⁽²⁹⁰⁾.

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⁽²⁹¹⁾. 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⁽²⁹²⁾, lequel présente surtout un intérêt pratique en matière de cautionnement et d'obligations solidaires⁽²⁹³⁾.

53. 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*)⁽²⁹⁴⁾. 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*).

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). La confirmation s'apparente

289 Voy. *infra*, n° 55.

290 Voy. *infra*, n° 56 et s.

291 Voy. *infra*, n° 61 et s.

292 Voy. *infra*, n° 70.

293 Voy. *infra*, n° 77.

294 Voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., München, C.H. Beck, 2004, §44, p. 795 et s.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2006, n° 487 et s., p. 194 et s.; C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n° 402 et s., p. 318 et s.

donc, dans ce cas, à une réfection de l'acte, quoique plus simple que si l'acte devait être purement et simplement refait⁽²⁹⁵⁾. Il est constant qu'une telle réfection est dépourvue d'effet rétroactif, l'acte ne prenant effet qu'avec la confirmation⁽²⁹⁶⁾.

Le § 141, alinéa 2, du BGB prévoit, il est vrai, une exception en matière de contrats nuls⁽²⁹⁷⁾. 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 – réfragable⁽²⁹⁸⁾ – de volonté. En outre, cette rétroactivité est purement personnelle (plutôt que réelle) et ne peut, dès lors, porter atteinte aux droits des tiers⁽²⁹⁹⁾; le § 141 est, dans cette mesure, impératif⁽³⁰⁰⁾.

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 une telle confirmation est ou non dotée d'un effet rétroactif est discutée en doctrine⁽³⁰¹⁾.

- 295 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, p. 1735 et s., § 141, n° 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 suffit (J. BUSCHE, *op. cit.*, *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).
- 296 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, NJW, 2005, p. 2333, point 23; BGH, 1^{er} octobre 1999, NJW, 1999, p. 3704, point 24; M. AHRENS, «§§ 116-144», *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 101 et s., § 141, n° 9, p. 180; J. BUSCHE, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 16, p. 1765; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, 15^e éd., Tübingen, Mohr, 1960, § 202, I, n° 5, c), p. 1212; H. HEINRICHS, «BGB §§ 1-311a», *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, C.H. Beck, 2006, p. 1 et s., § 141, n° 8, p. 148; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 44, n° 15, p. 799; C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *op. cit.*, n° 412, p. 325.
- 297 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*, *op. cit.*, 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, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 18, p. 1766; H. ROTH, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 29, p. 512).
- 298 J. BUSCHE, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 17, p. 1766; H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 141, n° 8, p. 149; H. ROTH, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 27, p. 511; C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *op. cit.*, n° 412, p. 325.
- 299 BAG, 1^{er} décembre 2004, 7 AZR 198/04, BAGE, vol. 113, p. 75, NJW, 2005, p. 2333, point 23; M. AHRENS, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 141, n° 9, p. 180; J. BUSCHE, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 17, p. 1765; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, § 202, I, n° 5, c), p. 1212; H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 141, n° 8, p. 148 et s.; H. ROTH, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 26, p. 511; pour un exemple, cons. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 44, n° 19, p. 800.
- 300 J. BUSCHE, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 141, n° 16, p. 1765; H. ROTH, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 141, n° 25, p. 511.
- 301 Voy. *infra*, n° 57.

54. 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⁽³⁰²⁾.

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⁽³⁰³⁾. 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⁽³⁰⁴⁾. La question de savoir si une telle confirmation est ou non rétroactive est controversée⁽³⁰⁵⁾.

II. EFFETS ENTRE PARTIES

55. 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*⁽³⁰⁶⁾.

302 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. IV, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *Algemeen leer der overeenkomst*, 12^e éd. par A.S. HARTKAMP, Deventer, Kluwer, 2005, n° 502 et s., p. 526 et s.; A.S. HARTKAMP, *op. cit.*, *Non sine causa*, p. 117 et s., pour qui cette «ratification» constitue plutôt une forme de régularisation (*convalescentie*); A.S. HARTKAMP, *op. cit.*, *W.P.N.R.*, 1991, n° 12, p. 872; J. HIJMA, 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.

303 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. IV, vol. II, *op. cit.*, n° 460, p. 485.

304 *Ibid.*, n° 476, p. 502.

305 *Voy. infra*, n° 57.

306 **En Belgique** : E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq, 1879, n° 373, p. 192; M. DUPONT, *op. cit.*, *La nullité des contrats*, n° 42, p. 79; A. KLUYSKENS, *Beginnselen van burgerlijk recht*, deel I, *De verbintenissen*, 5^e éd., Antwerpen, Brussel, Gent et Leuven, Standaard-Boekhandel, 1948, n° 309, p. 456; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. III, 2^e éd. belge, Bruxelles, Bruylant, 1863, Art. 1338, n° 49, p. 138; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 653, p. 656; *Pand.*, t. XXIII, v° *Confirmation*, Bruxelles, Larcier, 1887, n° 270; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, Bruxelles, Bruylant, s.d., n° 436, p. 346; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, Paris, Larose & Forcel, et Liège, Vaillant-Carmanne, 1893, n° 150, p. 175; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, *op. cit.*, n° 514, p. 416; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *Source des obligations (Deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 639, p. 961; M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 31, p. 604. **En France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, § 337, p. 446; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 210, p. 156 et s.; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, 6^e éd., Paris, Marescq et Dujardin, 1856, art. 1338, p. 689; J. CARBONNIER, *Droit civil. 4/ Les Obligations*, *op. cit.*, n° 105, p. 197; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 758, 1^o, B, p. 507, et n° 760, p. 508 et s.; D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*,

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»⁽³⁰⁷⁾. 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⁽³⁰⁸⁾.

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 passé⁽³⁰⁹⁾ et que l'acte confirmé est régi par la loi du jour où il a été conclu (et non du jour de la confirmation)⁽³¹⁰⁾.

De manière générale, la confirmation serait rétroactive dans la mesure où elle produit des effets sur un acte antérieur à sa formation⁽³¹¹⁾.

56. Critique – Différence entre confirmation et validation. 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»⁽³¹²⁾. En effet, dans cette conception, la confirmation est vue comme un procédé de validation venant effacer

v° *Confirmation*, *op. cit.*, n° 90, p. 9; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 831, p. 972; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} partie*, t. III, *op. cit.*, n° 555, p. 495, et n° 561, p. 501 et s.; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n° 704, p. 348; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 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*, t. I, vol. I, *op. cit.*, n° 353, p. 480; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 53, p. 70; Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité, *op. cit.*, n° 50, p. 8; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 244, p. 179; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 398, p. 402.

307 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*, t. XIII, *op. cit.*, p. 168.

308 Procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 5 pluviôse an XII, *ibid.*, p. 209.

309 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 66, p. 47; M. DUPONT, *op. cit.*, *La nullité des contrats*, n° 42, p. 79; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 53, p. 70; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 244, p. 179.

310 J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, *op. cit.*, art. 1338, p. 689; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 68, p. 48 et s.; M. DUPONT, *op. cit.*, *La nullité des contrats*, n° 42, p. 79; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 56, p. 72.

311 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 76, p. 53 et s.

312 *Voy. supra*, n° 49.

(«guérir»), depuis l'origine, le vice qui affectait l'acte⁽³¹³⁾. Elle serait rétroactive dès lors que cet acte serait par la suite considéré comme ayant toujours été inattaquable.

Avec la théorie moderne des nullités, la confirmation n'est plus tant un procédé de validation qu'une *renonciation au droit de critique*⁽³¹⁴⁾. 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.

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 à l'abri de toute critique.

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 défaillante 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⁽³¹⁵⁾.

313 Cette idée a sans doute été confortée par le texte de l'article 1338, al. 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).

314 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*, *op. cit.*, n° 13, p. 11; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, 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).

315 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 796, p. 765, note n° 1; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 122, p. 120.

De même, si le travailleur confirme un préavis irrégulier en la forme, les formes légales n'en auront pas pour autant été respectées⁽³¹⁶⁾.

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 comme toute renonciation de stricte interprétation⁽³¹⁷⁾, n'implique en principe aucune renonciation à réclamer des dommages-intérêts⁽³¹⁸⁾.

Ces différents exemples révèlent 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⁽³¹⁹⁾.

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⁽³²⁰⁾. Ainsi, par exemple, jusqu'au récent 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⁽³²¹⁾. 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'elle en est victime⁽³²²⁾.

316 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*, op. cit., n° 122, p. 121.

317 Sur ce principe applicable à toute renonciation, voy. *supra* les réf. citées à la note n° 250.

318 I. CLAEYS, op. cit., *Sancties en nietigheden*, n° 50, p. 302 et s.; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 582, p. 340; en **droit allemand** : M. AHRENS, op. cit., *BGB Kommentar*, § 144, n° 4, p. 183; H. HEINRICHS, op. cit., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 144, n° 3, p. 150; H. ROTH, op. cit., *Staudingers Kommentar*, § 144, n° 16, p. 540.

319 C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, op. cit., n° 40, p. 25.

320 Cons. à ce propos P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., n° 327, p. 295.

321 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).

322 Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, op. cit., n° 336, p. 268, note n° 5; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., 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, p. 137 et s., n° 4, p. 142).

L'hypothèse se rencontre également dans les contrats multipartites, à savoir les contrats conclus par plus de deux personnes⁽³²³⁾. 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⁽³²⁴⁾. De même, l'action en nullité peut être exercée par plusieurs copartageants pour autant qu'ils aient chacun été lésés de plus du quart⁽³²⁵⁾.

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 son auteur⁽³²⁶⁾. Celui-ci reste donc à la merci d'une nullité prononcée à la demande d'une autre partie protégée⁽³²⁷⁾.

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 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 ses titulaires aura renoncé à son droit⁽³²⁸⁾. Tant que ce n'est pas le cas, on ne peut considérer que l'acte est

- 323 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, p. 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.; 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, C.U.P., 2007, p. 7 et s.; I. SAMOY, «Pijnpunten bij het opstellen van consortium- en andere overeenkomsten met meer dan twee partijen», *Verbintenisrecht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 51 et s.; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, n° 378 et s., p. 305 et s.; voy. également R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenis», *T.P.R.*, 1994, p. 171 et s., n° 46, p. 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.
- 324 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.
- 325 Voy. l'article 887 du Code civil.
- 326 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 345, p. 282; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 796, p. 948; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, 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° 70).
- 327 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. Ces questions seront examinées dans le cadre de l'étude des «droits effacés».
- 328 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 50, p. 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*, *op. cit.*, p. 170), s'il fallait admettre que celles-ci sont susceptibles de confirmation (voy. *supra*, n° 48).

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⁽³²⁹⁾.

57. Critique – Absence d'effet rétroactif de la confirmation. 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⁽³³⁰⁾.

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 personne. En d'autres termes, la confirmation ne modifie en rien les effets juridiques de l'obligation pour le passé. On aperçoit dès lors guère la place que la rétroactivité, au sens technique du terme, occupe dans ce mécanisme⁽³³¹⁾.

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⁽³³²⁾. 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,

329 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, op. cit., n° 349, p. 285; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 398, p. 402 et s.; adde C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 583, p. 341.

330 Voy. *supra*, n° 51.

331 Dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, op. cit., n° 2014, p. 349; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., 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*, op. cit., p. 175, qui voit dans la rétroactivité de la confirmation une «fiction inutile»; il en va de même pour C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 583, p. 341; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, op. cit., n° 257, p. 240 et s.; voy. encore P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., n° 328, p. 299.

332 Pour une idée similaire, comp. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, op. cit., p. 281, note n° 1.

comme les actes nuls en droits belge et français, ils jouissent d'une validité provisoire jusqu'à leur annulation éventuelle⁽³³³⁾. 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⁽³³⁴⁾. D'autres font observer avec pertinence que cette confirmation n'a aucune signification positive propre⁽³³⁵⁾; elle ne produit aucun effet de droit nouveau, et ne peut dès lors se voir reconnaître un effet rétroactif que pris dans un sens non technique⁽³³⁶⁾. «*Die Rede von der "Rückwirkung" ist allerdings ungenau, da lediglich die Anfechtbarkeit eines bestehenden Rechts beseitigt wird*»⁽³³⁷⁾.

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⁽³³⁸⁾. Sans doute la majorité de la doctrine attribue-t-elle à une telle confirmation un effet rétroactif⁽³³⁹⁾. 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*»⁽³⁴⁰⁾.

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, qui la dépouille de toute portée technique. La rétroactivité au sens strict suppose, en effet,

333 Voy. *supra*, n° 53.

334 Voy. M. AHRENS, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, *op. cit.*, §144, n° 4, p. 183; H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, §144, n° 3, p. 150; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, §44, n° 28, p. 802; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 534, p. 212.

335 P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 1112.

336 J. BUSCHE, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §144, n° 8, p. 1782; H. ROTH, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §144, n° 13, p. 539.

337 H. ROTH, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §144, n° 2, p. 536 (l'expression «effet rétroactif» est à vrai dire assez imprécise, dès lors que seule l'annulabilité d'un droit existant est supprimée).

338 Voy. *supra*, n° 54.

339 Comme le relève J. HIJMA, *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.

340 J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, *op. cit.*, n° 4.22, p. 167; voy. aussi J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, *op. cit.*, n° 216, p. 235.

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⁽³⁴¹⁾.

58. Critique – Conséquences de la prétendue rétroactivité de la confirmation. 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, 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⁽³⁴²⁾.

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⁽³⁴³⁾. 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

341 Voy. *supra*, n° 24 et s.

342 Voy. dans le même sens J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 257, p. 242, à propos de l'effet de la prescription extinctive.

343 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*, t. X, *op. cit.*, v° *Effet rétroactif*, p. 65; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 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° 240).

réserve de l'action en nullité⁽³⁴⁴⁾. 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⁽³⁴⁵⁾.

59. Explication du prétendu effet rétroactif. 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»⁽³⁴⁶⁾.

Force est donc de reconnaître que la confirmation est dénuée de tout effet rétroactif au sens strict. Tout au plus peut-on y voir une forme de rétroactivité au sens large, entendue comme une image didactique⁽³⁴⁷⁾.

60. 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⁽³⁴⁸⁾, à laquelle on reconnaît généralement un effet rétroactif⁽³⁴⁹⁾. Sans doute, à la différence de la confirmation, la régularisation

344 Voy. *supra*, n° 51.

345 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*, *op. cit.*, n° 69, p. 49, et *Pand.*, v° *Confirmation*, *op. cit.*, n° 271, qui fondent cette solution sur la rétroactivité de la confirmation).

346 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 802, p. 771. Adde J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 349, p. 285, note n° 1; M. GEGOUT, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, n° 14, p. 311.

347 Sur cette notion, voy. *supra*, n° 13. 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, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 533; nous soulignons).

348 Sur cette notion, voy. *supra*, n° 47 et, pour des exemples de régularisation, note n° 230.

349 Voy. ainsi C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 324 et s., p. 227 et s.; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 814, p. 961 et s.; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 47 et s., p. 65 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 398, p. 403; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, n° 1124, p. 847.

opère-t-elle une véritable validation de l'obligation nulle⁽³⁵⁰⁾. 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⁽³⁵¹⁾.

III. EFFETS À L'ÉGARD DES TIERS

A. Position du problème

61. Position majoritaire. La doctrine majoritaire, qui reconnaît en principe un effet rétroactif à la confirmation, apporte néanmoins une importance restriction à ce principe dans les relations avec les tiers⁽³⁵²⁾.

Elle interprète en effet l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel la renonciation à la nullité vaut «sans préjudice 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.

350 C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, op. cit., n° 40, p. 24 et s.

351 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 584, p. 342. Comp. C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, op. cit., n° 324 et s., p. 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.

352 *En Belgique* : A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, op. cit., n° 309, p. 456; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. III, op. cit., Art. 1338, n° 51, p. 138 et s.; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, op. cit., n° 440, p. 347; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, op. cit., n° 657, p. 659 et s.; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, op. cit., n° 150, p. 176; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, op. cit., n° 639, p. 961; M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Les obligations contractuelles*, n° 31, p. 604 et s. *En France* : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, op. cit., §337, p. 446 et s.; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, op. cit., art. 1338, p. 689; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, op. cit., n° 760, p. 509; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 96 et s., p. 68 et s.; D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Confirmation*, op. cit., n° 96 et s., p. 10 et s.; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, op. cit., n° 562, p. 502 et s.; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 704, p. 348; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. V, op. cit., art. 1338, V, p. 107; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, op. cit., n° 353, p. 480; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, op. cit., n° 61, p. 77; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 245, p. 180; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 408, p. 410.

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.

62. 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⁽³⁵³⁾. 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.

63. 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, 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.

Par ailleurs, il convient de rechercher si cette disposition peut se voir reconnaître un sens même en l'absence d'effet rétroactif de la confirmation.

353 Voy. *supra*, n° 56 et s.

Enfin, nous verrons que cette disposition a été invoquée, par analogie, pour limiter l'effet rétroactif de la *ratification* à l'égard des tiers⁽³⁵⁴⁾. 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

64. Cas d'école. Depuis le XIX^e siècle, la doctrine raisonne presque exclusivement sur la base de l'hypothèse suivante⁽³⁵⁵⁾.

Un mineur vend à un acheteur un immeuble sans respecter les formalités habilitantes requises⁽³⁵⁶⁾. 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⁽³⁵⁷⁾ – 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 disposerait 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⁽³⁵⁸⁾.

354 Voy. *infra*, n° 115.

355 Voy. les références citées à la note n° 352.

356 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 art. 378, §1^{er}, al. 1^{er}, et 410, §1^{er}, 1^o, du Code civil).

357 Voy. *supra*, n° 55.

358 Voy. *supra*, les réf. citées à la note n° 352.

65. 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⁽³⁵⁹⁾. Il est vrai que, le Code civil de 1804 ne connaissant pas de système généralisé de publicité foncière⁽³⁶⁰⁾, 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 comme 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 transcrite, auquel cas le second acquéreur aura en principe été averti de son existence et refusera normalement d'acquiescer le bien tant que la nullité de la première vente n'aura pas été prononcée⁽³⁶¹⁾. 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 soule-

359 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*, t. II, *op. cit.*, n° 803, p. 771; M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 31, p. 605; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, 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° 338 et s., p. 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).

360 Cons. M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, Bruxelles, A. Decq et Paris, A. Durand, 1855, art. 1^{er}, n° 7 et s., p. 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).

361 Comp., à propos de la ratification, *infra*, n° 114, et de la condition suspensive, *infra*, n° 162.

ver 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, comme superflue⁽³⁶²⁾.

Ce paradoxe apparaît jusque dans les travaux préparatoires du Code civil. Sans doute celui-ci n’a-t-il pas consacré 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⁽³⁶³⁾. Les rédacteurs du Code civil avaient toutefois déjà adopté l’idée que certaines nullités ne pouvaient être prononcées qu’à la requête de la partie protégée. Ainsi, il semble que dans leur esprit⁽³⁶⁴⁾, le clivage existait plutôt 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»⁽³⁶⁵⁾. 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 «Quelle 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»⁽³⁶⁶⁾. 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.

362 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*, t. III, *op. cit.*, n° 373, p. 192.

363 Voy. sur cette question les intéressants développements de D. BERTHIAU, *Le principe d’égalité et le droit civil des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 190 et s., p. 104 et s.

364 Voy. dans le même sens D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 548 et s. et réf. citées aux travaux préparatoires.

365 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*, t. XIII, *op. cit.*, p. 167 et s.

366 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*, t. XIII, *op. cit.*, p. 393. Le terme «ratification» est ici utilisé dans le sens de confirmation (voy. l’art. 1338, al. 1^{er}, du Code civil).

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⁽³⁶⁷⁾. Ainsi comprise, la règle formulée par cette disposition présente une utilité certaine, qui se manifeste essentiellement en matière de cautionnement et d'obligations solidaires⁽³⁶⁸⁾.

66. 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 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 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⁽³⁶⁹⁾, 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⁽³⁷⁰⁾.

Ainsi, certains auteurs reconnaissent au second acquéreur le droit de soulever la nullité de la première vente *par la voie oblique*⁽³⁷¹⁾. 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 voie de 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.

367 Voy. *infra*, n° 70.

368 Voy. *infra*, n° 77.

369 Pour une systématisation de ces pistes, voy. déjà et comp. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 100 et s., p. 70 et s.

370 Voy. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 107, p. 75 et s.

371 Voy. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844, n° 285, p. 282.

D'autres auteurs ont suggéré que, par la seconde vente, le vendeur *renonce vis-à-vis du second acquéreur à confirmer la première vente*⁽³⁷²⁾. 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⁽³⁷³⁾. Au surplus, plutôt que de renoncer à la confirmation – qui constitue déjà, en soi, une renonciation à 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*⁽³⁷⁴⁾. 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*⁽³⁷⁵⁾. 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⁽³⁷⁶⁾. 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⁽³⁷⁷⁾. 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⁽³⁷⁸⁾. 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.

372 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2020, p. 356 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Plon, 1865, n° 311bis, I, p. 586 et s. ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *op. cit.*, n° 309, p. 456 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, *op. cit.*, n° 657, p. 661 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 150, p. 176. Selon G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 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.

373 Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, p. 735 et s., n° 4, p. 739.

374 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 803, p. 771 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, *op. cit.*, n° 662, p. 667.

375 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2016, p. 350 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel I, *op. cit.*, n° 309, p. 456 ; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 440, p. 347 ; R.P.D.B., t. IX, v° *Nullité*, *op. cit.*, n° 570 et s., p. 45.

376 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 101, p. 71.

377 Cass., 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 69.

378 Voy. dans un sens similaire F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, *op. cit.*, n° 662, p. 667.

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⁽³⁷⁹⁾. Ce droit de critique apparaît dès lors comme un accessoire de la chose vendue que le vendeur doit céder afin de permettre au second acquéreur d'exercer concrètement son droit⁽³⁸⁰⁾.

On a certes observé que «Si 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»⁽³⁸¹⁾.

L'objection n'est pas dénuée de fondement. On pourrait certes 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⁽³⁸²⁾. En réalité, ce raffinement supplémentaire du raisonnement ne fait à notre sens que souligner le caractère artificiel du cas d'école élaboré par la doctrine⁽³⁸³⁾.

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 permettant d'agir en nullité»⁽³⁸⁴⁾. 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.

379 G. BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2016, p. 350; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, *op. cit.*, art. 1338, p. 690; E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté, op. cit.*, Art. 1338, n° 220, p. 183; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1930, n° 358, p. 167; F. TERRÉ, P. SIMLER ET Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 408, p. 410.

380 E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations, op. cit.*, p. 177; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 551, p. 491; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, op. cit.*, n° 60, p. 76 et s.

381 En ce sens, G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, op. cit.*, n° 103, p. 72; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, *op. cit.*, n° 658, p. 662.

382 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, p. 81 et s., n° 42, p. 129 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *Introduction. Source des obligations (Première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 498, p. 738.

383 Voy. *supra*, n° 65.

384 Cass., 19 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 489; voy. *infra*, n° 73 et s.

67. Variantes du cas d'école. Les auteurs classiques ont également imaginé plusieurs variantes de l'hypothèse de la double vente conclue par un mineur⁽³⁸⁵⁾.

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⁽³⁸⁶⁾. 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⁽³⁸⁷⁾, le prix de vente aurait été insuffisant pour désintéresser les deux créanciers hypothécaires. En ce sens, les droits des créanciers hypothécaires sont toujours incompatibles⁽³⁸⁸⁾.

Sont, de même, incompatibles, l'hypothèque ou la servitude constituées en minorité avec la vente consentie en majorité⁽³⁸⁹⁾. 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.

68. Justification alternative – Portée autonome de l'article 1338, alinéa 3. On a reproché aux solutions classiques⁽³⁹⁰⁾ leur caractère artificiel au motif qu'elles reposeraient sur une interprétation divinatoire de la volonté des parties⁽³⁹¹⁾. 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⁽³⁹²⁾. En l'occur-

385 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*, t. III, *op. cit.*, n° 2017 et s., p. 351 et s.

386 J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, *op. cit.*, art. 1338, p. 690; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, *op. cit.*, n° 311bis, II, p. 587.

387 À défaut, en effet, la controverse serait dépourvue d'intérêt.

388 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2017 et s., p. 353; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 150, p. 173. Comme l'expose E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, *op. cit.*, 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.

389 Voy. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2019, p. 355 et s.

390 Voy. *supra*, n° 66.

391 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 103, p. 72.

392 Voy. not. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 55, p. 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*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 53 et s.

rence, 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⁽³⁹³⁾.

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⁽³⁹⁴⁾. Ils confèrent ainsi à cette disposition une portée autonome. «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»⁽³⁹⁵⁾.

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⁽³⁹⁶⁾), mais également aux ayants cause à titre particulier dont le droit dérive directement de la loi (hypothèse de l'hypothèque légale ou judiciaire)⁽³⁹⁷⁾.

Par ailleurs, la règle permettrait de trancher de manière certaine les variantes du cas d'école⁽³⁹⁸⁾ 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⁽³⁹⁹⁾.

393 Voy. d'ailleurs G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., 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 volonté, qui implique nécessairement soit l'engagement de ne pas confirmer, soit la cession du droit d'invoquer la nullité».

394 Voy. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 107 et s., p. 75 et s. Adde C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, op. cit., n° 551, p. 491.

395 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 113, p. 81 et s.

396 Voy. cependant G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, op. cit., n° 2018, p. 355, 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.

397 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 113, p. 82. Adde E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, op. cit., p. 177, qui paraît cependant adhérer à l'explication du transfert du droit de critique à titre d'accessoire de la chose.

398 Voy. *supra*, n° 67.

399 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 113, p. 82.

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⁽⁴⁰⁰⁾.

Un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation de France contient un exemple d'un tel conflit en matière d'action paulienne⁽⁴⁰¹⁾. 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 avait souhaité 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 avaient opposé 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 est atteinte d'une cause de nullité mais qu'elle a 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. Telle n'est toutefois pas la solution consacrée par notre Cour de cassation (voy. *infra*, n° 74).

69. Appréciation critique. L'intérêt pratique de la théorie de la portée autonome de l'article 1338, alinéa 3, par rapport aux solutions classiques, est relativement limité. Cette théorie sollicite en outre 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⁽⁴⁰²⁾. Aussi – et tout en étant bien conscient du caractère artificiel du cas d'école sur la base duquel ces raisonnements ont été élaborés⁽⁴⁰³⁾ – notre préférence va-t-elle aux solutions

400 G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 113, p. 81.

401 Cass. fr. (civ.), 24 mars 1880, *D.*, 1881, I, p. 374, *S.*, 1883, I, p. 461.

402 Voy. *supra*, n° 66, et *infra*, n° 73 et s.

403 Voy. *supra*, n° 65.

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 moderne 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 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.

70. 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 donc bien avec l'effet relatif de la confirmation⁽⁴⁰⁴⁾, 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⁽⁴⁰⁵⁾.

En effet, si l'on repart du cas d'école envisagé par la doctrine⁽⁴⁰⁶⁾, 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 détour des solutions classiques⁽⁴⁰⁷⁾ ou moderne⁽⁴⁰⁸⁾, 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, ce qui consiste à renoncer à son droit de critique. Comme toute renonciation, celle-ci ne peut cependant pas priver les tiers de leurs droits. Il est donc logique que le second acquéreur reste en mesure d'exercer le droit de critique dont il était titulaire.

404 Voy. *supra*, n° 65; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 350, p. 285, note n° 6; *Pand.*, v° *Confirmation*, *op. cit.*, n° 280; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 245, p. 180.

405 L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, n° 553, p. 695; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 49, p. 34 et s.; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 57, p. 72 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *op. cit.*, n° 303, p. 416; *R.P.D.B.*, t. IX, v° *Nullité*, *op. cit.*, n° 531 et s., p. 42; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 291. Par exception, 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. En d'autres termes, la confirmation de l'un des vendeurs a dans ce cas un effet opposable aux autres vendeurs (art. 1670 et 1685 du Code civil; voy. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 49, p. 35, note n° 91).

406 Voy. *supra*, n° 64.

407 Voy. *supra*, n° 66.

408 Voy. *supra*, n° 68.

Dans cette perspective, l'article 1338, alinéa 3, pourrait être reformulé comme suit : « La 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⁽⁴⁰⁹⁾. 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 toutefois que, s'inscrivant dans une longue tradition doctrinale⁽⁴¹⁰⁾, la Cour de cassation a préféré limiter l'application de l'article 1338, alinéa 3, aux ayants cause à titre particulier⁽⁴¹¹⁾. 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 à s'appliquer en matière de cautionnement et d'obligations solidaires⁽⁴¹²⁾.

C. Extension de la problématique

71. Approche systématique. Ayant exposé le cas d'école élaboré par la doctrine pour étudier l'article 1338, alinéa 3, du Code civil, il est mainte-

409 Voy. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2015, p. 350; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, *op. cit.*, 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., t. IX, v° *Nullité*, *op. cit.*, n° 534, p. 42.

410 Voy. les réf. citées *supra* à la note n° 352.

411 Voy. *infra*, n° 73.

412 Voy. *infra*, n° 78.

nant 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⁽⁴¹³⁾ et en particulier celle des ayants cause à titre particulier⁽⁴¹⁴⁾. On abordera ensuite celle des ayants cause universels⁽⁴¹⁵⁾ et des créanciers chirographaires⁽⁴¹⁶⁾. 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⁽⁴¹⁷⁾.

72. Autres titulaires du droit de critique. Conformément à la portée que nous lui avons reconnue⁽⁴¹⁸⁾, 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⁽⁴¹⁹⁾, la renonciation par l'un d'eux à son droit ne prive pas les autres de la possibilité de provoquer la nullité du contrat.

Cette règle est étrangère à toute idée de rétroactivité.

73. Ayants cause à titre particulier. Cette hypothèse relève du cas d'école élaboré par la doctrine⁽⁴²⁰⁾ et constitue l'une des applications de l'hypothèse précédente⁽⁴²¹⁾. En effet, celui qui acquiert, avant la confirmation⁽⁴²²⁾, un bien de l'auteur de celle-ci⁽⁴²³⁾, acquiert simultanément un droit de critique contre le contrat confirmé dont il ne peut être privé contre son gré.

413 Voy. *infra*, n° 72.

414 Voy. *infra*, n° 73.

415 Voy. *infra*, n° 75.

416 Voy. *infra*, n° 76.

417 Voy. *infra*, n° 77.

418 Voy. *supra*, n° 70.

419 Sur cette hypothèse, voy. *supra*, n° 56.

420 Voy. *supra*, n° 64 et s.

421 Voy. *supra*, n° 72.

422 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*, t. III, *op. cit.*, n° 2021, p. 356; D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Confirmation*, *op. cit.*, n° 100, p. 10).

423 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*, t. II, *op. cit.*, n° 760, p. 509; E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, *op. cit.*, p. 175; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 441, p. 347; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 408, p. 410, note n° 2).

L'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1994, déjà cité, fournit à cet égard d'intéressantes précisions ⁽⁴²⁴⁾.

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 confirmées ne pouvaient prendre rang avant la donation consentie à son profit ⁽⁴²⁵⁾.

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 :

424 Cass., 19 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 489. Pour un commentaire de cette décision, cons. S. NUDEL-HOLC, « Le régime de la nullité des donations pour vice de forme », note sous Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 259 et s.

425 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.

« 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.

La Communauté française ne pouvait, dès lors, se prévaloir de la qualité de tiers protégé par l’article 1338, alinéa 3, du Code civil.

74. Suite – Analyse. Plusieurs enseignements peuvent être retirés de cette décision.

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. Celle-ci n’est donc pas un état objectif de l’acte, mais un droit de critique reconnu à certains sujets de droits⁽⁴²⁶⁾. 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 ».

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⁽⁴²⁷⁾. Enfin,

426 Voy. *supra*, n° 50. Comp. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 358 et s., p. 213 et s., qui plaide pour une distinction plus nette entre le droit subjectif à demander la nullité et l’action en nullité.

427 La formule paraît directement empruntée à C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 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.

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, 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⁽⁴²⁸⁾, 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 B, que B dispose ensuite d'un bien au profit de C et que B confirme enfin le premier contrat, A 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 A. 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 B, satisfait donc bien à la condition d'antériorité. On

428 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).

s'écarter ainsi de la solution consacrée par un arrêt, il est vrai déjà assez ancien, de la Cour de cassation de France⁽⁴²⁹⁾.

Si la solution donnée en l'espèce mérite d'être approuvée, l'arrêt analysé n'en demeure pas moins curieux.

En effet, ainsi qu'il ressort de la définition du « tiers » donnée par la Cour, l'essentiel du débat semble avoir porté sur le point de savoir si, avant le décès du donateur, celui-ci avait ou non pu céder l'action en nullité des donations antérieures à la Communauté française. La Cour répond à juste titre par la négative à cette question au motif que la donation faite à la Communauté française ne portait pas sur le même objet que les donations nulles, ce dont il découle implicitement que l'action en nullité n'aurait présenté aucune utilité pour la Communauté et ne pouvait, dès lors, lui avoir été cédée à titre d'accessoire. Cela étant, on n'aperçoit pas bien l'intérêt de s'interroger sur l'existence d'une telle cession, s'agissant en l'espèce d'une nullité absolue (du moins, avant le décès du donateur) : même en l'absence de toute cession, la Communauté française aurait en effet eu, comme tout tiers, le pouvoir de la soulever, pour autant qu'elle démontre l'existence d'un intérêt. Toutefois, comme le relève la Cour, la Communauté française ne disposait avant le décès du donateur d'aucun intérêt né et actuel à soulever cette nullité, de sorte que la question de savoir comment elle avait pu devenir titulaire de l'action en nullité – par cession ou du seul fait de sa qualité de tiers – demeure sans incidence sur la solution du litige. C'est probablement pour ce motif que la Cour ne définit la notion de « tiers » utilisée par l'article 1338 que dans un *obiter dictum*.

En définitive, 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,

429 Voy. *supra*, n° 68.

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 partie, 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.

75. Ayants cause universels. Les ayants cause universels et à titre universel de l'auteur d'une confirmation sont en principe tenus de respecter celle-ci⁽⁴³⁰⁾, à moins qu'ils ne puissent faire valoir à son encontre un droit propre⁽⁴³¹⁾.

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.

76. 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⁽⁴³²⁾.

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.

430 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2022, p. 357; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *op. cit.*, n° 278, p. 200; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 561, p. 502; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 408, p. 410.

431 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, op. cit.*, n° 59, p. 75; R.P.D.B., t. IX, v° Nullité, *op. cit.*, n° 537, p. 43).

432 V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. V, *op. cit.*, art. 1338, V, p. 107. Voy. également, plus brièvement, J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, *op. cit.*, art. 1338, p. 690.

Si la solution est exacte, elle est cependant étrangère à toute idée de rétroactivité au sens strict⁽⁴³³⁾. 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. Sans doute, par la confirmation, la situation du créancier chirographaire est-elle aggravée puisque son débiteur fait disparaître – pour l'avenir – de son patrimoine 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, 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⁽⁴³⁴⁾.

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.

77. 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⁽⁴³⁵⁾, 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⁽⁴³⁶⁾. Le sieur Depesser s'était reconnu débiteur des époux

433 Voy. ainsi le raisonnement proposé par G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 2022, p. 357, qui refusent cependant tout effet rétroactif à la confirmation (*ibid.*, n° 2014, p. 349). De même, C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *op. cit.*, n° 278, p. 200, et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, *op. cit.*, n° 311bis, IV, défendent la même solution sans évoquer l'effet rétroactif de la confirmation.

434 Comme le relèvent d'ailleurs les auteurs cités à la note n° 432; *adde* C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 561, p. 502; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 59, p. 75.

435 Comp. E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. III, *op. cit.*, n° 373, p. 193, qui semble y voir une application de l'article 1338, al. 3, du Code civil.

436 Cass., 18 novembre 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 176. Les faits de la cause sont exposés par Bruxelles, 21 novembre 1829, *Pas.*, 1829, II, p. 288.

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 sur l'article 1338⁽⁴³⁷⁾ –, 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⁽⁴³⁸⁾. 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.

Section II. – Ratification

§1. Généralités

78. Notion. La ratification est l'acte juridique unilatéral par lequel une personne, le représenté, approuve l'acte accompli en principe⁽⁴³⁹⁾ au nom de celui-ci par une autre personne, le représentant, qui ne disposait pas du pouvoir d'accomplir cet acte⁽⁴⁴⁰⁾. Par la ratification, le représenté s'approprie l'acte accompli en son nom sans pouvoir, et ce de manière rétroactive

437 En effet, comme on l'a déjà indiqué (voy. *supra*, n^{os} 70 et 73), la Cour de cassation tend à donner une interprétation étroite des tiers protégés par cette disposition.

438 Art. 1208 du Code civil.

439 Voy. à ce propos *infra*, n^o 79 et la note n^o 448.

440 Voy. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 221 et s., n^o 12, p. 234 ; *Pand.*, t. LXXXIII, v^o *Ratification*, Bruxelles, Larcier, 1906, n^o 1, col. 1532 ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, n^o 399, p. 240 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n^o 171, p. 171. 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^o 51).

selon une conception très largement répandue. La ratification est donc étroitement liée au mécanisme de la représentation⁽⁴⁴¹⁾.

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»⁽⁴⁴²⁾. En dépit de la rédaction ambiguë de certaines autres dispositions⁽⁴⁴³⁾, 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⁽⁴⁴⁴⁾.

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⁽⁴⁴⁵⁾ :

«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'art. 1998 du Code civil, relative aux actes faits par le mandataire au-delà de ses pouvoirs, et non par l'art. 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. Pré-

441 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, al. 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, p. 1621 et s., Vor. §182, n° 25 et s., p. 1817, et comp., sur la possibilité de qualifier une telle autorisation de condition en droit belge, *infra*, n° 123). Nous n'envisagerons ci-après la ratification que dans l'acception étroite qu'elle reçoit en droit belge.

442 Voy. également l'article 1239, al. 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».

443 Voy. les articles 1338 du Code civil (où le terme «ratification» est utilisé comme synonyme de «confirmation») et 848, al. 3, et 1133, 6°, du Code judiciaire (où le verbe «confirmer» est à l'inverse utilisé comme synonyme de «ratifier»).

444 Voy. *supra*, n° 46.

445 Cass., 15 janvier 1857, *Pas.*, 1857, I, p. 78.

cisons d'emblée que les réflexions qui suivent s'appuient largement sur les travaux du Professeur FORIERS sur le mécanisme de la représentation⁽⁴⁴⁶⁾. Elles s'efforcent néanmoins de prolonger ceux-ci et s'en écartent sur certains points⁽⁴⁴⁷⁾.

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).

79. 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. 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⁽⁴⁴⁸⁾.

446 Voy. P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, p. 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, p. 107 et s., spéc. p. 157 et s.; P.A. FORIERS, «Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents», *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1990, p. 29 et s.; L. SIMONT et P. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)», *R.C.J.B.*, 2001, p. 471 et s., n° 284 et s., p. 534 et s.; P.A. FORIERS, «Actualités en matière de représentation», *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1 et s.; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualité en droit des contrats spéciaux*, n° 18 et s., p. 80 et s.; P.A. FORIERS, «La représentation...», *op. cit.*, *Droit des contrats*; P.A. FORIERS, «Le mandat – Développements récents», *Knelpunten dienstencontracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, p. 31 et s., n° 7 et s., p. 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, p. 7 et s., n° 37 et s., p. 27 et s.

447 Voy. not. *infra*, n° 116, sur la notion de tiers, et n° 117, sur la notion de droit acquis.

448 Voy. cependant les nuances apportées à ce principe par Cass., 24 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 582, *R.W.*, 2009-2010, p. 68, note R. JANSEN; cons. également 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, p. 606 et s. L'effet de la ratification en matière de représentation indirecte ne sera pas examiné dans cette étude.

Pour le surplus, on rappellera simplement que la ratification est un acte juridique unilatéral, non réceptice et non solennel⁽⁴⁴⁹⁾.

Unilatérale, la ratification émane de la seule volonté du représenté – ou éventuellement d'un représentant s'il agit dans les limites de ses pouvoirs⁽⁴⁵⁰⁾.

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»⁽⁴⁵¹⁾, 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»⁽⁴⁵²⁾. Les conditions de forme propres à la confirmation⁽⁴⁵³⁾ ne doivent donc pas être respectées, l'article 1338 du Code civil étant inapplicable à la ratification⁽⁴⁵⁴⁾.

80. Terminologie. Afin d'éviter toute confusion, quelques remarques sur la signification des termes utilisés dans cette section s'imposent.

Tout d'abord, nous préférons systématiquement l'usage des termes «représenté» et «représentant» à ceux, plus courants, 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),

449 Pour plus de détails, cons. B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 399 et s., p. 240 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 171, p. 171.

450 B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, 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.

451 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*, note n° 440).

452 Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 347 (deuxième moyen), qui ajoute «Que, 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».

453 Voy. *supra*, n° 48.

454 Voy. *supra*, n° 78.

de la loi (représentation organique, représentation des incapables, etc.) ou d'un jugement (administrateur provisoire, liquidateur judiciaire, etc.)⁽⁴⁵⁵⁾.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 15 décembre 1932⁽⁴⁵⁶⁾, 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 *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⁽⁴⁵⁷⁾, 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

455 Sur les sources de la représentation, cons. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 2, p. 222 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 163, p. 165.

456 Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

457 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. STIJNS, *R.W.*, 1989-1990, p. 1425, note A. VAN OEVELEN.

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⁽⁴⁵⁸⁾. Par ailleurs, nous verrons que le tiers non consentant destinataire d'un acte de procédure est soumis à un régime particulier⁽⁴⁵⁹⁾.

§2. Période intermédiaire

81. 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⁽⁴⁶⁰⁾, 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.

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⁽⁴⁶¹⁾ – sans permettre de discerner les motifs de cette absence d'engagement. Les termes de l'article 51 du Code des sociétés⁽⁴⁶²⁾, 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 :

458 Voy. *infra*, n° 116 et comp. n° 93.

459 Voy. *infra*, n° 119.

460 Voy. la synthèse des opinions en présence faite par P. WÉRY, «Le mandat», *Rép. not.*, t. IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 203, p. 242 et s.

461 P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n° 203, p. 241.

462 Ancien art. 1862 du Code civil.

«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⁽⁴⁶³⁾. Il s'agirait, pour le surplus, d'une confusion terminologique sans conséquence⁽⁴⁶⁴⁾.

Ainsi que nous le verrons, la thèse de la nullité de l'acte accompli sans pouvoir⁽⁴⁶⁵⁾ se heurte en réalité à des objections plus fondamentales⁽⁴⁶⁶⁾ qui expliquent que des solutions alternatives aient été proposées⁽⁴⁶⁷⁾.

82. Nullité de l'acte accompli sans pouvoir. La sanction de droit commun d'un vice affectant un acte juridique dès sa formation est la nullité de cet acte. 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⁽⁴⁶⁸⁾.

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⁽⁴⁶⁹⁾.

Cette conception a rencontré, et rencontre encore, un vif succès *en France*. 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⁽⁴⁷⁰⁾,

463 Voy. à ce propos H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n^o 396, p. 392 et s.; P.A. FORIERS, «Exposé introductif : acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions», *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 5 et s., n^o 2, p. 8; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n^o 1394, p. 1945 et s.

464 M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n^o 238, p. 175.

465 Voy. *infra*, n^o 82.

466 Voy. *infra*, n^o 83 et s.

467 Voy. *infra*, n^o 85 et s.

468 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*, t. 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».

469 M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. VI, 2^e éd., Bruxelles, P.J. De Mat, 1827, p. 31; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844, n^o 260, p. 248 et s. La question a parfois également été évoquée en termes d'incapacité : voy. le Rapport de C. REEPIINGHEN, Commissaire royal à la Réforme judiciaire, *Doc. parl.*, Sén., s.o., 1963-1964, n^o 60, p. 1 et s., spéc. p. 205.

470 Cass. fr., 15 avril 1980, *Bull.*, 1980, III, n^o 73, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 155, obs. F. CHABAS; Cass. fr., 9 juin 1976, *Bull.*, 1976, I, n^o 213.

tantôt seulement la nullité relative du contrat conclu par le mandataire⁽⁴⁷¹⁾. Certaines décisions préfèrent du reste la sanction de l'inopposabilité au profit du seul représenté⁽⁴⁷²⁾. Plusieurs analyses doctrinales de cette jurisprudence ont également été proposées⁽⁴⁷³⁾.

Aux Pays-Bas également, la doctrine tend à considérer l'acte accompli sans pouvoir comme nul de plein droit, sous réserve de ratification⁽⁴⁷⁴⁾.

En droit allemand, les actes unilatéraux accomplis sans pouvoir sont inadmissibles (*unzulässig*), c'est-à-dire en réalité nuls de plein droit⁽⁴⁷⁵⁾ (§ 180, 1^{re} phrase, du BGB). À ce titre, et à la différence du droit néerlandais, ils ne sont pas susceptibles de ratification⁽⁴⁷⁶⁾. 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⁽⁴⁷⁷⁾, 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⁽⁴⁷⁸⁾.

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

471 Cass. fr., 2 novembre 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 395.

472 Cass. fr., 6 octobre 2004, *Bull.*, 2004, III, n° 166, approuvé par A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 207, p. 153; 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.

473 Voy. par exemple J. HUET, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN). *Les principaux contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 31211, p. 1027 et s., qui estime que l'absence de pouvoir est sanctionnée par une inexistance 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° 358 et s., p. 55 et s., qui distingue l'absence de pouvoir, sanctionné 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*, op. cit., n° 224 et s., p. 167 et s., qui distingue entre l'incompétence, sanctionnée par la nullité, et le simple défaut de pouvoir, sanctionné par l'inopposabilité.

474 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, vol. I, *De vertegenwoordiging*, 8^e éd. par S.C.J.J. KORTMANN, Deventer, Kluwer, 2004, n° 83, p. 97 et s.; J. HIJMA, «Art. 3:69», *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, p. 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.

475 G. SCHIEMANN, «Das Rechtsgeschäft», *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2^e éd., Berlin, Sellier et de Gruyter, 2008, p. 43 et s., spéc. p. 118.

476 BGH, 12 novembre 2008, VIII ZR 170/07, point 13; B. FRENSCH, «§§ 164-185», *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 219 et s., § 180, n° 1, p. 270; H. HEINRICHS, op. cit., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 180, n° 1, p. 187; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, op. cit., n° 980, p. 390.

477 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).

478 Voy. *infra*, n° 87.

15 janvier 1857⁽⁴⁷⁹⁾. 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 »⁽⁴⁸⁰⁾. Toutefois, outre qu'il ne s'agit que d'un *obiter dictum*, cette solution apparaît comme isolée dans la jurisprudence de la Cour⁽⁴⁸¹⁾.

83. 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.

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⁽⁴⁸²⁾.

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 (tel que dans l'hypothèse 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

479 Voy. *supra*, n° 78.

480 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).

481 Voy. *infra*, n° 83.

482 P.A. FORIERS, « La représentation... », *op. cit.*, *Droit des contrats*, n° 4 et s., p. 134 et s.; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, I. VII, n° 9, p. 64 et s., et n° 203, p. 242. Voy. aussi P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 240; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 95, p. 97 et s.

décidant que l'existence d'un vice de consentement doit s'apprécier, non dans le chef du représenté, mais bien dans celui du représentant⁽⁴⁸³⁾.

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⁽⁴⁸⁴⁾.

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⁽⁴⁸⁵⁾. 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 guère non plus en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation⁽⁴⁸⁶⁾.

483 Voy. Cass., 7 janvier 2010, n° C.08.0594.N, point 2; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n° 198, p. 238; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 169, p. 169.

484 Voy. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Rousseau, 1921, n° 119bis, p. 209; *contra* : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 94, p. 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 Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, p. 243 et s., § 184, n° 9, p. 310; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 4, p. 1834).

485 Voy. *supra*, n° 51.

486 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*, t. VI, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1920, § 415, p. 183, note n° 5; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 64, p. 65; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, Paris, Cotillon, 1863, n° 1068, p. 558. Certains auteurs ont tenté de justifier cette dispense par

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»⁽⁴⁸⁷⁾.

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 ne se présente pas *aux Pays-Bas* où l'on distingue les actes nuls de plein droit (*nietig*) des actes annulables en justice (*vernietigbaar*). En faisant entrer les actes accomplis sans pouvoir dans la première catégorie, on évite ainsi de contraindre le pseudo-représenté à agir en nullité⁽⁴⁸⁸⁾.

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⁽⁴⁸⁹⁾. 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⁽⁴⁹⁰⁾.

La thèse de la nullité de l'acte accompli sans pouvoir ne peut donc être reçue en droit positif belge.

84. Suite – Cas particulier des actes de procédure. Il est permis de se demander si ces considérations peuvent être appliquées 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* [...].

le recours à la théorie de l'inexistence (voy. en ce sens A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVIII, *op. cit.*, n° 260, p. 248 et s.), mais celle-ci n'est plus de mise en droit positif (voy. *supra*, n° 50).

487 Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29.

488 Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 83, p. 98.

489 Telle est du moins la solution retenue en droit belge (voy. *supra*, n° 50).

490 Voy. *infra*, n° 88 et s.

[...] 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»⁽⁴⁹¹⁾.

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⁽⁴⁹²⁾. En ce sens, l'article 848 du Code judiciaire l'autorise à demander au juge de «déclarer non avenu» – c'est-à-dire nul⁽⁴⁹³⁾ – 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 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'*apparente authenticité* de l'acte de procédure évoquée par le Commissaire royal. Par conséquent, la ratification jouera dans cette hypothèse un rôle équivalent à celui de la confirmation⁽⁴⁹⁴⁾.

85. Inopposabilité de l'acte accompli sans pouvoir. Une deuxième théorie consiste à considérer l'acte accompli sans pouvoir comme 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

491 *Doc. parl.*, Sén., s.o., 1963-1964, n° 60, p. 27.

492 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, p. VI-4.1 et s., n° 070, p. VI-4.12 et les réf. citées).

493 Voy. les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN citées à la note précédente.

494 Voy. *infra*, n° 122.

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* ⁽⁴⁹⁵⁾.

86. 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 uniquement de ses effets internes. Les effets externes de l'acte demeureraient, dès lors, opposables au représenté ⁽⁴⁹⁶⁾.

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 dernier est plus complexe.

En effet, tant qu'il demeure dans l'incertitude quant aux intentions du représenté ⁽⁴⁹⁷⁾, le tiers ne peut pas non plus se voir réclamer l'exécution de ses obligations ⁽⁴⁹⁸⁾. Il peut même, à certaines conditions, soulever d'initiative l'absence de pouvoirs du représentant ⁽⁴⁹⁹⁾.

495 Voy. E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. IV, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq, 1880, n^o 1482, p. 162; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, *op. cit.*, § 415, p. 183, note n^o 5; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *De contracten*, 2^e éd., Antwerpen, Brussel, Gent et Leuven, Standaard-Boekhandel, 1952, n^o 526, p. 645; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. III, *op. cit.*, n^o 3, p. 119; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n^o 88, p. 88 et s.; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n^o 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^o 777, p. 376 (comp. n^o 799, p. 385); E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. VIII, Paris, Plon, 1884, n^o 217bis, V, p. 219 (comp. XI, p. 221); T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, Paris, Pichon, 1899, n^{os} 88 et 89, p. 114 et s. (comp. n^o 91, p. 117); F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, *op. cit.*, n^o 64, p. 65 (comp. n^o 74, p. 80 et s.); M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n^o 12, p. 581 (comp. n^o 31, p. 604).

496 Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n^o 203, p. 242.

497 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.

498 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, *op. cit.*, n^o 799, p. 385; P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n^o 16, p. 241; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n^o 88, p. 89; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n^o 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).

499 Voy. *infra*, n^o 88 et s.

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⁽⁵⁰⁰⁾.

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⁽⁵⁰¹⁾; mais il paraît peu adéquat de décrire comme inopposable un acte dont les effets internes ne seraient opposables à personne et dont personne ne pourrait dès lors se prévaloir⁽⁵⁰²⁾.

L'arrêt précité du 13 janvier 2003 confirme cette analyse⁽⁵⁰³⁾. 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 «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».

Même si cet arrêt décide uniquement que le congé donné sans pouvoir «ne lie pas l'employeur», 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.

500 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. FORTIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 234.

501 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, *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 580.

502 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*, *op. cit.*, n° 345, p. 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.

503 Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29.

87. Suspension des effets internes principaux de l'acte accompli sans pouvoir. 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, tant vis-à-vis du représenté que du tiers avec lequel le représentant a traité⁽⁵⁰⁴⁾.

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)⁽⁵⁰⁵⁾. 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⁽⁵⁰⁶⁾. Dans l'intervalle, l'acte produit cependant déjà certaines conséquences juridiques⁽⁵⁰⁷⁾. Ainsi, les parties au contrat – à savoir le représentant et le tiers – sont déjà tenues par leurs déclarations de volontés⁽⁵⁰⁸⁾ et ne peuvent, en règle, s'en délier unilatéralement⁽⁵⁰⁹⁾. Toutefois, en l'absence d'obligation exigible, elles ne peuvent encore se voir reprocher un retard d'exécution⁽⁵¹⁰⁾ et un paiement effectué à ce stade serait indu⁽⁵¹¹⁾.

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 quinze jours (§ 177, al. 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).

504 Voy. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 238 et s.

505 Voy., à ce propos, *supra*, n° 82.

506 H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, §§ 177-178, n° 5, p. 185; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 49, n° 3, p. 901 et s.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1023, p. 403.

507 Voy. B. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 1, p. 279; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 15, p. 312; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 44, n° 54 et s., p. 808 et s.

508 BGH, 20 juin 1985, *BGHZ*, vol. 95, p. 88, *NJW*, 1985, p. 2528, point III, 2, f); H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 1, p. 191.

509 K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 15, p. 312; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 3, p. 1834; voy. cependant le droit de révocation prévu par le § 178 du BGB.

510 BGH, 20 novembre 1998, *NJW*, 1999, p. 1329, point II, 1.

511 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, *NJW*, 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⁽⁵¹²⁾. 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⁽⁵¹³⁾. La même observation peut être faite à propos de l'acte accompli sans pouvoir.

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⁽⁵¹⁴⁾.

Quant au tiers avec lequel le représentant a contracté, même s'il ne peut être contraint d'exécuter l'engagement non encore ratifié⁽⁵¹⁵⁾, il est néanmoins tenu, dans une certaine mesure, par l'existence de celui-ci.

En effet, lorsque le tiers avait 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⁽⁵¹⁶⁾. Elle apparaîtrait en outre comme contraire au principe de l'exécution de bonne foi des conventions. En réalité, si le tiers accepte en connaissance de cause de contracter avec un représentant sans pouvoir, il s'engage nécessairement à permettre au représenté de ratifier l'opération, et cet engagement doit se voir reconnaître un effet dès l'origine⁽⁵¹⁷⁾. Même si l'engagement souscrit sans pou-

512 P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 239. Comme l'observe M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 254, p. 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 *Schwebzustand* (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*, *op. cit.*, n° 490 et s., p. 195; G. SCHIEMANN, *op. cit.*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, p. 76; comp. cependant K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 44, n° 49, p. 807, pour qui ces expressions ne s'appliquent qu'aux causes d'inefficacité d'origine légale).

513 Voy. *infra*, n° 129 et s.

514 Voy. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 90, p. 90 et s.

515 Voy. *supra*, n° 86.

516 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 Merchiens*, Brugge, die Keure, 2001, p. 115 et s., n° 2, p. 115.

517 P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 14, p. 239; P.A. FORIERS, « La représentation... », *op. cit.*, *Droit des contrats*, n° 10, p. 138; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 91, p. 91.

voir 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⁽⁵¹⁸⁾.

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⁽⁵¹⁹⁾, se prévaloir de cette absence de pouvoir pour se délier ou, plus généralement, pour contester l'attribution des effets de l'acte au représenté, mais 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 est donc, en pratique, équipollente 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 de représentant (§3).

§3. Alternative à la ratification : le mandat incontesté

I. JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

88. 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.

518 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 91, p. 91; en *droit allemand* : BGH, 20 novembre 1998, *NJW*, 1999, p. 1329, point II, 1; voy., dans le même sens, en matière de condition suspensive, *infra*, n° 130 *in fine*.

519 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° 88 et s.

Néanmoins, nous verrons que ce mécanisme ne peut avoir pour conséquence de priver les tiers des droits acquis dans l'intervalle ⁽⁵²⁰⁾.

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, et en particulier d'un arrêt du 18 septembre 1964 ⁽⁵²¹⁾, 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 ⁽⁵²²⁾. Afin d'éviter les périphrases, nous désignerons la situation visée par l'arrêt du 18 septembre 1964 sous le nom de *mandat incontesté*.

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 «Tout 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 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 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 ulté-

520 Voy. *infra*, n° 113 et s.

521 Cass., 10 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 62.

522 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, p. 265 et s., n° 9, p. 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, p. 37 et s., n° 10, p. 45.

rièreurement 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⁽⁵²³⁾. 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⁽⁵²⁴⁾. Le terme «procuration» désigne en effet, dans un sens plus large et aujourd'hui impropre⁽⁵²⁵⁾, 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 lui-même.

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, 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 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]».

89. Suite – Analyse. L'arrêt du 18 septembre 1964 se révèle à l'analyse d'une grande richesse.

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

523 Cons. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 399, B, p. 400 et s.

524 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».

525 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, t. I, Paris, Alex-Goblet, 1835, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, l. 1^{er}, t. XV, p. 354).

que d'un acte unilatéral, comme en l'espèce une demande de réintégration⁽⁵²⁶⁾. 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 » avec le tiers, expressions qui peuvent s'appliquer indifféremment aux actes unilatéraux ou multilatéraux.

S'il est aisé pour un tiers de demander la production d'une procuration avant de conclure un contrat avec le représentant, 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, « *De derde handelt niet met de vertegenwoordiger, hij wordt erdoor overvallen* »⁽⁵²⁷⁾. 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 cependant suggéré dans cette hypothèse que les pouvoirs du mandataire puissent être vérifiés *a posteriori* dans un délai raisonnable⁽⁵²⁸⁾. Cette suggestion a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 2006⁽⁵²⁹⁾.

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 l'existence du mandat, *sauf dans un délai raisonnable*, lorsque ni le mandant ni le mandataire ne contestent celui-ci »⁽⁵³⁰⁾.

526 C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, p. 271.

527 J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45.

528 P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualité en droit des contrats spéciaux*, n° 35, p. 102; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, p. 271 et s.; J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45.

529 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.

530 C'est nous qui soulignons.

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.

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.

Enfin, l'arrêt du 6 février 2006 met en évidence les liens, déjà évoqués⁽⁵³¹⁾, entre l'absence de contestation des pouvoirs du mandataire et l'inutilité d'une ratification⁽⁵³²⁾. 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⁽⁵³³⁾ 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 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.

531 Voy. *supra*, n° 87 *in fine*.

532 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, p. 1006 et s., n° 15, p. 1010; F. KURZ, obs. sous C. trav. Liège, 26 février 1996, *C.D.S.*, 1997, p. 144 et s., n° 1, p. 145.

533 Le texte paru à la *Pasicrisie* utilise erronément le terme de « confirmation » pour traduire « *bekrachtiging* ».

90. 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, à savoir 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 et que lui-même s'est abstenu de le faire dans un délai raisonnable. Plusieurs explications peuvent à cet égard être avancées.

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.

On pourrait ainsi 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*. Un tel principe, qui devra être réexaminé plus en détail ultérieurement⁽⁵³⁴⁾, ne paraît toutefois pas à ce stade 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).

Une troisième explication 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 contester les pouvoirs du représentant⁽⁵³⁵⁾. 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

534 Dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux «droits révélés», et plus précisément à l'effet rétroactif de l'interprétation et de la preuve.

535 En ce sens, P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 237; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 101 et s.

l'intervalle⁽⁵³⁶⁾. 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 quatrième explication repose sur le constat que «La 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»⁽⁵³⁷⁾. 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⁽⁵³⁸⁾. 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 jamais 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⁽⁵³⁹⁾.

Une cinquième explication verrait dans l'absence de contestation du tiers au moment où il traite avec le mandataire 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⁽⁵⁴⁰⁾. Toutefois, cette limitation rend éminemment fragile le fondement envisagé, si du moins on tente de

536 Voy. *infra*, n° 113 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° 121.

537 P.A. FORIERS, *op. cit.*, *Knelpunten dienstencontracten*, *op. cit.*, n° 9, p. 43.

538 Voy. *supra*, n° 82.

539 Comp. *supra*, n° 89, 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° 95, sur les désagréments causés par le fait d'être attrait contre son gré dans une procédure judiciaire.

540 Voy. *supra* les réf. citées à la note n° 250.

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⁽⁵⁴¹⁾. 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 sixième 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 du représentant de ce dernier et en l'empêchant de confirmer l'existence des pouvoirs qui pourraient être verbaux»⁽⁵⁴²⁾.

Ces deux derniers fondements invitent dès lors à apprécier de manière nuancée la portée de l'obligation du tiers de contester les pouvoirs du représentant en fonction de l'intensité des liens qui unissent ce tiers au représenté (II). Replacé dans le contexte du droit comparé (III), le régime du mandat incontesté ne va cependant pas sans susciter certaines interrogations sur le plan de la théorie générale des obligations (IV).

II. VARIÉTÉS DE TIERS

91. 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⁽⁵⁴³⁾, 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.

541 Cons. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, T.P.R., 1980, p. 735 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1616, p. 2207.

542 P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 102.

543 Voy. *supra*, n° 90, les cinquième et sixième fondements proposés.

92. 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. 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 nécessaires pour traiter avec lui⁽⁵⁴⁴⁾. 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⁽⁵⁴⁵⁾. 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⁽⁵⁴⁶⁾.

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* »⁽⁵⁴⁷⁾. 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⁽⁵⁴⁸⁾.

544 P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 102; E. GAILLARD, *op. cit.*, D., 1983, jur., III, 1°, p. 414; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 91, p. 91; voy. également R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, 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 »).

545 *Voy. supra*, n° 87.

546 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, p. 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, p. 17 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *J.T.*, 1982, p. 144 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, n° 704 et s., p. 1034 et s.

547 J. VANANROYE, *op. cit.*, T.R.V., 2004, n° 10, p. 45, note n° 66.

548 Comp., sur la prise en charge du risque d'erreur substantielle, Cass., 24 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 263, avec les conclusions de M. l'avocat général 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*, t. I, *op. cit.*, n° 46, E, p. 63.

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 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⁽⁵⁴⁹⁾.

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⁽⁵⁵⁰⁾. 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.

93. 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 une demande de 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 de réagir dans un délai raisonnable s'il conteste que l'acte notifié par le représentant ait bien reçu l'aval du représenté⁽⁵⁵¹⁾.

94. 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⁽⁵⁵²⁾. Dans ce cas, en 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

549 Voy. aussi l'extrait du Rapport VAN REEPINGHEN reproduit *infra*, n° 95.

550 Voy. *infra*, n° 110.

551 P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 102 et s. Comp. J. VANANROYE, *op. cit.*, *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.

552 P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 35, p. 103.

demeurant, et sous réserve peut-être du tiers commerçant⁽⁵⁵³⁾, 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.

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.

95. 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. Plusieurs règles du droit judiciaire viennent en ce cas nuancer les solutions du droit civil.

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.

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»⁽⁵⁵⁴⁾.

553 « 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. *op. cit.*, n° 207, p. 147, et n° 220, p. 153).

554 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. [...] ».

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. 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 ensemble 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 ⁽⁵⁵⁵⁾.

En revanche, 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 ⁽⁵⁵⁶⁾. 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^o, du Code judiciaire, qui ne réserve nullement ce cas de requête civile au seul représenté ⁽⁵⁵⁷⁾.

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'y mène, ne l'a en vérité ni ordonné ni permis ni ratifié, même tacitement» ⁽⁵⁵⁸⁾.

555 Ainsi, est irrecevable le moyen requérant un examen des faits pour lequel la Cour est sans pouvoir (Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n^o 428). Dans le même sens, P. DEPUYDT, *op. cit.*, *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, n^o 170, p. VI.4-25 et s.

556 En ce sens, J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n^o 10, p. 46.

557 Selon cette disposition, «La requête civile est ouverte pour les causes suivantes : [...] 6^o 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».

558 *Doc. parl.*, Sén., s.o., 1963-1964, n^o 60, p. 205.

Si l'analyse de l'absence de pouvoir en termes de capacité paraît discutable⁽⁵⁵⁹⁾, 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⁽⁵⁶⁰⁾. 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 retrouve dans 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 »⁽⁵⁶¹⁾. Sans doute la gestion d'affaires peut-elle porter sur l'introduction d'une action en justice ; et, sans doute, lorsque cette action a été introduite au nom et pour le compte du maître de l'affaire et que les conditions de la gestion d'affaires sont réunies, le maître sera-t-il partie au procès par l'effet de la représentation attaché à la gestion d'affaires. Toutefois, la Haute juridiction française déroge aux conséquences de cette représentation en permettant au tiers, destinataire de l'acte de procédure, de refuser le débat judiciaire engagé à son encontre. Cette solution se justifie par le souci de protéger le tiers contre l'incertitude quant aux pouvoirs du représentant, laquelle pourrait inciter le représenté à contester la réunion des conditions de la gestion d'affaires, et ainsi l'autorité de chose jugée de la décision rendue, lorsque cette dernière s'avère lui être au final défavorable. Ce même souci de protection du tiers se trouve à la base de l'article 848 du Code judiciaire belge en ce qu'il permet au tiers de contester sans limite de temps les pouvoirs du représentant.

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 comparait comme fondé de pouvoir sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial »⁽⁵⁶²⁾.

559 Voy. *supra*, n° 82 et s.

560 Voy. *supra*, n° 92.

561 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, p. 3 et s., n° 15, p. 8.

562 Sur l'interprétation de cette disposition tant devant le juge judiciaire que devant les juges administratifs 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, p. 623 et s., n° 19 et s., p. 636 et s., et réf. citées ; *adde* depuis lors C. CLOTTENS, « De (niet)-ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van

Cette disposition est interprétée 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 »⁽⁵⁶³⁾. 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⁽⁵⁶⁴⁾.

III. DROIT COMPARÉ

96. 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⁽⁵⁶⁵⁾.

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 représen-

een N.V.», note sous C.E., 12 décembre 2005, *N.V. Esha België*, n° 152.522, *T.R.V.*, 2006, p. 52 et s.; X. DIEUX et Y. DE CORDT, «Examen de jurisprudence (1991-2005). Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 2008, n° 42 et s., p. 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, p. 350 et s.

563 Cass., 12 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 629; Cass., 9 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 11; Cass., 17 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 189; Cass., 7 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 503; Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, n° 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.

564 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, p. 173 et s., n° 9, p. 179; B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés. Statut, fonctionnement interne et représentation*, Bruxelles, La Chartre, 2005, n° 903, p. 533.

565 BAG, 13 décembre 2007, 6 AZR 145/07, *NJW*, 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, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, §174, n° 6, p. 262.

tant. 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⁽⁵⁶⁶⁾. 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⁽⁵⁶⁷⁾. 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 visée au §180 doit intervenir correspond en règle au délai dans lequel le droit de rejet visé au §174 doit être exercé⁽⁵⁶⁸⁾. 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.

566 Voy. *supra*, n° 82.

567 BGH, 18 décembre 2002, VIII ZR 141/02, point II, 3; BGH, 18 décembre 2002, VIII ZR 72/02, point II, 3.

568 Voy. C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIoux, F. GENY, P. HAMEL, H. LÉVY-ÜLLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand traduit et annoté*, vol. I, Paris, Imprimerie nationale, 1904, art. 180, §II, p. 236; B. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, §180, n° 2, p. 271; H. HEINRICHs, *op. cit.*, *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 1 Allgemeiner Teil §§164-240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, p. 1 et s., §180, n° 7, p. 209 et K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *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).

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.

97. 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*)⁽⁵⁶⁹⁾. 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 qu'à la condition qu'il réagisse de manière alerte, c'est-à-dire immédiatement⁽⁵⁷⁰⁾.

Ici également, on pourrait penser reconnaître le régime du mandat incontesté dérogé par les arrêts des 18 septembre 1964 et 6 février 2006 de la Cour de cassation de Belgique⁽⁵⁷¹⁾. Un tel rapprochement est cependant trompeur. En effet, lu à la lumière du § 174 du BGB dont il est inspiré⁽⁵⁷²⁾, 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⁽⁵⁷³⁾. En revanche, il n'a nullement pour but d'empêcher le tiers de se prévaloir d'une absence de pouvoir véritable⁽⁵⁷⁴⁾. Une telle situation est réglée par l'article 3:69 du NBW relatif à la ratification⁽⁵⁷⁵⁾. En d'autres termes, comme en

569 Par exception, l'article 3:71, al. 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.

570 Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, vol. I, op. cit., n° 51, p. 62.

571 Voy. en ce sens J. VANANROYE, op. cit., 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 SCHAIK, *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, al. 4, du NBW (voy. sur cette dernière disposition, *infra*, n° 104).

572 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, vol. I, op. cit., n° 51, p. 63.

573 A.C. VAN SCHAIK, *Volmacht*, op. cit., n° 18, p. 20.

574 «*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. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, op. cit., n° 106, p. 113).

575 J. HIJMA, «*Art. 3:71*», *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, p. 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.

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⁽⁵⁷⁶⁾. En droit allemand, 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.

98. Synthèse. Les différences de régime entre les droits belge, allemand et néerlandais peuvent être synthétisées au moyen du tableau suivant⁽⁵⁷⁷⁾.

	<i>Droit allemand</i>	<i>Droit néerlandais</i>	<i>Droit belge</i>
<i>Hypothèse 1</i> <i>Représentant avec pouvoir</i>			
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)
<i>Hypothèse 2</i> <i>Représentant sans pouvoir</i>			
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 (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) ⁽⁵⁷⁸⁾	Pas de représentation Ratification possible sauf droit acquis du tiers

576 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*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 51, p. 63; adde A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, *op. cit.*, n° 18, p. 20, qui suggère de permettre au représenté de mettre le tiers en demeure de prendre position, par application analogique de l'article 3:55, al. 2, du NBW).

577 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 (voy. not. P. LE TOURNEAU, «Mandat», *Rép. civ. Dalloz*, *op. cit.*, n° 170 et s., p. 29 et s.; P. MALAURIE, L. AYNES et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n° 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° 37). Il semble qu'il faille en déduire que le tiers peut contester sans limite de temps les pouvoirs du représentant, sous réserve bien sûr d'une ratification.

578 Voy. *infra*, n° 104.

IV. APPRÉCIATION CRITIQUE

99. Remise en cause du régime de la ratification. Au terme de cet examen du régime du mandat incontesté qui se dégage des arrêts de la Cour de cassation des 18 septembre 1964 et 6 février 2006, une appréciation critique s'impose.

Tout d'abord, bien que l'existence de pouvoirs incontestés, devenus ainsi incontestables, soit formellement étrangère au mécanisme de la ratification et à sa dimension rétroactive, les deux questions se révèlent être étroitement liées. 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, qui 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⁽⁵⁷⁹⁾.

À cet égard, on ne peut se défaire de l'impression que la Cour de cassation reprend en quelque sorte d'une main au tiers ce qu'elle lui a donné de l'autre. Même si les plaideurs ne pensent pas systématiquement à se prévaloir de l'arrêt du 18 septembre 1964, il y a fort à penser en effet que la plupart des cas où le tiers 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⁽⁵⁸⁰⁾; 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?

579 Sur cette notion, voy. *supra*, n° 24 et s.

580 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 les tiers sans lien contractuel avec le représenté (voy. *supra*, n° 94).

Cette contradiction au moins apparente entre la protection des droits acquis des tiers en cas de ratification et le régime du mandat incontesté est d'autant plus frappante que l'analyse comparée a montré à quel point la solution retenue par la Cour de cassation se distingue par la faveur dont elle témoigne vis-à-vis du représenté, au détriment des intérêts des tiers⁽⁵⁸¹⁾. En réalité, le maintien dans l'ordre juridique de deux règles qui, sans être formellement incompatibles, se neutralisent mutuellement pour une large part, invite à s'interroger *de lege ferenda* sur la rigidité peut-être excessive de la règle neutralisée⁽⁵⁸²⁾.

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 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⁽⁵⁸³⁾?

Afin de concilier au mieux les intérêts en présence, il pourrait dès lors, en opportunité, 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⁽⁵⁸⁴⁾.

581 Voy. *supra*, n° 96 et s.

582 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. HAYOT 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*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 15.8 et s., p. 923 et s., spéc. n° 15.12, p. 927).

583 Pour une autre réflexion *de lege ferenda*, mais dans le sens opposé, voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *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.

584 Comp. avec la possibilité reconnue au tiers dans certains droits étrangers de mettre en demeure le représenté de prendre position : voy. *infra*, n° 103 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⁽⁵⁸⁵⁾. 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, *de lege ferenda*, 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⁽⁵⁸⁶⁾.

100. 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⁽⁵⁸⁷⁾.

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⁽⁵⁸⁸⁾. 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 pourrait de prime abord 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 – et sous réserve du régime du mandat incontesté –, le tiers reste toujours libre d'écarter l'apparence et de lui préférer la réalité de l'absence de pouvoirs⁽⁵⁸⁹⁾. Pourtant, 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 objec-

585 Voy. *supra*, n° 95.

586 Voy. *infra*, n° 119.

587 J. VANANROYE, *op. cit.*, T.R.V., 2004, n° 10, p. 45.

588 Voy. 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° 457.

589 Voy. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualités de quelques contrats spéciaux*, n° 27, p. 92; B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 458, p. 290; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n° 211, p. 250.

tif de protection de ces derniers⁽⁵⁹⁰⁾. 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 invoquées par les tiers »⁽⁵⁹¹⁾.

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⁽⁵⁹²⁾.

Il est vrai que, dans les deux cas, la solution peut se prévaloir de l'objectif de sécurité juridique poursuivi par la première directive sur le droit des sociétés.

101. 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.

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⁽⁵⁹³⁾, 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 pas là une résurgence de la défunte *rechtsverwerking*?⁽⁵⁹⁴⁾ 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 »⁽⁵⁹⁵⁾. En

590 Voy. l'article 526 du Code des sociétés, 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'art. 10.1 de la directive 101/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009).

591 Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 385, note A. BENOIT-MOURY, *R.P.S.*, 1989, obs. D. MOUGENOT.

592 R. JAFFERALI, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2006, n° 8 et s., p. 628 et s.

593 Voy. *supra*, n° 90.

594 Comp. J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 10, p. 45 et s., qui voit dans l'arrêt du 18 septembre 1964 une forme de « *verwerking* ».

595 Cass., 20 février 1992, *Pas.*, 1992, p. 549 et les réf. citées aux notes (1) et (2); Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1061.

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⁽⁵⁹⁶⁾. 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 réduction 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⁽⁵⁹⁷⁾ – ce qui ne se distingue guère en pratique de la déchéance de ce droit⁽⁵⁹⁸⁾ –, 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⁽⁵⁹⁹⁾ –, 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

596 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*, op. cit., n° 399, p. 903 et s.

597 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».

598 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, p. 189 et s., n° 12, p. 208; A. VAN OEVELEN, op. cit., R.W., 2001-2002, n° 4, p. 781.

599 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° 90.

dépéridition 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⁽⁶⁰⁰⁾.

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.

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 »⁽⁶⁰¹⁾.

En l'espèce, il nous paraît donc possible de réintégrer le régime du mandat incontesté dans la théorie générale des obligations en considérant que 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 de quoi 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 par-

600 Voy. P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus... », *op. cit.*, R.C.J.B., 1994, n° 31, p. 236; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1620, p. 2215.

601 J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, 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 ».

tie de réagir dans un délai raisonnable, à peine d'être déchue de son droit⁽⁶⁰²⁾.

§ 4. Effets de la ratification

I. APERÇU GÉNÉRAL

102. 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. 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), à un tiers consentant (III), au représentant (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).

103. Droit allemand. Le droit allemand aborde différemment le statut de l'acte juridique accompli sans pouvoir selon qu'il s'agit d'un acte unilatéral ou d'un contrat⁽⁶⁰³⁾. Ainsi, l'acte unilatéral n'est en principe pas susceptible de ratification (§ 180 du BGB)⁽⁶⁰⁴⁾. En 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

602 On pense ainsi au devoir de l'acheteur de dénoncer les vices apparents (cons. à ce propos H. BUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, Poitiers, L.G.D.J., 2004, qui y voit, n° 492 et s., p. 489 et s., une forme d'« incombance » ou *Obliegenheit*; sur cette notion, cons. not. M. FONTAINE, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », *Liber Amicorum Michel Coppel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 301 et s., n° 9 et s., p. 305 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 de l'art. 1642 du Code civil) ou cachés (art. 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, p. 1012 et s. et réf. citées; depuis lors, le principe apparaît également 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, p. 566 et s.), n'est pas sans rappeler le mécanisme de la *rechtsverwerking*.

603 Pour une première approche des actes accomplis sans pouvoir en droit allemand, voy. G. SCHIEMANN, « Das Rechtsgeschäft », *op. cit.*, *Eckpfäiler des Zivilrechts*, p. 118 et s.; M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, n° 100, p. 76 et s.; C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *op. cit.*, n° 317, p. 263 et s.

604 *Voy. supra*, n° 82.

pouvoirs et que le représentant se révèle incapable de la lui fournir (§174 du BGB)⁽⁶⁰⁵⁾. 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)⁽⁶⁰⁶⁾.

La ratification intervient en principe avec effet rétroactif (§184, al. 1^{er}, du BGB). Plusieurs tempéraments ont cependant été apportés à ce principe.

Premièrement, cet effet rétroactif n'existe que sauf disposition contraire (§184, al. 1^{er}, *in fine*, du BGB). Pareille disposition peut tout d'abord émaner des parties⁽⁶⁰⁷⁾. En revanche, selon la doctrine majoritaire, la rétroactivité ne peut être unilatéralement écartée par le ratifiant⁽⁶⁰⁸⁾. 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⁽⁶⁰⁹⁾ et de retards d'exécution⁽⁶¹⁰⁾. 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⁽⁶¹¹⁾.

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, al. 2, du BGB). Bien que cette seconde 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⁽⁶¹²⁾. Au contraire, 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⁽⁶¹³⁾. 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

605 Voy. *supra*, n° 96.

606 Voy. *supra*, n° 87.

607 B. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, §184, n° 4, p. 280; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §184, n° 39, p. 325; H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, §184, n° 2, p. 192; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, §51, n° 19, p. 935; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1026, p. 404; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §184, n° 11, p. 1836.

608 D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1026, p. 404. Sur la justification de cette solution, voy. *infra*, note n° 656.

609 Voy. *infra*, n° 109.

610 Voy. *infra*, n° 110.

611 Voy. *infra*, n° 117.

612 K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §184, n° 38, p. 1843; adde L. ENNECERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, §204, IV, n° 3, p. 1242, pour qui le second alinéa 2 du §184 constitue une exception au principe de l'effet rétroactif de la ratification posé à l'alinéa 1^{er} et doit dès lors être interprété restrictivement.

613 B. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, §184, n° 6, p. 280; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §184, n° 45, p. 327; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §184, n° 30, p. 1841. *Contra* : T. FINKENAUER, « Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläubensschutz », *AcP*, 2003, p. 282 et s., spéc. p. 298 et s.

ratifier⁽⁶¹⁴⁾. 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⁽⁶¹⁵⁾.

104. 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 « *Wanneer 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 verricht* ». 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⁽⁶¹⁶⁾. Il s'agit donc plutôt d'une fiction légale. Quoi qu'il en soit, on reconnaît à la ratification un effet rétroactif⁽⁶¹⁷⁾. Celui-ci n'est cependant pas sans limite.

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, al. 3, NBW)⁽⁶¹⁸⁾. 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⁽⁶¹⁹⁾ et dénie par ailleurs aux autres tiers la possibilité de puiser un droit acquis dans la seule absence de pouvoir du représentant⁽⁶²⁰⁾.

614 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. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 5, p. 280; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 27, p. 318; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1028, p. 405).

615 *Voy. infra*, n° 117.

616 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 84, p. 98; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *op. cit.*, *Vermogensrecht*, n° 2.

617 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 89, p. 103; J. HIJMA, « Art. 3 :69 », *op. cit.*, *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, n° 3, p. 81; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *op. cit.*, *Vermogensrecht*, n° 3.

618 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 », *op. cit.*, *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, n° 5, p. 81; P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *op. cit.*, *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*, t. II, vol. I, *op. cit.*, 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).

619 *Voy. infra*, n° 110.

620 *Voy. infra*, n° 117; *adde* J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 13, p. 48.

Deuxièmement, tout tiers intéressé – tel que le cocontractant ou un ayant cause à titre particulier⁽⁶²¹⁾ – peut mettre le représenté en demeure de ratifier ou de répudier l'opération (article 3:69, al. 4, NBW). Cette règle, qui ne connaît pas d'équivalent direct en droit belge⁽⁶²²⁾, permet utilement au tiers de sortir d'une situation d'incertitude.

Troisièmement et enfin, l'article 3:69, alinéa 5 du NBW dispose que «*Rechten 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⁽⁶²³⁾.

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⁽⁶²⁴⁾. Ce principe, qui n'est pas totalement inédit⁽⁶²⁵⁾, 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⁽⁶²⁶⁾.

II. EFFETS À L'ENCONTRE DU REPRÉSENTÉ

105. 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 pou-

621 J. HIJMA, «Art. 3:69», *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, op. cit., n° 6, p. 81 ; P.J. VAN DER KORST, «Artikel 69...», op. cit., *Vermogensrecht*, n° 7.

622 Voy. *infra*, n° 118.

623 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*, t. II, vol. I, op. cit., n° 89, p. 104.

624 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, vol. I, op. cit., n° 88, p. 103.

625 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».

626 Voy. *infra*, n° 117.

voir 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⁽⁶²⁷⁾, 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.

La Cour va cependant un pas plus loin dans un arrêt du 20 juillet 1883⁽⁶²⁸⁾ 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⁽⁶²⁹⁾ 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⁽⁶³⁰⁾, 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⁽⁶³¹⁾ 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⁽⁶³²⁾. Rares sont les auteurs qui s'écartent de cette analyse.

627 Cass., 15 janvier 1857, *Pas.*, 1857, I, p. 78.

628 Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 347 (premier moyen).

629 Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

630 Cass., 5 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75, note TAQUET et WANTIEZ.

631 Cass., 21 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 39.

632 Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 446, p. 442 et s.; P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 235; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *op. cit.*, n° 526, p. 646; *Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, Bruxelles, Larcier, 1896, n° 587, p. 796; *R.P.D.B.*, t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 451, p. 349; L. SIMONT, «Exposé introductif», *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1990, p. 7 et s., n° 19, p. 24; B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 424, p. 255; J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 5, p. 41; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n° 207, p. 245; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, n° 789, p. 381; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napo-*

Ainsi, HUC ne reconnaît à la ratification qu'un effet immédiat⁽⁶³³⁾. Quant à LAURENT⁽⁶³⁴⁾, 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⁽⁶³⁵⁾. 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⁽⁶³⁶⁾, on admet aujourd'hui qu'une fiction ne doit pas être expressément consacrée par la loi⁽⁶³⁷⁾. 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⁽⁶³⁸⁾; 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.

106. Fondement de la rétroactivité – Solution traditionnelle et critique. 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 for-

léon, t. VI, 6^e éd., Paris, Marescq et Dujardin, 1859, art. 1998, p. 601; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. VIII, *op. cit.*, n^o 217bis, VI, p. 219; P. LE TOURNEAU, «Mandat», *Rép. civ. Dalloz, op. cit.*, n^o 372, p. 57; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, op. cit.*, n^o 42 et s., p. 60 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, Paris, L.G.D.J., 1932, n^o 1499, p. 857; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n^o 1075, p. 562; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit.*, n^o 244, p. 180.

633 «[...] 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*, t. XII, *op. cit.*, n^o 91, p. 118). Voy. sur ce point *infra*, n^o 122.

634 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, *op. cit.*, n^o 74, p. 80 et s.

635 Sur ce principe, voy. *supra*, n^o 51.

636 Voy. *supra*, n^o 87. Comp. d'ailleurs F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, *op. cit.*, n^o 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».

637 Voy. *supra*, n^o 15.

638 Voy. *supra*, n^o 59.

mule, à laquelle l'usage du latin tend à conférer une autorité supérieure⁽⁶³⁹⁾, est largement répandue dans la doctrine⁽⁶⁴⁰⁾ et se retrouve déjà dans les écrits de POTHIER⁽⁶⁴¹⁾. Elle se présente comme une fiction : bien qu'aucun mandat n'ait été donné, la ratification est assimilée à un tel mandat.

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⁽⁶⁴²⁾.

Ces deux justifications souffrent cependant des faiblesses affectant la conception volontariste de la représentation⁽⁶⁴³⁾. 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

639 Comme le relève TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, *op. cit.*, n° 514, p. 416, l'adage remonte au droit romain. Ainsi, le Digeste décide qu'en cas de paiement effectué à un *accipiens* sans pouvoir, le *solvens* sera libéré en cas de ratification du paiement, pour le motif que «*rati enim habitio mandato comparatur*» (D., 46, 3, 12, 4, erronément cité par TOULLIER comme issu du livre 43). Ulpien enseigne par ailleurs que lorsqu'une personne est privée de sa possession par voie de fait, celui qui ratifie celle-ci est tenu d'indemniser la victime parce qu'en la matière «*rectius enim dicitur [...] ratihibitionem mandato comparari*» (D., 43, 16, 1, 14, erronément cité par TOULLIER comme le §4 issu du livre 46). On observera toutefois qu'aucun de ces deux passages n'attribue un effet rétroactif à la ratification. Du reste, le droit romain ignorait pour l'essentiel le mécanisme de la représentation directe (D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 273; M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C.H. Beck, 2008, §11, n° 1, p. 75) de sorte que l'adage ne pouvait avoir la portée qu'on lui prête aujourd'hui. Enfin, TOULLIER se réfère encore à un passage du Code justinien qui semble donner à la ratification un effet rétroactif (C., 5, 16, 25, 2) mais, outre qu'aucune assimilation au mandat n'y est évoquée, on notera que ce passage n'est qu'un *obiter dictum* dans un fragment consacré à la confirmation des donations nulles.

640 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*, *op. cit.*, n° 789, p. 382; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. VI, *op. cit.*, art. 1998, p. 601; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 446, p. 442; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *op. cit.*, n° 526, p. 645; *Pand.*, t. LXXXIII, v° *Ratification*, *op. cit.*, n° 74, col. 1542; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n° 1071, p. 559; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 451, p. 349; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, *op. cit.*, n° 514, p. 416; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 171, p. 171; adde le Rapport de TARRIBLE au Tribunalat dans la séance du 16 ventôse an XII dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, *op. cit.*, 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 originairement des pouvoirs relatifs à tout ce qui a été fait».

641 R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, Paris, Siffrein, 1821, n° 75, p. 134, qui ne fait cependant aucune allusion à l'effet rétroactif qui en découlerait.

642 Voy. dans le même sens S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 23, p. 41.

643 Voy. *supra*, n° 83.

nom. Or, cette prémisse ne se vérifie pas toujours, notamment lorsque le représenté se trouve à ce moment dans une situation d'incapacité⁽⁶⁴⁴⁾. Pourtant, il n'a jamais été suggéré que la reconnaissance d'un effet rétroactif à la ratification dépendrait de la possibilité effective qu'aurait eu 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⁽⁶⁴⁵⁾.

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⁽⁶⁴⁶⁾. 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⁽⁶⁴⁷⁾. Au demeurant, s'il fallait considérer que le contrat ne se forme que par la rencontre de la volonté du ratifiant et de celle du tiers contractant, le contrat devrait plutôt naître au moment de la ratification, sans effet rétroactif⁽⁶⁴⁸⁾.

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⁽⁶⁴⁹⁾. Il nous paraît toutefois que plusieurs éléments peuvent être avancés pour fonder ce principe.

107. Fondement de la rétroactivité – Respect de la volonté du tiers contractant. 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

644 A. CHAUSSE, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 532; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 254, p. 187.

645 *En droit néerlandais*, P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *op. cit.*, *Vermogensrecht*, n° 2. *Adde, en droit allemand*, K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *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.

646 Comme l'observe J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, 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.

647 *Voy. supra*, n° 87.

648 Pour cette observation, P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 12, p. 235.

649 P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 238.

avec effet rétroactif⁽⁶⁵⁰⁾. À notre sens, cet argument est toutefois insuffisant : on pourrait en effet parfaitement concevoir que la ratification rende exigible les effets principaux de l'acte ratifié uniquement pour l'avenir⁽⁶⁵¹⁾. Néanmoins, la préexistence de cet acte rend plus aisément acceptable l'idée que ses effets remontent, par l'effet de sa ratification, à sa conclusion.

Cette idée se justifie pour le surplus par l'intention des parties⁽⁶⁵²⁾ ou – si l'on estime cette explication artificielle⁽⁶⁵³⁾ – par la nature de l'acte⁽⁶⁵⁴⁾ ou la logique économique de l'opération.

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⁽⁶⁵⁵⁾. 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.

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

650 Voy. en ce sens R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n° 128, p. 218 et s.; P.A. FORIERS, «La représentation...», *op. cit.*, *Droit des contrats*, n° 10, p. 139; P.A. FORIERS, «Le mandat...», *op. cit.*, *Knelpunten dienstencontracten*, n° 9, p. 42 et s.; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 100, p. 102. Comp., en matière de condition suspensive, *infra*, n° 136.

651 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; comp. également avec la promesse de contrat qui, bien qu'elle préexiste à la levée de l'option, ne produit ses effets que pour l'avenir.

652 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n° 126, p. 215, et n° 128, p. 218; **en droit allemand** : K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §184, n° 31, p. 319; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §184, n° 11, p. 1836.

653 P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 238.

654 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, 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*, t. I, *op. cit.*, n° 126, p. 215.

655 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.

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⁽⁶⁵⁶⁾.

Ainsi, une ratification dépourvue d'effet rétroactif aboutirait à reporter dans le temps l'entrée en vigueur du contrat. D'autres modifications pourraient également en résulter; on pense ainsi 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 repose sur le respect de la volonté exprimée par le représentant et le tiers contractant ainsi que par le souci de préserver les intérêts légitimes de ce tiers⁽⁶⁵⁷⁾. Si 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.

108. 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)⁽⁶⁵⁸⁾. Il pourra également, s'il s'agit d'une opération com-

656 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, p. 708 et s., spéc. p. 711; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 29, p. 1841; la question est cependant controversée, comme le souligne K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 42, p. 326).

657 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 confirme au passage la fragilité d'un raisonnement fondé exclusivement sur l'intention des parties.

658 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, *op. cit.*, n° 789, p. 382; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. VI, *op. cit.*, art. 1998, p. 601; *Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, *op. cit.*, n° 858, p. 796; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n° 1075, p. 562; B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 423, p. 255; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n° 207, p. 245.

merciale, réclamer au représenté une juste rémunération si aucune n'a été convenue⁽⁶⁵⁹⁾. Le représenté devra enfin supporter la perte de la chose causée par un cas fortuit survenu avant la ratification⁽⁶⁶⁰⁾.

Pourtant, la doctrine ne va pas jusqu'à tirer l'ensemble des conséquences de la rétroactivité de la ratification. Ceci aboutirait en théorie à décider que le représentant ne s'est rendu coupable d'aucun excès de pouvoir, celui-ci étant couvert par le mandat censé être donné rétroactivement par le représenté⁽⁶⁶¹⁾. 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⁽⁶⁶²⁾. Il s'agit avant tout d'une question de volonté du représenté⁽⁶⁶³⁾, et on sait à cet égard que les renonciations sont de stricte interprétation⁽⁶⁶⁴⁾.

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 ceux du représenté⁽⁶⁶⁵⁾. 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

659 En matière commerciale, les usages dérogent en effet à la gratuité du mandat : voy. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualité de quelques contrats spéciaux*, n° 7, p. 57.

660 J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. VI, *op. cit.*, art. 1998, p. 601 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n° 126, p. 216 ; *Pand.*, t. LXXXIII, v° *Ratification*, *op. cit.*, n° 110, col. 1548 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n° 1075, p. 562 ; comp. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, *op. cit.*, n° 91, p. 118. Certains auteurs ajoutent que la ratification n'est pas valable si la perte est d'une importance telle que le mandant n'aurait pas ratifié s'il l'avait connue (*Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, *op. cit.*, n° 859, p. 796), ce qui constitue une simple application du régime de l'erreur substantielle (comp. P. PONT, *ibid.*, qui rattache plutôt cette solution à l'exigence que la ratification soit donnée en connaissance de cause).

661 Voy. cependant J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 101, p. 102 et s.

662 Comp. avec la confirmation qui n'implique pas nécessairement renonciation à l'action en responsabilité (*supra*, n° 56 et les réf. citées à la note n° 318).

663 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 446, p. 443 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n° 1077, p. 563 ; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. 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*, t. VI, *op. cit.*, § 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*, *op. cit.*, n° 791, p. 382 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 73, p. 79 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, *op. cit.*, n° 371, p. 57 ; B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 423, p. 255 ; *Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, *op. cit.*, n° 853, p. 796.

664 Sur ce principe, voy. *supra* les réf. citées à la note n° 250.

665 Voy. *supra*, n° 107.

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 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⁽⁶⁶⁶⁾. Ce serait toutefois perdre de vue que, la ratification n'étant soumise à aucune condition de forme⁽⁶⁶⁷⁾, 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⁽⁶⁶⁸⁾. 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 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. On observera enfin que la perte de la chose au cours de la période intermédiaire peut n'être que partielle, ce qui peut convaincre le représenté de ratifier malgré tout l'opération⁽⁶⁶⁹⁾, et d'agir le cas échéant pour le solde à l'encontre du représentant.

109. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le tiers contractant. Il est bien établi que les tiers puissent considérer le représenté comme tenu par l'acte ratifié et ce, depuis le moment où celui-ci a été accompli⁽⁶⁷⁰⁾. En particulier, le tiers contractant pourra ainsi lui réclamer depuis cette date les intérêts convenus⁽⁶⁷¹⁾.

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^o, 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

666 En ce sens, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, *op. cit.*, n^o 91, p. 118, qui en déduit l'inutilité de reconnaître un effet rétroactif à la ratification.

667 *Voy. supra*, n^o 79.

668 *Voy. dans le même sens* J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n^o 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».

669 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n^o 126, p. 216.

670 *Voy. les réf. citées supra*, n^o 106.

671 *En droit allemand*, K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §184, n^o 12a, p. 1836.

reporter la naissance du contrat au temps – et au lieu – de sa conclusion par le représentant⁽⁶⁷²⁾.

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 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 »⁽⁶⁷³⁾.

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⁽⁶⁷⁴⁾. 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⁽⁶⁷⁵⁾. Il justifie

672 En ce sens, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n° 126, p. 216; *Pand.*, t. LXXXIII, v° *Ratification*, *op. cit.*, 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° 87). Le lieu de naissance de la convention peut également présenter un intérêt pour la détermination des usages qui s'y appliquent (*Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, *op. cit.*, n° 860, p. 796).

673 Cass. fr., 8 juillet 1964, *Bull.*, 1964, I, n° 382; *contra* : S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 45, p. 64, qui estime que la rétroactivité devrait en ce cas être écartée en vue de protéger la victime de la lésion.

674 Voy. T. FINKENAUER, *op. cit.*, *AcP*, 2003, p. 290; B. FRENCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, §184, n° 5, p. 280; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §184, n° 38, p. 322 et s.; H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, §184, n° 2, p. 192; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, §51, n° 20, p. 935; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1026, p. 59; E. SCHILKEN, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §177, n° 9, p. 184; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §177, n° 47, p. 1772 et §184, n° 12a, p. 1836; C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *op. cit.*, n° 317, p. 263.

675 RG, 28 février 1907, *RGZ*, vol. 65, p. 245 et s., spéc. p. 248, confirmé par un *obiter dictum* de RG, 7 janvier 1911, *RGZ*, vol. 75, p. 114 et s., spéc. p. 116; voy. également, à propos du point de départ du délai de l'action paulienne, BGH, 20 septembre 1978, *NJW*, 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, *NJW*, 1995, p. 2290, point II, 2, b), cc), bbb).

cette solution par l'idée que faire courir rétroactivement la prescription serait une impossibilité matérielle⁽⁶⁷⁶⁾, qu'elle pourrait donner lieu à des résultats inéquitablement 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 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⁽⁶⁷⁷⁾, 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⁽⁶⁷⁸⁾. 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⁽⁶⁷⁹⁾. 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⁽⁶⁸⁰⁾. 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⁽⁶⁸¹⁾. En revanche, le

676 «Eine rechtliche Fiktion hat nicht die Kraft, tatsächliche Unmöglichkeiten zu überwinden und die Zeitrechnung umzustößen. [...] 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).

677 Voy. *supra*, n^{os} 14 et 23.

678 Voy. dans le même sens T. FINKENAUER, *op. cit.*, *AcP*, 2003, p. 291, qui relève que le propre d'une fiction est précisément d'apprécier autrement les faits matériels que dans la réalité.

679 Comp. la justification retenue, en matière d'action paulienne, par BGH, 20 septembre 1978, *NJW*, 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, *NJW*, 1995, p. 2290, point II, 2, b), cc), bbb).

680 On rappellera à cet égard que la notion de ratification est beaucoup plus large en droit allemand qu'en droit belge (voy. *supra*, note n^o 441).

681 Voy. sur cette disposition, *infra*, n^o 146.

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 l'effet rétroactif de la ratification, appliqué au point de départ de la prescription⁽⁶⁸²⁾. Aussi la solution donnée par l'arrêt de la Cour de cassation de France du 8 juillet 1964 nous paraît-elle parfaitement justifiée.

III. EFFETS À L'ENCONTRE DU TIERS CONSENTANT

110. 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 représentant dénué de pouvoir est tenu depuis l'origine par cet acte en cas de ratification de celui-ci⁽⁶⁸³⁾.

Cette idée se retrouve déjà dans l'arrêt précité du 15 décembre 1932⁽⁶⁸⁴⁾. 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⁽⁶⁸⁵⁾. 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⁽⁶⁸⁶⁾. 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,

682 Comp. K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *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, al. 2, du BGB; cette disposition n'a cependant pas d'équivalent en droit belge.

683 P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 235; B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 426, p. 256; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, l. VII, n° 207, p. 245; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 171, p. 171. **En France**, voy. P. LE TOURNEAU, «Mandat», *Rép. civ. Dalloz*, *op. cit.*, n° 372, p. 57.

684 Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

685 Cass., 5 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75, note TAQUET et WANTIEZ.

686 Voy. aujourd'hui l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

tant 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»⁽⁶⁸⁷⁾.

Il n'existe donc aucun «droit acquis» dont le tiers contractant puisse se prévaloir pour s'opposer à l'effet rétroactif de la ratification à son encounter⁽⁶⁸⁸⁾, et ce même lorsque l'acte devait être accompli dans un délai de rigueur⁽⁶⁸⁹⁾. Il pourra ainsi, le cas échéant, être tenu des intérêts dus depuis une date antérieure à la ratification⁽⁶⁹⁰⁾. 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⁽⁶⁹¹⁾. 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⁽⁶⁹²⁾.

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

687 Nous soulignons.

688 Comme l'observe B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, 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° 92). **En droit allemand**, comp. L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, § 204, IV, n° 3, p. 1243, qui font observer que le tiers contractant (*Vertragsgegner*) n'est pas un tiers au sens du § 184, al. 2, du BGB.

689 Comp. cependant B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 427, p. 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° 113 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.

690 **En droit allemand**, la solution est certaine pour les intérêts venus (K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *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, *NJW*, 2001, p. 365, point II, 2, b), bb)); donnée après cette date, la ratification ne sortit ses effets qu'*ex nunc* (H. HEINRICHS, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 184, n° 2, p. 192; voy. aussi K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 38, p. 322).

691 **En droit allemand**, K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 32, p. 320, par application du § 446, 1^{re} phrase, du BGB (équivalent de l'art. 1302, al. 1^{er}, du Code civil).

692 Voy. *supra*, n° 109.

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 du représenté ⁽⁶⁹³⁾. 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 ⁽⁶⁹⁴⁾.

111. 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 ⁽⁶⁹⁵⁾. 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.

Plus généralement, nous avons conclu que l'effet rétroactif de la ratification trouvait son fondement dans la nature de l'opération et, en particulier, dans le souci de ne pas imposer au tiers contractant un engagement auquel il n'aurait pas consenti ⁽⁶⁹⁶⁾. 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 » ⁽⁶⁹⁷⁾. 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 tous ses effets depuis l'origine en cas de ratification que celui qui conclut un contrat avec un représentant. Cet effet

693 Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 73, p. 79 et s. ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 428, p. 258 ; *en droit néerlandais*, P.J. VAN DER KORST, « Artikel 69... », *op. cit.*, *Vermogensrecht*, n° 4.

694 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° 108).

695 Voy. *supra*, n° 106.

696 Voy. *supra*, n° 107.

697 Voy. *supra*, n° 80.

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⁽⁶⁹⁸⁾. 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.

Otre 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⁽⁶⁹⁹⁾.

IV. EFFETS À L'ENCONTRE DU REPRÉSENTANT

112. Principe – Effet rétroactif. Compte tenu de l'effet rétroactif de la ratification tant à l'égard du représenté que du tiers contractant, cet effet doit également être reconnu à l'encontre du représentant. Ses intérêts 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 le représentant 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⁽⁷⁰⁰⁾. Celui-ci, 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.

V. EFFETS À L'ENCONTRE DES AUTRES TIERS

113. 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

698 Sur cette justification de l'effet rétroactif, voy., *en droit allemand*, K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §177, n° 45, p. 1771; sur les effets de l'acte accompli sans pouvoir avant la ratification, voy. *supra*, n° 87.

699 Voy. B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 426, p. 256; voy. cependant la remarque faite *supra*, note n° 672.

700 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. FORTIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 42, p. 270 et s.

atteinte aux droits acquis dans l'intervalle par les tiers qui n'ont pas consenti à traiter avec le représentant en cette qualité⁽⁷⁰¹⁾.

Le principe est exprimé pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 1953⁽⁷⁰²⁾. 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 accueillit 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 per-

701 Voy. déjà Bruxelles, 6 mars 1817, *Pas.*, 1817, II, p. 346; en doctrine, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 446, p. 443; M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. VI, *op. cit.*, p. 32; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation... », *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 235; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *op. cit.*, n° 526, p. 646; *Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, *op. cit.*, n° 861, p. 797; *Pand.*, t. LXXXIII, v° *Ratification*, *op. cit.*, n° 116, col. 1549; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 451, p. 349; L. SIMONT, *op. cit.*, *Les intermédiaires commerciaux*, n° 19, p. 24; B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 429, p. 259; J. VANANROYE, *op. cit.*, T.R.V., 2004, n° 5, p. 41; P. WÉRY, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. IX, I. VII, n° 207, p. 246; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 171, p. 171. **En France**, voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, *op. cit.*, §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*, *op. cit.*, n° 790, p. 382; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. VI, *op. cit.*, art. 1998, p. 601; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. VIII, *op. cit.*, n° 217bis, VI, p. 219; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIII, *op. cit.*, n° 286, p. 284; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, *op. cit.*, n° 372, p. 57; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, n° 1075, p. 562; *contra* : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, 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° 114).

702 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).

met de déterminer à quelle date la ratification du refus de renouvellement est intervenue, et casse dès lors la décision attaquée dans la mesure où elle ne lui permet pas d'exercer son contrôle⁽⁷⁰³⁾.

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⁽⁷⁰⁴⁾.

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⁽⁷⁰⁵⁾. 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⁽⁷⁰⁶⁾.

114. 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⁽⁷⁰⁷⁾. 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⁽⁷⁰⁸⁾. Dans cette affaire se posait la question de savoir si une personne, bénéficiant du privilège du vendeur impayé en vertu d'une vente conclue

703 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.

704 Voy. *infra*, n° 117.

705 Voy., *en droit allemand*, K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §184, n° 32, p. 320.

706 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. Si, toutefois, 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.

707 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, n° 526, p. 786; voy. dans le même sens, à propos de la confirmation, *supra*, n° 65, et de la condition suspensive, *infra*, n° 162.

708 Cass. fr., 4 mars 1891, *D.*, 1891, I, p. 313.

sans pouvoir en 1862, tenue secrète et dont l'existence ainsi que la ratification n'avaient été constatées que 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 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 »⁽⁷⁰⁹⁾.

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⁽⁷¹⁰⁾. 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⁽⁷¹¹⁾. 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 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 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

709 Notes (3 et 4) sous l'arrêt.

710 K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 10, p. 310.

711 RG, 20 décembre 1930, *RGZ*, vol. 131, p. 97 et s., spéc. p. 101; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 16, p. 1837; *contra* : T. FINKENAUER, *op. cit.*, *AcP*, 2003, p. 290.

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⁽⁷¹²⁾. 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⁽⁷¹³⁾. 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⁽⁷¹⁴⁾.

115. Fondement de la réserve du droit des tiers. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 6 février 1953, le ministère public justifie l'absence d'effet rétroactif de la ratification sur les droits des tiers notamment par un renvoi à l'article 1338 du Code civil⁽⁷¹⁵⁾. Cette explication est singulière si l'on se souvient que la Cour a expressément décidé que cette disposition ne concernait que la confirmation, à l'exclusion de la ratification⁽⁷¹⁶⁾. 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⁽⁷¹⁷⁾.

712 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).

713 Voy. P.A. FORIERS, « Option... », *op. cit.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n° 37, p. 29; P.-P. RENSON, « Introduction à la publicité foncière et à la transcription », *J.T.*, 2004, p. 829 et s., spéc. p. 833; A. VERBEKE et J. BYTTEBIER, « Onroerende en hypothecaire publiciteit. Organisatie en tegenwerpelijkheid », *R.W.*, 1997-1998, p. 1099 et s., n° 114, p. 1124.

714 Sur la question de savoir si la ratification elle-même doit être transcrite, cons. P.A. FORIERS, « Option... », *op. cit.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n° 37, p. 30 et s.

715 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*, *op. cit.*, n° 790, p. 382; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. VI, *op. cit.*, art. 1998, p. 601; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIII, *op. cit.*, 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*, t. V, *op. cit.*, n° 446, p. 443, note n° 3; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel IV, *op. cit.*, n° 526, p. 646; *R.P.D.B.*, t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 451, p. 349; L. SIMONT, *op. cit.*, *Les intermédiaires commerciaux*, n° 19, p. 25.

716 Voy. *supra*, n° 78.

717 Voy. *supra*, n° 73, et comp. *infra*, n° 116.

On pourrait bien sûr, à l'instar de LAURENT⁽⁷¹⁸⁾, 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⁽⁷¹⁹⁾.

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⁽⁷²⁰⁾. 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⁽⁷²¹⁾. Bien que certains auteurs aient vu dans la ratification une renonciation par le représenté à l'inopposabilité de l'acte accompli sans pouvoir⁽⁷²²⁾, 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⁽⁷²³⁾; 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.

718 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 75, p. 81.

719 *Voy. supra*, n° 110.

720 VOY. E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. VIII, *op. cit.*, n° 217bis, VI, p. 220; voy. aussi R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 452, p. 349 et comp. *supra*, n° 66.

721 *Voy. supra*, n° 70.

722 VOY. P. LE TOURNEAU, «Mandat», *Rép. civ. Dalloz*, *op. cit.*, n° 371, p. 57; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 245, p. 180, et n° 254, p. 188.

723 P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, n° 13, p. 237; L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 345, p. 162; B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 408, p. 245.

Des explications imagées, peu convaincantes, ont également été proposées⁽⁷²⁴⁾.

En définitive, la réserve des droits des tiers autres que le tiers consentant nous paraît trouver sa justification dans le fondement que nous avons proposé de la rétroactivité de la ratification. Celle-ci repose, en effet, 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⁽⁷²⁵⁾. 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.

Si l'on admet pareil fondement, on pourrait du reste être enclin à revoir, *de lege ferenda* – voire *de re judicanda* –, 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 sans pouvoir 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⁽⁷²⁶⁾, 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⁽⁷²⁷⁾.

116. Notion de tiers. Des doutes peuvent surgir quant à la qualité de tiers du destinataire d'un acte unilatéral réceptice.

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⁽⁷²⁸⁾. D'autre part, celui-ci est admis à se prévaloir des effets

724 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 ».

725 Voy. *supra*, n° 107.

726 Voy. *supra*, n° 103 et s.

727 Sur cette contradiction au moins apparente, voy. *supra*, n° 99.

728 P.A. FORIERS, « Exposé introductif... », *op. cit.*, *La volonté unilatérale dans le contrat*, n° 21, p. 28 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, n° 167.4, p. 312.

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)⁽⁷²⁹⁾.

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⁽⁷³⁰⁾.

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⁽⁷³¹⁾.

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⁽⁷³²⁾. 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

729 Voy. P.A. FORIERS, «Le mandat...», *op. cit.*, *Knelpunten dienstencontracten*, n° 10, p. 45.

730 Voy. sur ce point, *supra*, n° 110.

731 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. Bruxelles, 23 juin 2002, *F.J.F.*, 2003, p. 477.

732 Cass., 7 mars 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 602.

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»⁽⁷³³⁾ et que ce délai avait couru jusqu'au 14 décembre 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⁽⁷³⁴⁾. Il se fonde à cet égard sur la généralité des termes de l'arrêt et de son sommaire. Cette solu-

733 En effet, l'article 18 des lois coordonnées de 1955, aux termes duquel «Peuvent seuls être invoqués pour justifier le congé, les motifs notifiés par lettre recommandée, expédiée 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 temps proche de la résiliation (voy. à ce propos M. PAPIER-JAMOULLE, *R.P.D.B.*, compl. t. III, v° *Contrat de travail et contrat d'emploi*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 499 et s., n° 608, p. 675).

734 Dans le même sens, CLAYES & ENGELS, *La rupture du contrat de travail. Chronique de jurisprudence 2002-2005*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 43, p. 63; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 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).

tion ne serait en outre pas contredite par l'arrêt du 6 février 1953⁽⁷³⁵⁾, qui refuse d'opposer à un locataire l'effet rétroactif de la ratification de l'opposition au renouvellement d'un bail commercial formulée par un organe incompétent de la société bailleuse. «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»⁽⁷³⁶⁾.

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⁽⁷³⁷⁾. L'enseignement de l'arrêt paraît donc plutôt se situer au niveau de la définition du droit acquis opposable au ratifiant⁽⁷³⁸⁾. On relèvera d'ailleurs qu'un arrêt du 13 janvier 2003⁽⁷³⁹⁾ 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⁽⁷⁴⁰⁾. 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 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⁽⁷⁴¹⁾. En effet, ce dernier choisit par

735 Voy. *supra*, n° 113.

736 P.A. FORIERS, «Aspects de la représentation...», *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, n° 13, p. 236 et s., spéc. p. 237; voy. également P.A. FORIERS, «Le droit commun...», *op. cit.*, *Les intermédiaires commerciaux*, n° 71, p. 80, note n° 1; P.A. FORIERS, «Actualités...», *op. cit.*, *Actualité du droit des obligations*, n° 13, p. 20; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Actualité de quelques contrats spéciaux*, n° 33, p. 100 et s.; P.A. FORIERS, «Le mandat...», *op. cit.*, *Knelpunten dienstcontracten*, n° 10, p. 44 et s.; L. SIMONT et P.A. FORIERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2001, n° 288, p. 544.

737 Comp. l'arrêt du 5 novembre 1979 (voy. *supra*, n° 110) qui décide au contraire que le tiers cocontractant ne peut échapper à cet effet rétroactif même lorsqu'il peut se prévaloir de droits acquis.

738 En ce sens, antérieurement, P.A. FORIERS, «Les contrats commerciaux...», *op. cit.*, *R.D.C.*, 1983, p. 158.

739 Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29; voy. *infra*, n° 117.

740 Voy. *supra*, n° 113.

741 Comp. en revanche la situation particulière de ce tiers sous l'angle du principe de l'exécution de bonne foi, *supra*, n° 93.

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⁽⁷⁴²⁾.

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⁽⁷⁴³⁾. 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⁽⁷⁴⁴⁾. En outre, dès lors que le délai de trois jours pour la notification du congé 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⁽⁷⁴⁵⁾. 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.

117. Notion de droit acquis. Dans le domaine du droit comme ailleurs, un concept n'acquiert souvent toute son importance que lorsqu'une for-

742 Voy., à ce propos, *supra*, n^{os} 99 et 115.

743 Voy. *supra*, note n^o 731.

744 Voy. *supra*, n^o 93.

745 Voy. *infra*, n^o 121.

mule frappante parvient à lui donner du relief⁽⁷⁴⁶⁾. La notion de « droit acquis » n'échappe pas à cette règle⁽⁷⁴⁷⁾, puisqu'elle constitue non seulement la limite aux effets admissibles pour les tiers en matière de ratification ou de confirmation⁽⁷⁴⁸⁾, mais qu'elle joue également un rôle central dans la détermination des effets d'une loi nouvelle sur les contrats en cours⁽⁷⁴⁹⁾. Encore convient-il à chaque fois de s'interroger sur la portée exacte de cette expression.

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⁽⁷⁵⁰⁾.

Comme l'observe la *doctrine allemande*, le tiers se trouve ainsi mieux protégé que si l'acte de disposition antérieur avait été accompli sous condition suspensive⁽⁷⁵¹⁾. En ce cas, en effet, l'effet rétroactif de la condition pourrait porter atteinte au droit acquis par ce tiers⁽⁷⁵²⁾.

On rappellera par ailleurs que le droit allemand ne connaît pas de principe général de protection des droits acquis des tiers⁽⁷⁵³⁾. 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⁽⁷⁵⁴⁾, 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

746 Voy. par exemple, 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, p. 198 et s., ou, à propos de la représentation, P.A. FORTIERS, « La représentation... », *op. cit.*, *Droit des contrats*, n° 1, p. 133 ; pour d'autres exemples, cons. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln et München, Carl Heymanns Verlag, 2008, § 7, IV, p. 73.

747 Voy. ainsi, sur l'engouement suscité par cette expression en droit international privé, Y. LOUS-SOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 226 et s., p. 289 et s.

748 Voy. *supra*, n° 61 et s.

749 Cette question sera examinée dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux « droits remodelés ».

750 Voy. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n° 127, p. 217 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIII, *op. cit.*, n° 286, p. 284 et s. ; R.P.D.B., t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, *op. cit.*, n° 454, p. 349 ; comp. *supra*, n° 73, à propos de la confirmation.

751 D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1027, p. 405.

752 Voy. *infra*, n° 153. Pour une comparaison des deux régimes au regard du principe constitutionnel d'égalité, voy. *infra*, n° 170 et s.

753 Voy. *supra*, n° 103.

754 On raisonne ici en faisant abstraction des exigences de la publicité foncière ; voy. à ce propos *supra*, n° 114.

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⁽⁷⁵⁵⁾.

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⁽⁷⁵⁶⁾. 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 raisonnement 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.

Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1953⁽⁷⁵⁷⁾ 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 ultérieure de l'acte accompli par le représentant sans pouvoir dans ce délai⁽⁷⁵⁸⁾.

La solution diffère partiellement *en droit allemand*. En l'absence d'un principe général de protection des droits acquis des tiers⁽⁷⁵⁹⁾, il convient de vérifier à chaque fois si le but de la loi s'oppose à la ratification de l'acte après l'expira-

755 K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 52, p. 329 et s.

756 Voy. L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, § 204, IV, n° 3, p. 1242; B. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 184, n° 6, p. 280; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 53 et s., p. 330; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 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° 153).

757 Voy. *supra*, n° 113.

758 J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 7, p. 42; *adde Pand.*, t. LXI, v° *Mandat*, *op. cit.*, n° 861, p. 797 (à propos des délais de prescription); B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, n° 427, p. 257 (qui envisage cependant la situation du tiers contractant; voy., à ce propos, *supra*, n° 110). Sur les conséquences de ce principe en matière d'actes de procédure, voy. *infra*, n° 119.

759 Voy. *supra*, n° 103.

tion du délai de rigueur⁽⁷⁶⁰⁾. Ainsi, l'exercice d'un droit de préemption⁽⁷⁶¹⁾ ou le licenciement pour motif grave d'un travailleur⁽⁷⁶²⁾ 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⁽⁷⁶³⁾. De manière générale, le Bundesgerichtshof se refuse à reconnaître le moindre effet rétroactif à la ratification d'une *Gestaltungserklärung*⁽⁷⁶⁴⁾, 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⁽⁷⁶⁵⁾.

Un important enseignement se dégage également de l'arrêt du 7 mars 1969⁽⁷⁶⁶⁾. Saisie d'un moyen qui faisait valoir qu'un 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

760 Voy. B. FRENSCH, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, §184, n° 2, p. 279; H. HEINRICH, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, §184, n° 2, p. 192; E. SCHILKEN, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §179, n° 9, p. 184; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, §51, n° 21, p. 935.

761 BGH, 15 juin 1960, *BGHZ*, vol. 32, p. 375, *NJW*, 1960, p. 1805, point II, 3, *in fine*.

762 BAG, 26 mars 1986, *NJW*, 1987, p. 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, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §180, n° 12, p. 1791).

763 BGH, 13 juillet 1973, *NJW*, 1973, p. 1789, point 4 et la doctrine majoritaire; *contra* : K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *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, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §179, n° 9, p. 184.

764 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, *NJW*, 1998, p. 3058, point II, 2, b)) ou de la résolution d'un contrat (BGH, 22 octobre 1999, *BGHZ*, vol. 143, p. 41, *NJW*, 2000, p. 506, point II, 1, b)); *contra* : K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *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.

765 K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, §15, n° 65 et s., p. 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.

766 Voy. *supra*, n° 116.

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 ⁽⁷⁶⁷⁾.

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 vis-à-vis du tiers avec lequel le représentant a traité ⁽⁷⁶⁸⁾. 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 ⁽⁷⁶⁹⁾.

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2003 réalise la synthèse de ces différentes idées ⁽⁷⁷⁰⁾.

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 onze 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 résultant 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 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;

767 J. VANANROYE, *op. cit.*, T.R.V., 2004, n° 5, p. 42.

768 Voy. *supra*, n° 87.

769 Cass., 6 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1002.

770 Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 29. Comp. la solution, plus favorable au travailleur, donnée *en droit allemand*, *supra*, note n° 762.

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 laissent perplexes dans la mesure où ils font penser à un cercle vicieux⁽⁷⁷¹⁾. 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»⁽⁷⁷²⁾.

Nous craignons de ne pas pouvoir nous rallier à cette analyse⁽⁷⁷³⁾. 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, ce qu'il fera notamment en continuant à se présenter au travail comme si aucun congé ne lui avait été notifié⁽⁷⁷⁴⁾. 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 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 puisque le congé était demeuré jusqu'à ce moment-là sans effet à son égard⁽⁷⁷⁵⁾. 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. Toutefois, 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, conformément à l'article 1998 du Code civil.

118. Absence d'autre limite à l'effet rétroactif de la ratification. 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⁽⁷⁷⁶⁾. Cette conception ne nous paraît toutefois pouvoir être accueillie qu'avec prudence en droit positif belge⁽⁷⁷⁷⁾.

On observera tout d'abord qu'elle ne trouve aucun appui ni dans le Code civil, ni dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Certes, l'absence de réac-

771 P.A. FORIERS, «Le mandat...», *op. cit.*, *Knelpunten dienstencontracten*, n° 10, p. 46.

772 P.A. FORIERS, «Actualités...», *op. cit.*, *Actualité en droit des obligations*, n° 14, p. 22.

773 Voy. également *infra*, n° 121, à propos de la ratification du congé pour motif grave.

774 Voy. en ce sens Cass., 6 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 77, analysé *supra*, n° 89; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 9, p. 272.

775 C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 2, p. 265, n° 3, p. 266 et n° 7, p. 269 et s.

776 Voy. J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.R.V.*, 2004, n° 9, p. 44; **en France**, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *op. cit.*, n° 120, p. 210; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, *op. cit.*, n° 91, p. 92; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 246, p. 181.

777 Voy. toutefois, *de lege ferenda*, *supra*, n° 99 et 115, et, en droit comparé, *supra*, n° 103 et s.

tion 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 nous paraît toutefois dangereux d'admettre le moindre automatisme en la matière. On connaît en effet la réticence de la Cour de cassation à admettre la déchéance d'un droit du seul fait de son non-exercice en l'absence d'expiration des délais de prescription⁽⁷⁷⁸⁾.

VI. CAS PARTICULIER DES ACTES DE PROCÉDURE

119. 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⁽⁷⁷⁹⁾.

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⁽⁷⁸⁰⁾. Conformément au droit commun, l'effet rétroactif de cette ratification ne pourra cependant porter atteinte aux droits acquis des tiers⁽⁷⁸¹⁾. 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⁽⁷⁸²⁾.

778 Sur le rejet de la théorie de la *rechtsverwerking*, voy. *supra*, n° 101.

779 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° 95.

780 Art. 848 et 1133, 6°, du Code judiciaire.

781 Voy. *supra*, n° 113 (le tiers, destinataire d'un acte de procédure, entre en effet dans la catégorie des tiers non consentants).

782 Voy. *supra*, n° 117.

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 de recours⁽⁷⁸³⁾. 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⁽⁷⁸⁴⁾.

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⁽⁷⁸⁵⁾. 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⁽⁷⁸⁶⁾.

Réciproquement, lorsqu'aucun délai de rigueur n'est encore expiré, le tiers ne peut se prévaloir d'aucun droit acquis.

Cette dernière solution est confirmée par un arrêt, déjà ancien, de la Cour de cassation rendu en matière de délit de chasse⁽⁷⁸⁷⁾. 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

783 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, p. 333 et s.; on rappellera qu'à cette époque, le territoire belge était encore soumis à la législation française).

784 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.

785 Voy. *supra*, n° 117.

786 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, 17 avril 1984, *NJW*, 1984, p. 2149; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, § 184, n° 14, p. 1836.

787 Cass., 26 janvier 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 150.

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⁽⁷⁸⁸⁾. 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⁽⁷⁸⁹⁾, 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⁽⁷⁹⁰⁾. Cette solution 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⁽⁷⁹¹⁾. 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 cette opinion⁽⁷⁹²⁾.

788 Cass., 10 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 168.

789 Art. 13bis L.C.S.C. (actuel art. 60 du Code des sociétés).

790 Antwerpen, 1^{er} mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181, note; voy. également Comm. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184 et s., et le commentaire de ces décisions par B. VAN BRUYSTEGEM, «Over de bekrachtiging van een *actio mandati*», p. 188 et s., note sous Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 188 et s.

791 Voy. *supra*, n° 117, à propos de l'arrêt du 7 mars 1969. 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, *op. cit.*, *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.

792 Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 35, note J. VANANROYE, *op. cit.*, 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, p. 271 et s., n° 358, p. 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

On mentionnera cependant un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1998 qui paraît faire preuve d'une sévérité particulière⁽⁷⁹³⁾. 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 «Que 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 encore dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours ordinaire⁽⁷⁹⁴⁾. 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

120. 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⁽⁷⁹⁵⁾. 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⁽⁷⁹⁶⁾.

Deuxièmement, la ratification est en principe dotée d'un effet rétroactif⁽⁷⁹⁷⁾. Celui-ci ne peut cependant avoir pour conséquence de priver les tiers des droits acquis dans l'intervalle⁽⁷⁹⁸⁾.

d'un sommaire à la *Pasicrisis*, 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)).

793 Cass., 11 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 301.

794 J. VANANROYE, *op. cit.*, T.R.V., 2004, n° 8, p. 43; voy. aussi l'arrêt du 10 mai 1996, précité à la note n° 788.

795 Voy. *supra*, n° 88 et s.

796 Voy. *supra*, n° 93.

797 Voy. *supra*, n° 105.

798 Voy. *supra*, n° 113.

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⁽⁷⁹⁹⁾.

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 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, celui-ci ne sortit en règle aucun effet interne (principal) avant la ratification, que ce soit vis-à-vis du tiers ou du représenté⁽⁸⁰⁰⁾.

121. 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 intervient 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⁽⁸⁰¹⁾, il convient tout d'abord de distinguer deux hypothèses.

1) 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.

799 Voy. *supra*, n° 116.

800 Voy. *supra*, n° 117.

801 Cons. à ce propos CLAYES & ENGELS, *La rupture du contrat de travail*, *op. cit.*, n° 42 et s., p. 59 et s.; J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence (1995 à 2001). Contrat de travail », *R.C.J.B.*, 2003, p. 117 et s., n° 70 et s., p. 224 et s.; F. KURZ, *op. cit.*, *C.D.S.*, 1997, n° 2 et s., p. 145; C. MAIRY, « Qui a le pouvoir de licencier? », *Ors.*, 2005 / 1, p. 20 et s.; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, p. 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, p. 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, p. 27 et s.; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2005-2006*, vol. II, Mechelen, Kluwer, 2006, n° 5274, p. 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, p. 273 et s., n° 42 et s., p. 282 et s.; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, n° 1008 et s., p. 702 et s.; C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 1998. Sur la jurisprudence des juges du fond, voy. *supra*, note n° 731.

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⁽⁸⁰²⁾ et la question de la ratification ne se posera pas. 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⁽⁸⁰³⁾. 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.

2) 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⁽⁸⁰⁴⁾. 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⁽⁸⁰⁵⁾.

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.

i) 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 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⁽⁸⁰⁶⁾. 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

802 Voy. C. MAIRY, *op. cit.*, Ors., 2005/1, p. 23.

803 C. MAIRY, *op. cit.*, Ors., 2005/1, p. 22; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 2, p. 265, n° 3, p. 266 et n° 10, p. 273; C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, *op. cit.*, n° 49, p. 64.

804 C. MAIRY, *op. cit.*, Ors., 2005/1, p. 23; J. PEETERS, *op. cit.*, R.W., 2004-2005, n° 4, p. 72; L. PELTZER, *op. cit.*, C.D.S., 2000, n° 3.3, p. 29.

805 Voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 3, p. 266.

806 Voy. *supra*, n° 117; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 269; L. PELTZER, *op. cit.*, C.D.S., 2000, n° 3.1, p. 28.

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 de l'acte accompli sans pouvoir en tant que tel⁽⁸⁰⁷⁾, 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⁽⁸⁰⁸⁾.

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*⁽⁸⁰⁹⁾. 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 l'effet rétroactif de la ratification sera évacuée et son congé aura été notifié en temps utile⁽⁸¹⁰⁾.

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⁽⁸¹¹⁾.

Selon l'opinion la plus extrême, *la ratification du congé aurait toujours un effet rétroactif, peu importe la date à laquelle elle intervient*⁽⁸¹²⁾. Cette thèse peut être aisément réfutée dès lors qu'elle néglige entièrement la problématique du respect des droits acquis du travailleur.

807 En effet, le travailleur ne tire pas son droit du congé notifié sans pouvoir, mais de 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).

808 Voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 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, p. 267 et s.; voy. dans le même sens, à propos du § 626 du BGB, BAG, 26 mars 1986, NJW, 1987, p. 1038 et s., spéc. p. 1039).

809 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, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 5, p. 267 et s.

810 Voy. en ce sens C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 5, p. 268; L. PELTZER, *op. cit.*, C.D.S., 2000, n° 2, p. 28.

811 Voy. l'exposé synthétique de W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2005-2006*, vol. II, *op. cit.*, n° 5274, p. 1776 et les réf. de jurisprudence citées, outre celles déjà citées *supra*, note n° 731.

812 C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, *op. cit.*, n° 51, p. 67.

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*⁽⁸¹³⁾. 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⁽⁸¹⁴⁾.

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*⁽⁸¹⁵⁾. Cette opinion se heurte de prime abord à la 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⁽⁸¹⁶⁾. Elle ne pourrait à notre sens être défendue que si, poussant jusqu'au bout la logique de la rétroactivité, on considèrerait 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

813 Voy. J. CLESSE et F. KÉFER, *op. cit.*, R.C.J.B., 2003, n° 72, p. 227 ; C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 270 ; J. PEETERS, *op. cit.*, R.W., 2004-2005, n° 4, p. 72 ; I. VAN PUYVELDE, *op. cit.*, R.W., 1998-1999, n° 49, p. 284.

814 C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 7, p. 270.

815 F. KURZ, *op. cit.*, C.D.S., 1997, n° 2, p. 145 ; voy. aussi L. PELTZER, *op. cit.*, C.D.S., 2000, n° 4, p. 30.

816 Voy. *supra*, note n° 809.

conclure à l'existence d'un droit acquis et ensuite, en raison de l'existence de ce droit, écarter le même effet rétroactif⁽⁸¹⁷⁾. 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.

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 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.

ii) 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⁽⁸¹⁸⁾. 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»⁽⁸¹⁹⁾.

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⁽⁸²⁰⁾. 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.

817 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, p. 283 et s., spéc. p. 286 ; K.-H. GURSKY, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 184, n° 37, p. 322).

818 Voy. C. PAULUS, R. BOES et G. DEBERSAQUES, *op. cit.*, *Liber Amicorum Prof. em. Krings*, n° 2, p. 265, n° 3, p. 266 et n° 7, p. 269 et s.

819 Voy. *supra*, n° 117.

820 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.

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 temps que la ratification du motif grave justifiant celui-ci. Il n'y a, par conséquent, aucun droit qui aurait pu être acquis par le travailleur dans l'intervalle ⁽⁸²¹⁾.

122. Nature 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 ⁽⁸²²⁾. En effet, la chose 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. Lorsque l'expiration de ce délai confère des droits à de véritables tiers, ceux-ci ne pourront 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 ⁽⁸²³⁾ ainsi que de la question de savoir si un contrat de travail avait bien été conclu avant l'entrée en service du travailleur ⁽⁸²⁴⁾. 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, ce qui est d'ailleurs confirmé par

821 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.

822 Voy. déjà l'opinion de HUC citée *supra*, n° 105. Sur la distinction entre effet rétroactif et effet immédiat, voy. *supra*, n° 20 et s.

823 Voy. *supra*, n° 109.

824 Voy. *supra*, n° 110.

la jurisprudence de la Cour de cassation qui paraît fermement attachée à la reconnaissance d'un tel effet rétroactif.

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⁽⁸²⁵⁾. L'effet rétroactif de la ratification d'un acte de procédure non encore désavoué est dès lors avant tout une image⁽⁸²⁶⁾.

Section III. – Condition

§ 1. Généralités

123. Notion. La condition est une modalité de l'obligation qui fait dépendre celle-ci d'un événement futur et incertain⁽⁸²⁷⁾. 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⁽⁸²⁸⁾.

Depuis 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⁽⁸²⁹⁾. Sans 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. Cette solution est confirmée par la conception moderne de la condition suspensive, qui considère que celle-ci ne suspend que les effets de l'obliga-

825 Voy. *supra*, n° 84.

826 Comp. *supra*, n° 59.

827 Voy. l'article 1168 du Code civil.

828 Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 826.

829 Voy. R. DEMOGUE, «Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance», *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 723 et s., spéc. p. 725 et s.; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 157, p. 189 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, 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, p. 75 et s., n° 4, p. 77; Y. HANNEQUART, «La Condition», *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1958, n° 37 et s., p. 358 et s.; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1223, p. 707; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, p. 821 et s., n° 6; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1219, p. 1160; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, 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° 18 et s., p. 13 et s.

tion, mais non son existence⁽⁸³⁰⁾; 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⁽⁸³¹⁾. Si l'on ne craint pas les formules à consonance philosophique, on pourra ainsi 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⁽⁸³²⁾. Cette solution était justifiée par l'idée que «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» de sorte que «le lien contractuel [fait] défaut»⁽⁸³³⁾. 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⁽⁸³⁴⁾.

830 Voy. *infra*, n° 128. 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, op. cit.*, n° 1219, p. 1160).

831 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 154, p. 227.

832 Cass., 9 février 1933 (deux espèces), *Pas.*, 1933, I, p. 103, avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ.

833 *Ibid.*, p. 124.

834 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° 135) : 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.

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⁽⁸³⁵⁾. 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»⁽⁸³⁶⁾. Cette solution se justifie parfaitement par l'idée que, dans un contrat synallagmatique, les obligations d'une partie constituent – au moins partiellement⁽⁸³⁷⁾ – la cause des obligations de l'autre partie; elles ne peuvent, dès lors, être retenues comme condition suspensive, car celle-ci, simple modalité de 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⁽⁸³⁸⁾.

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⁽⁸³⁹⁾. 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⁽⁸⁴⁰⁾.

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⁽⁸⁴¹⁾.

835 Voy. *infra*, n° 126.

836 Cass., 8 septembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 418, A.C., 2005, n° 418, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THijs; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 6, p. 80 et s.

837 Voy. Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181.

838 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, p. 146 et s., n° 15, p. 156.

839 *Ibid.*; voy. déjà R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 727; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 51 et s., p. 50 et s.; *adde* S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 401, p. 424; comp. cependant I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 23, p. 99.

840 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.

841 Voy. 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», p. 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. p. 919 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 171, p. 253 et s.; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 157, p. 190. L'étude du droit éventuel excède cependant les bornes de cette étude dès lors qu'il est généralement admis, du moins en droit positif belge (comp. la thèse de R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, Paris, L.G.D.J., 1935), qu'à la différence du droit conditionnel, le droit éventuel est étranger à toute idée de rétroactivité.

124. 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⁽⁸⁴²⁾ – ou, plus exactement, l'exigibilité de celui-ci⁽⁸⁴³⁾ – jusqu'à son avènement, à la condition résolutoire, dont la réalisation a pour effet de remettre les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé⁽⁸⁴⁴⁾.

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 dépend d'une condition suspensive⁽⁸⁴⁵⁾. 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, nous ne partageons toutefois pas l'opinion selon laquelle la seconde pourrait toujours se ramener à la première.

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⁽⁸⁴⁶⁾, il faut alors considérer que le terme «résolution» est dans ce contexte une manière commode pour désigner les obligations de restitution entre les parties.

En réalité, les partisans de l'unité de la condition s'inspirent plus ou moins consciemment de la solution qui prévalait en droit romain à l'époque classique, lequel ne connaissait qu'une seule espèce de condition,

842 Art. 1168 du Code civil.

843 Art. 1181, al. 2, du Code civil; voy. *infra*, n° 126.

844 Art. 1183 du Code civil.

845 Voy. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 649, p. 441 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 155, p. 228 (mais comp. n° 162, A, p. 240); Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 66, p. 375; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, Paris, Pichon, 1894, n° 244, p. 325 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Paris, L.G.D.J., 1931, n° 1025, p. 332 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1234, p. 1174; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, n° 138 et s., p. 115 et s. *Contra* : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 95 (mais sans justifier leur opinion).

846 *Voy. infra*, n° 126.

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)⁽⁸⁴⁷⁾. Ainsi, encore de nos jours, à l'acheteur, propriétaire sous condition résolutoire, correspondrait toujours le vendeur, propriétaire sous condition suspensive⁽⁸⁴⁸⁾.

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⁽⁸⁴⁹⁾. Elle se prête mal, en outre, à l'analyse des obligations de faire ou de ne pas faire conclues sous condition résolutoire⁽⁸⁵⁰⁾.

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⁽⁸⁵¹⁾, il n'en va pas de même lorsque la condition n'est que résolutoire : en ce cas, la nullité ne s'impose que si, en cas de réalisation de la condition, l'opération serait dépourvue de toute utilité pour les parties⁽⁸⁵²⁾. 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⁽⁸⁵³⁾.

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, la condition suspensive s'inscrit en effet dans la logique des « droits inachevés » : une fois réalisée, elle tend à donner son plein effet aux droits contractés sous condition. À l'inverse, la condition résolutoire se situe dans le domaine des « droits

847 M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, op. cit., § 10, n° 11, p. 72; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., *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*, op. cit., n° 209, p. 164.

848 Voy. en ce sens, *en droit néerlandais*, infra, n° 135.

849 Comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., 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 ».

850 Comme l'admet d'ailleurs M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 58, p. 41.

851 Art. 1174 du Code civil.

852 Voy. P.A. FORIERS, « Propos sur la condition... », op. cit., *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 11 et s., p. 123 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., n° 997, p. 840.

853 Comp. art. 16 et 209, 3°, du Code des droits d'enregistrement; voy. à ce propos M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 54, p. 38.

effacés» : son accomplissement tendra 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 se justifie à notre sens 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.

C'est pourquoi nous examinerons ci-après les effets de la réalisation de la condition suspensive et remettons à plus tard l'étude de la réalisation de la condition résolutoire, de même que de la défaillance de la condition suspensive qui tend également à l'effacement des actes accomplis par les parties⁽⁸⁵⁴⁾. En revanche, nous étudierons dans cette Section l'effet de la défaillance de la condition résolutoire, car celle-ci s'inscrit également dans la perspective de la perfection des «droits inachevés».

§2. Période intermédiaire

I. CONDITION SUSPENSIVE

125. 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*»⁽⁸⁵⁵⁾.

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 «Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution»⁽⁸⁵⁶⁾.

854 Celles-ci seront donc examinées dans le cadre de la partie de la recherche doctorale consacrée aux «droits effacés».

855 R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, *op. cit.*, n° 218, p. 223.

856 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.

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⁽⁸⁵⁷⁾.

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 »⁽⁸⁵⁸⁾. Cette inexistence du contrat impliquait, selon le ministère public, l'impossibilité de toute exécution, même partielle, du contrat *pendente condicione*⁽⁸⁵⁹⁾⁽⁸⁶⁰⁾.

126. 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⁽⁸⁶¹⁾. 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

857 Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 5 et s., p. 15 et s. ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 1, p. 9 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 244, p. 326 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1030, p. 337 ; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 5, p. 10. Comp. l'opinion nuancée de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893, n° 87, p. 106 et s.

858 Cass., 9 février 1933 (deux espèces), *Pas.*, 1933, I, p. 103, avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ, spéc. p. 124.

859 Conclusions précitées, p. 107.

860 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° *conditio*, p. 379) ! Voy. d'ailleurs les intitulés du *D.*, 28, 7, « *De condigionibus institutionum* » et *D.*, 35, 1, « *De condigionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur* ».

861 Voy. dans le même sens I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 61, p. 131 ; P.A. FORIERS, « Option... », *op. cit.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n° 21, p. 19 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Libres propos sur la défaillance de la condition suspensive », note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2009, p. 292 et s., n° 12, p. 300.

que ce sont les obligations nées du contrat qui “n’existent pas”. Ces obligations existent; ce n’est que leur exécution qui est suspendue»⁽⁸⁶²⁾.

Cette analyse a emporté la conviction de la Cour de cassation et de son ministère public. Par un arrêt 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 redevables de dommages-intérêts»⁽⁸⁶³⁾.

127. 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⁽⁸⁶⁴⁾. On souligne en effet que l’une des caractéristiques essentielles de la

862 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, 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, al. 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).

863 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 conditione”*», p. 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*», p. 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?*», p. 108 et s.; Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103, somm. (les motifs de l’arrêt ne font en réalité 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° 123 et la note n° 840); 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; *adde* concl. de M. l’avocat général D. THIJS avant Cass., 25 mai 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1034 et s., 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, p. 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; celui-ci sera examiné en détail dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux «*droits effacés*».

864 Voy. X. DIEUX, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1984, n° 13, p. 154; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d’un immeuble*, n° 13, p. 87; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 821 et s., n° 6; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1215, p. 1739 et s.; *adde* les

condition est de constituer pour les parties *un instrument de prévision de l'avenir*⁽⁸⁶⁵⁾. 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 1881, 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⁽⁸⁶⁶⁾, 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;

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 dessaisi 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*»⁽⁸⁶⁷⁾.

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° 128) : P. GÉRARD, *op. cit.*, R.C.J.B., 1990, n° 3, p. 111 et s.; J. HERBOTS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, n° 5, p. 209; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 173, p. 118; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, R.C.J.B., 2009, n° 13, p. 301; voy. également J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 153 et s., p. 182 et s. **En France**, voy., dans un sens similaire à la solution consacrée par l'arrêt du 5 juin 1881, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 653, p. 446; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1230, p. 1170 et s. (le droit conditionnel existe, quoique uniquement en germe).

865 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 155, p. 186; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 2, p. 76; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1223, p. 707; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 4, p. 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*, *op. cit.*, n° 824, p. 324.

866 Voy. cependant le commentaire de cette décision sous l'angle du droit des libéralités fait par J. SACE, «Les libéralités. Dispositions générales», *Rép. not.*, t. III, I. VI, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 238, p. 252.

867 Cass., 27 mars 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 68, avec les conclusions de M. l'avocat général PLAISANT (nous soulignons).

128. Existence de l'obligation conditionnelle – 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⁽⁸⁶⁸⁾.

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⁽⁸⁶⁹⁾.

Cette controverse nous paraît se résumer essentiellement à une querelle de mots⁽⁸⁷⁰⁾.

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⁽⁸⁷¹⁾. Du reste, tous les 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⁽⁸⁷²⁾, susceptible notamment d'être transmis et de bénéficier de garanties, et qu'ils qualifient de « droit en germe »⁽⁸⁷³⁾, d'« éventualité »⁽⁸⁷⁴⁾ ou de « droit éventuel »⁽⁸⁷⁵⁾, de « droit présent à l'acquisition du droit futur »⁽⁸⁷⁶⁾, d'« espérance

868 Outre l'arrêt de principe du 5 juin 1981 qui décidait déjà que « lorsqu'une obligation est contractée 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).

869 Voy. P. GÉRARD, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 4 et s., p. 114 et s.; J. HERBOTS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 8, p. 210 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 174, p. 119; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 13, p. 301.

870 Comme le souligne M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, n° 208, p. 256 et s.

871 Il est vrai que, comme le souligne P. GÉRARD (*op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 12 et s., p. 121 et s.), certaines différences minimales subsistent entre le régime de l'obligation à terme 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).

872 Pour la même observation, E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 43, p. 43. **En droit allemand**, ce constat se trouve à la base de l'*Anwartschaftslehre* (voy. à ce propos *infra*, n° 134).

873 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 158, p. 237; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 13, p. 302.

874 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 11, p. 19 et s.

875 Voy. J. HERBOTS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 9, p. 211 et s.; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 87, p. 107; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1032, p. 339.

876 Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 212, p. 416.

juridiquement protégée»⁽⁸⁷⁷⁾ ou encore de «lien de droit» qui n'est «pas [...] le néant juridique»⁽⁸⁷⁸⁾. Les hésitations terminologiques soulignent du reste l'imprécision du concept.

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⁽⁸⁷⁹⁾. Comme l'expose le Professeur DIEUX, «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»⁽⁸⁸⁰⁾.

129. Effets de l'obligation *pendente condicione* – Suspension de l'exécution de l'obligation. La principale caractéristique de l'obligation avant l'avènement de la condition est son inexigibilité⁽⁸⁸¹⁾.

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⁽⁸⁸²⁾, 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⁽⁸⁸³⁾. Pour la même

877 «een juridisch beschermde verwachting» (M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 174, p. 119).

878 Voy. P. GÉRARD, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 12, p. 122, et n° 17, p. 127; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2009, n° 14, p. 302.

879 Comp., dans un sens similaire, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 208, p. 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; dans le même sens, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1217, p. 1744.

880 X. DIEUX, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1984, n° 11, p. 153.

881 Sur les conséquences de ce principe, cons., outre les réf. citées ci-après, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 159, p. 238; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 214 et s., p. 417 et s.; J. HERBOTS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 8, p. 210 et s.; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 91 et s., p. 111 et s.; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 6, p. 10 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 161 et s., p. 110 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *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*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 110 et s.; L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 741, p. 360; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, Paris, Sirey, 1962, n° 753, p. 763; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 406 et s., p. 426 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1030, p. 337 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1230, p. 1170 et s.

882 Cass., 18 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 337; 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).

883 F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1230, p. 1172, note n° 2. On rappellera à cet égard que les renonciations sont de stricte interprétation (voy. *supra*, note n° 250). Par ailleurs, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 268 et s., p. 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.

raison, l'obligation conditionnelle n'entre pas dans les conditions d'une compensation légale⁽⁸⁸⁴⁾. Le créancier conditionnel ne peut pas non plus exercer son droit par la voie de l'action oblique⁽⁸⁸⁵⁾. Enfin, étant incapable d'agir, la prescription extinctive ne court pas contre lui⁽⁸⁸⁶⁾.

Sur le plan réel, l'obligation affectée d'une condition suspensive n'entraîne ni transfert de propriété⁽⁸⁸⁷⁾, ni transfert des risques⁽⁸⁸⁸⁾ 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 et que la condition vient à se réaliser⁽⁸⁸⁹⁾. 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.

130. Effets de l'obligation *pendente condicione* – Existence de l'obligation. Dans la conception moderne, la position du créancier conditionnel ne relève pas du néant juridique⁽⁸⁹⁰⁾.

884 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 161, p. 111.

885 La majorité des auteurs lui dénie également le droit d'introduire l'action paulienne. Voy. cependant M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 161, p. 110 et s.

886 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° 130) mais le législateur n'a pas voulu lui imposer les frais d'un exploit d'huissier alors que la réalisation de la condition est encore incertaine à ce stade (voy. Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 322, p. 448; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 196, p. 130).

887 Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417.

888 Art. 1182 du Code civil.

889 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 202, p. 245 et s.

890 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 réf. citées ci-après, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 176 et s. et n° 201 et s.; X. DIEUX, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1984, n° 11 et s., p. 153 et s.; P. GÉRARD, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 3, p. 112 et s.; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 29, p. 103 et s.; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 218 et s., p. 418; J. HERBOTS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 9, p. 210 et s.; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 740, p. 359; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 406 et s., p. 427 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1230, p. 1170 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1217, p. 1744 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 165 et s., p. 113 et s.

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⁽⁸⁹¹⁾.

Ensuite, le créancier est déjà titulaire d'un droit, qu'il peut céder entre vifs ou à cause de mort⁽⁸⁹²⁾ et qui peut être saisi par ses propres créanciers⁽⁸⁹³⁾. Ce droit ne sera en principe pas affecté par une loi nouvelle⁽⁸⁹⁴⁾ et le créancier conditionnel peut d'ores et déjà se faire consentir des sûretés en garantie de ce droit⁽⁸⁹⁵⁾.

D'autre part, chacune des parties est tenue par la loi du contrat, et ne peut donc unilatéralement modifier ou résilier celui-ci⁽⁸⁹⁶⁾. Plus largement, le débiteur ne peut ni empêcher la réalisation de la condition⁽⁸⁹⁷⁾, ni empêcher l'exécution de l'obligation conditionnelle au cas où la condition se réaliserait⁽⁸⁹⁸⁾. Il doit, à ce titre, admettre que le créancier conditionnel accomplisse d'ores et déjà des actes conservatoires de son droit⁽⁸⁹⁹⁾ et, étant tenu d'une obligation de conservation de la chose cédée sous condition⁽⁹⁰⁰⁾, il doit répondre de la perte de celle-ci résultant de sa

891 *En droit allemand*, M. BRINKMANN, «§§ 145-164», *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 183 et s., § 158, n^o 23, p. 214; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, op. cit., § 50, n^o 33, p. 921; H.P. WESTERMANN, «§§ 158-163», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, p. 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.

892 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'un service public et au transfert de son personnel à une autre personne morale de droit public, la Cour de cassation a décidé qu'«En 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).

893 Art. 1446 et 1539 du Code judiciaire.

894 À moins qu'elle soit rétroactive ou ne s'applique immédiatement aux contrats en cours (questions qui seront examinées dans la partie de la recherche doctorale consacrée aux «droits remodelés»).

895 Arg. art. 80, al. 2, de la loi hypothécaire.

896 Art. 1134, al. 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 127); *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*, op. cit., § 50, n^o 46, p. 925; H.P. WESTERMANN, op. cit., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 158, n^o 39, p. 1585.

897 Art. 1178 du Code civil. Voy. M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., *R.C.J.B.*, 2009, n^o 16 et s., p. 303 et s.

898 *En droit allemand*, K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, op. cit., § 50, n^o 45, p. 925.

899 Art. 1180 du Code civil.

900 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, op. cit., n^o 101, p. 122.

faute⁽⁹⁰¹⁾. Ainsi, s'il dispose de la chose et que la condition se réalise, il sera tenu de dommages-intérêts vis-à-vis du créancier conditionnel⁽⁹⁰²⁾. Ces devoirs peuvent se ramener au principe de l'exécution de bonne foi de l'obligation conditionnelle⁽⁹⁰³⁾.

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 »⁽⁹⁰⁴⁾. Au titre de ces mesures⁽⁹⁰⁵⁾, 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⁽⁹⁰⁶⁾, assigner celui-ci en reconnaissance de son droit⁽⁹⁰⁷⁾ ou en vérification d'écriture ou de signature, demander l'apposition des scellés⁽⁹⁰⁸⁾ ou l'établissement d'un inventaire⁽⁹⁰⁹⁾, intervenir dans un partage⁽⁹¹⁰⁾, faire constater l'absence de son débiteur⁽⁹¹¹⁾, provoquer la nomination

901 Art. 1182 *in fine* du Code civil; voy., **en droit allemand**, le § 160 du BGB; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 842, p. 331.

902 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 202, p. 245 et s.

903 Art. 1134, al. 3, et 1135 du Code civil.

904 R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 231 et s., spéc. p. 283.

905 Pour une énumération de ces mesures conservatoires, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 202, p. 247; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 160, p. 238 et s.; P. GÉRARD, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1990, n° 12, p. 122 et s.; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 221 et s., p. 418 et s.; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 89, p. 108 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 166 et s., p. 114 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *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*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 114 et s.; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 653, p. 446; R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 249 et s.; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 259, p. 345 et s.; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, *op. cit.*, n° 754, p. 764; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 406, p. 427; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1032 et s., p. 339 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1230, p. 1171 et s.

906 Distribution par contribution, ordre, faillite, etc. En pratique, les sommes qui lui reviennent devront être consignées à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à l'avènement ou la défaillance de la condition.

907 Comp. art. 3:296, al. 2, NBW : « *Hij die onder een voorwaarde of een tijdsbepaling tot iets is gehouden, kan onder die voorwaarde of tijdsbepaling worden veroordeeld* ».

908 Sur ce que ce droit appartient aux créanciers, voy. l'article 1148 du Code judiciaire.

909 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.

910 Sur ce que ce droit appartient aux créanciers, voy. les articles 882 du Code civil et 1561 du Code judiciaire.

911 Demande ouverte à toute personne intéressée (art. 112, § 1^{er}, et 118, § 1^{er}, du Code civil).

d'un tuteur⁽⁹¹²⁾ ou encore demander la séparation des patrimoines en cas de décès du débiteur conditionnel⁽⁹¹³⁾.

Enfin, on ne perdra pas de vue qu'à côté de l'obligation conditionnelle, le contrat peut également donner naissance à des 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⁽⁹¹⁴⁾. On peut également songer aux clauses compromissaires, d'élection de for ou de droit applicable qui, par nature, doivent sortir leurs effets dès avant la réalisation de la condition⁽⁹¹⁵⁾.

131. Suite – 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 »⁽⁹¹⁶⁾. 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⁽⁹¹⁷⁾. 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 approuvé 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.

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⁽⁹¹⁸⁾. En l'occurrence, l'acquéreur d'un fonds de commerce s'était abstenu d'accomplir les

912 Art. 389, al. 2, du Code civil renvoyant à l'article 1236bis du Code judiciaire qui prévoit que le procureur du Roi agit à la demande de toute personne intéressée.

913 Sur ce que ce droit appartient aux créanciers, voy. l'article 878 du Code civil.

914 Cons. à ce propos J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 198, p. 240 et s., et n° 201, p. 243 et s.; X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 12, p. 153 et s.; P. GÉRARD, *op. cit.*, R.C.J.B., 1990, n° 3, p. 112 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 173, p. 118 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, R.C.J.B., 2009, n° 19, p. 305 et s. On peut considérer, à cet égard, qu'une obligation de donner conclue sous condition implique automatiquement une obligation de conservation qui est quant à elle immédiatement exigible (voy. et comp. art. 1136 et 1182 du Code civil).

915 P.A. FORTIERS, « Option... », *op. cit.*, *Le patrimoine immobilier familial*, n° 21, p. 19.

916 Décision précitée à la note n° 863. Voy. dans le même sens Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103, somm.

917 Sur ce qu'il ne s'agit pas d'une véritable condition, voy. *supra*, n° 123.

918 Cass., 15 mai 1986, R.C.J.B., 1990, p. 106, note P. GÉRARD.

démarches nécessaires à l'obtention du prêt auquel était subordonnée la cession du fonds ⁽⁹¹⁹⁾.

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 » ⁽⁹²⁰⁾.

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 ⁽⁹²¹⁾.

II. CONDITION RÉSOLUTOIRE

132. Régime. La question ayant suscité moins d'intérêt que le statut de l'obligation sous condition suspensive ⁽⁹²²⁾, on enseigne généralement que, *pendente condicione*, tout se passe comme si l'obligation sous condition résolutoire était pure et simple ⁽⁹²³⁾. Ce ne serait dès lors qu'en cas de réalisation de la condition que la spécificité de cette obligation se manifesterait ⁽⁹²⁴⁾. La situation serait donc similaire à celle de l'obligation nulle qui,

919 Selon P. GÉRARD, *op. cit.*, R.C.J.B., 1990, n° 1, p. 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 (art. 1178 du Code civil) et que c'est l'inexécution de la dette de prix qui justifiait la résolution de la convention. Toutefois, dès lors que l'obligation inexécutée ne serait pas la même, cette solution aurait à notre sens entraîné des conséquences légèrement différentes. Ainsi, par exemple, dans le raisonnement suivi par la Cour, l'obligation inexécutée était une obligation de faire – à savoir l'obligation de faire diligence pour l'obtention d'un prêt –, dont l'inexécution donne lieu à des intérêts compensatoires, à la différence de la dette du prix qui, étant une dette de somme, génère des intérêts moratoires.

920 Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 174.

921 Cass., 8 décembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 631, somm. (texte intégral disponible sur www.juridat.be).

922 Voy. cependant M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 210 et s., p. 138 et s.

923 Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 148, p. 177; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 158, p. 236; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 219 et s., p. 419; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 104, p. 124; **en France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 120; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 653, p. 446; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 1, p. 10; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1234, p. 1174.

924 On avance à cet égard l'article 1183, al. 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 ».

sous réserve de la menace de l'annulation, sortit provisoirement les mêmes effets qu'une obligation valable ⁽⁹²⁵⁾.

Cet enseignement nous paraît devoir être nuancé dès lors que, de la même manière que la condition suspensive ⁽⁹²⁶⁾, 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 néanmoins 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 ⁽⁹²⁷⁾, 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 ⁽⁹²⁸⁾.

Sans vouloir répéter ce que nous avons dit sur le régime de la condition suspensive, on relèvera seulement que, vis-à-vis des tiers, l'acquéreur sous condition résolutoire est considéré tant que la condition est pendante comme seul propriétaire de la chose ⁽⁹²⁹⁾. 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 ⁽⁹³⁰⁾. On reconnaît enfin au débiteur sous condition résolutoire le pouvoir d'accomplir les

925 Voy. *supra*, n° 51. Pour un rapprochement de ces deux situations *en droit allemand*, voy. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB, op. cit.*, n° 492, p. 196, qui y voit deux formes de *schwebende Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts* (efficacité provisoire de l'acte juridique).

926 Voy. *supra*, n° 127.

927 Voy. *supra*, n° 129 et s.

928 S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, op. cit.*, n° 418, p. 438 et s. 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° 124.

929 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».

930 Application analogique de l'article 1178 du Code civil; voy. sur ce point J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht, op. cit.*, n° 182, p. 222 et s.

actes conservatoires du droit dont il bénéficierait en cas de réalisation de la condition ⁽⁹³¹⁾.

Bien qu'il soit généralement considéré comme une disposition d'exception et, partant, d'interprétation restrictive ⁽⁹³²⁾, 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.

§3. Effets de la réalisation de la condition suspensive

I. APERÇU GÉNÉRAL

133. Droits belge et français. Aux termes de l'article 1179 du Code civil, «La 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. Malgré cela, l'effet rétroactif de la condition fait l'objet d'une controverse classique en droit civil qui se prolonge encore aujourd'hui ⁽⁹³³⁾.

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

931 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 202, p. 247; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 109, p. 126; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 214, p. 140; **en France** : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 120; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1234, p. 1174.

932 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, *op. cit.*, n° 393, A, p. 465.

933 Voy. ainsi la récente thèse de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, dont la seconde partie est entièrement consacrée aux mérites et aux défauts de la rétroactivité de la condition.

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*.

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⁽⁹³⁴⁾, celle qui lui dénie au contraire toute utilité en droit positif⁽⁹³⁵⁾ et enfin celle, aujourd'hui dominante, qui lui reconnaît une certaine place justifiée par l'idée de protection du créancier conditionnel⁽⁹³⁶⁾. Nous examinerons ensuite la possibilité pour les parties de déroger à l'effet rétroactif⁽⁹³⁷⁾, avant d'examiner en détail les conséquences de la réalisation de la condition, tant entre parties (III) qu'à l'égard des tiers (IV).

134. Droit allemand. 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*). Le §159 confirme *a contrario* cette solution en permettant, par exception, aux parties de reporter les effets de l'acte à une date antérieure. Pareille stipulation se déduit du contenu de l'acte et peut donc être expresse aussi bien que tacite⁽⁹³⁸⁾. 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.

934 Voy. *infra*, n° 136.

935 Voy. *infra*, n° 138.

936 Voy. *infra*, n° 140.

937 Voy. *infra*, n° 141.

938 R. BORK, «§§158-163», *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz 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 en outre 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, *NJW*, 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* ⁽⁹³⁹⁾. Quant à la rétroactivité du § 159, elle est pour le moins limitée puisqu'elle est de nature purement personnelle et non réelle ⁽⁹⁴⁰⁾. 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 serait dépourvue d'effet envers les tiers ⁽⁹⁴¹⁾.

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 de 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*» ⁽⁹⁴²⁾. 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 la disposition de la chose découle d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du patrimoine du débiteur ⁽⁹⁴³⁾. 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 ⁽⁹⁴⁴⁾. Par ailleurs, on assimile aux actes de disposition du débiteur le droit de gage d'origine légal,

939 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, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 158, n° 3, p. 728; M. BRINKMANN, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 158, n° 21, p. 213; L. ENNECERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, § 198, I, n° 1, p. 1203; H. HEINRICH, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 159, p. 167; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 50, n° 35, p. 922; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 839, p. 330.

940 R. BORK, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 159, n° 1, p. 734; M. BRINKMANN, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 159, n° 2, p. 214; L. ENNECERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, § 198, I, n° 4, p. 1204; H. HEINRICH, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 159, p. 167; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 50, n° 39, p. 923; H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 159, n° 2, p. 1597.

941 M. BRINKMANN, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 159, n° 2, p. 214.

942 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.

943 § 161, al. 1^{er}, 2^e phrase.

944 Voy. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 843, p. 332.

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⁽⁹⁴⁵⁾.

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⁽⁹⁴⁶⁾ ou sont simplement neutres⁽⁹⁴⁷⁾. En outre, elle ne vaut que sous réserve de la protection reconnue à l'acquéreur de bonne foi⁽⁹⁴⁸⁾. 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⁽⁹⁴⁹⁾. 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⁽⁹⁵⁰⁾.

Ces dispositions légales sont comprises par la majorité de la doctrine comme étant à la base de l'*Anwartschaftslehre*⁽⁹⁵¹⁾. En substance, 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⁽⁹⁵²⁾.

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 suivants avec la rétroactivité de la condition (*Pendenztheorie*)⁽⁹⁵³⁾. Ils estiment à cet égard que

- 945 Voy. R. BORK, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 161, n° 10, p. 743; M. BRINKMANN, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 161, n° 5, p. 216; H. HEINRICH, *op. cit.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, § 161, n° 1, p. 168; *contra* : H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 13, p. 1605, pour qui le bailleur devrait pouvoir opposer sa bonne foi conformément au § 161, al. 3.
- 946 Telle que la suppression d'une charge réelle grevant la chose cédée (M. BRINKMANN, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 161, n° 1, p. 215).
- 947 Tel que le fait d'assortir la créance cédée sous condition d'une garantie (H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 12, p. 1605).
- 948 § 161, al. 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*, *op. cit.*, n° 843, p. 332). Pour une illustration, voy. K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 50, n° 56, p. 927.
- 949 K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 56, n° 35, p. 927; H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 19, p. 1607.
- 950 § 816, al. 1^{er}, 2^e phrase, du BGB; L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *op. cit.*, § 198, I, n° 2, p. 1204; H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 19, p. 1607.
- 951 Pour une bonne présentation de cette théorie, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 450 et s.
- 952 M. BRINKMANN, *op. cit.*, *BGB Kommentar*, § 161, n° 12, p. 216; H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 158, n° 39, p. 1585.
- 953 M. ARMGARDT, «Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht», *AcP*, 2006, p. 654 et s.; E. EICHENHOFER, «Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum», *AcP*, 1985, p. 162 et s.

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⁽⁹⁵⁴⁾. Dès lors, le principal intérêt de l'exclusion de l'effet rétroactif de la condition est réduit à néant par le § 161⁽⁹⁵⁵⁾. La confrontation du BGB et du Code Napoléon sur ce point révèle ainsi 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.

135. Droit néerlandais. 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, al. 2⁽⁹⁵⁶⁾ et 6:22⁽⁹⁵⁷⁾ du NBW). La loi présente sur ce point un caractère impératif, du moins sur le plan réel⁽⁹⁵⁸⁾. 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⁽⁹⁵⁹⁾, en réglant par exemple le sort des fruits perçus *pendente condicione*⁽⁹⁶⁰⁾.

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 « *Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen* ».

Cette disposition en apparence simple a donné lieu à des constructions doctrinales pour le moins sophistiquées.

Une première question qui a préoccupé les auteurs est celle de savoir quelle est l'obligation précise affectée de la condition⁽⁹⁶¹⁾.

- 954 M. ARMGARDT, *op. cit.*, AcP, 2006, p. 665; E. EICHENHOFER, *op. cit.*, AcP, 1985, p. 193; voy. cependant R. BORK, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, § 161, n° 12, p. 744, pour qui l'inefficacité prévue par le § 161 produit ses effets *ex nunc*.
- 955 Voy. également en ce sens K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 50, n° 35, p. 922; H.P. WESTERMANN, *op. cit.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 161, n° 2, p. 1601.
- 956 « *De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht* ».
- 957 « *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* ».
- 958 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 223, p. 188; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. VI, vol. I*, *op. cit.*, n° 183, p. 138.
- 959 Comp. § 159 du BGB; voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 223, p. 188.
- 960 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 223, p. 188; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. VI, vol. I*, *op. cit.*, n° 183, p. 139.
- 961 Sur cette question, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 395 et s., spéc. n° 416.

On sait à cet égard que le droit néerlandais repose sur un système de transfert de la propriété à la fois dualiste et causal⁽⁹⁶²⁾ : dualiste, parce que, comme en droit allemand (*Trennungsprinzip*) mais à la différence du système moniste franco-belge où le contrat 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⁽⁹⁶³⁾ ; 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 ?

Une position minoritaire consiste à soutenir que les deux actes juridiques sont affectés de la condition⁽⁹⁶⁴⁾. 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'elles transmettent est néanmoins soumis à la condition⁽⁹⁶⁵⁾. 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⁽⁹⁶⁶⁾. Selon eux, la condition affecterait dès lors non pas le titre, mais la cession et la livraison proprement dites⁽⁹⁶⁷⁾.

Au-delà de ces discussions qui présentent un caractère en réalité fort académique⁽⁹⁶⁸⁾, il existe cependant un large consensus quant au régime de la condition.

962 Cons. à ce propos J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, op. cit., n° 340 et s. ; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009, n° 23 et s., p. 19.

963 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.

964 Voy. H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, op. cit., n° 413, p. 353.

965 Voy. J. HIJMA et M. OLTHOF, op. cit., *W.P.N.R.*, 1982, n° 4, p. 260 ; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEIS-TERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, op. cit., n° 121, p. 100 ; A.H. SCHEL-TEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, op. cit., p. 322 et s.

966 Réciproquement, en cas de condition résolutoire, la résolution de l'obligation ne suffirait pas à expliquer la restitution de la chose ayant fait l'objet d'une tradition inconditionnelle, puisque l'obligation s'était déjà éteinte par son exécution. Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, *Goederenrecht*, vol. I, *Algemeen goederenrecht*, 14^e éd. par F.H.J. MIJNSSEN et P. DE HAAN, Deventer, Kluwer, 2001, n° 218, p. 180.

967 Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, op. cit., n° 218, p. 179 et s. ; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, op. cit., p. 139 ; pour une critique de cette opinion, cons. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, op. cit., n° 410 et s.

968 Voy. dans le même sens A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, op. cit., p. 314.

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⁽⁹⁶⁹⁾. Cette précision a été rendue nécessaire par la suppression de l'effet rétroactif de la condition⁽⁹⁷⁰⁾. 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⁽⁹⁷¹⁾. 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⁽⁹⁷²⁾.

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 au profit du vendeur initial en cas de réalisation de la condition⁽⁹⁷³⁾. 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*⁽⁹⁷⁴⁾ ou en cas de saisie sur la chose⁽⁹⁷⁵⁾.

- 969 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 182 et s.; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 121, p. 100.
- 970 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 183.
- 971 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 223, p. 187; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. VI, *Verbintenissenrecht*, vol. I*, *De verbintenissen in het algemeen, eerste gedeelte*, 13^e éd. par A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, Deventer, Kluwer, 2008, n° 184, p. 139; J. HIJMA et M. OLTHOF, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, n° 122, p. 101.
- 972 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 183; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. VI, vol. I*, *op. cit.*, n° 184, p. 139; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, *op. cit.*, p. 166; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 122, p. 101; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, *op. cit.*, 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*, t. VI, vol. I*, *op. cit.*, n° 184, p. 140; J. HIJMA et M. OLTHOF, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, n° 124, p. 104).
- 973 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 183; J. HIJMA et M. OLTHOF, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, n° 122, p. 102.
- 974 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 184; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 122, p. 102.
- 975 W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 122, p. 103.

Les droits des tiers de bonne foi sont cependant garantis⁽⁹⁷⁶⁾. 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⁽⁹⁷⁷⁾. S'agissant d'un immeuble, la condition ne leur sera opposable que si elle a été transcrite dans le registre foncier⁽⁹⁷⁸⁾. 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⁽⁹⁷⁹⁾.

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⁽⁹⁸⁰⁾. Quant à l'acquéreur, il ne se voit reconnaître par certains auteurs qu'une « espérance de propriété » (*eigendomsverwachting*)⁽⁹⁸¹⁾, voire plutôt, selon la doctrine majoritaire, un véritable droit réel sous condition suspensive⁽⁹⁸²⁾. Quoi qu'il en soit, l'effet réel de la condition suspensive est ainsi garanti⁽⁹⁸³⁾. 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⁽⁹⁸⁴⁾ et que la faillite du vendeur ne pourra porter atteinte aux droits acquis sous condition

- 976 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. VI, vol. I*, *op. cit.*, n° 184, p. 139; J. HIJMA et M. OLTHOF, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, n° 123, p. 104.
- 977 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 183 et s.; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 123, p. 104.
- 978 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 184; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 123, p. 104.
- 979 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*, *op. cit.*, n° 123, p. 104; adde C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 220, p. 184.
- 980 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 223, p. 189; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, *op. cit.*, p. 142; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 125, p. 105; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 411, p. 350.
- 981 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 222, p. 185.
- 982 J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, *op. cit.*, p. 147 et s.; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 125, p. 105; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 411, p. 350; T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, *op. cit.*, p. 557.
- 983 Cette solution est généralement justifiée par référence à l'article 3:84, al. 4. Voy. cependant J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, *op. cit.*, 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, al. 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.
- 984 C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, *op. cit.*, n° 223, p. 188; W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, *op. cit.*, n° 126, p. 105.

par l'acquéreur⁽⁹⁸⁵⁾. Ici également, les tiers de bonne foi seront néanmoins protégés⁽⁹⁸⁶⁾.

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⁽⁹⁸⁷⁾. 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 assurait autrefois⁽⁹⁸⁸⁾. Ceci conduit d'ailleurs une partie de la doctrine à regretter la suppression de l'effet rétroactif de la condition, envisagé comme un mécanisme «plus simple, plus clair et plus élégant»⁽⁹⁸⁹⁾.

II. FONDEMENT ET LIMITES

136. 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⁽⁹⁹⁰⁾. 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»⁽⁹⁹¹⁾. Sur la

985 J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, op. cit., p. 141; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, op. cit., n° 415, p. 354; T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, op. cit., p. 557.

986 W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, op. cit., n° 127, p. 106; H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, op. cit., n° 415, p. 355.

987 Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, op. cit., n° 223, p. 187; J. HIJMA et M. OLTJHOF, op. cit., *W.P.N.R.*, 1982, n° 4, p. 260; J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, op. cit., p. 150 et s.; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, op. cit., p. 348 et s.

988 Voy. C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. III, vol. I, op. cit., n° 223, p. 188.

989 «*eenvoudiger, duidelijker en fraaiër*» (A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, op. cit., p. 299 et s., spéc. p. 304).

990 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, op. cit., 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, p. 91 et s.; dans le même sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, op. cit., n° 742, p. 361).

991 *Ibid.*, n° 84, p. 101. Adde H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., 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.

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*⁽⁹⁹²⁾ et que les baux conclus par lui pendant cette période doivent tomber en cas de réalisation de la condition⁽⁹⁹³⁾.

Dans un ordre d'idées similaire, 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⁽⁹⁹⁴⁾. Par conséquent, l'arrivée de la condition aboutirait à confirmer ces droits plutôt qu'à les faire naître, et cette confirmation se produirait nécessairement avec effet rétroactif⁽⁹⁹⁵⁾.

137. 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⁽⁹⁹⁶⁾.

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⁽⁹⁹⁷⁾. 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⁽⁹⁹⁸⁾.

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⁽⁹⁹⁹⁾. Si la rétroactivité

992 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 84, p. 99 et s.

993 *Ibid.*, n° 82, p. 95 et s.

994 Voy. par exemple A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 656, p. 447 (qui nient cependant l'utilité du concept de rétroactivité : voy. *infra*, n° 138); E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 53, p. 55.

995 Voy. R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 231 et s., spéc. p. 241, qui ne partage cependant pas cette analyse; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 742, p. 361, pour qui « l'événement mis *in conditionne* est simplement *déclaratif* des obligations ».

996 Voy. dans le même sens R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 243. Comp., à propos de l'effet rétroactif de la ratification, *supra*, n° 107.

997 Voy. *supra*, n° 18.

998 On ajoutera que faire reposer la rétroactivité sur l'intention présumée des parties est assurément divinatoire (voy. A. CHAUSSE, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 541; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 659, p. 449 et s.; R. HOUIN, *op. cit.*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, p. 249).

999 Voy. à ce propos *infra*, n° 148 et s.

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 «La 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 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⁽¹⁰⁰⁰⁾.

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»⁽¹⁰⁰¹⁾.

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⁽¹⁰⁰²⁾. 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. Ultrieurement, 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⁽¹⁰⁰³⁾; 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⁽¹⁰⁰⁴⁾...

1000 Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 302 et s., p. 215 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., n° 1219, p. 1749.

1001 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 193, p. 148. Belle victoire de l'argument d'autorité...

1002 Bruxelles (réf.), 15 juillet 1998, R. W., 1999-2000, p. 608.

1003 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° 141) 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.

1004 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.

138. 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⁽¹⁰⁰⁵⁾. La rétroactivité de la condition ne serait donc qu'une illusion⁽¹⁰⁰⁶⁾.

Ces auteurs font valoir qu'en adoptant l'article 1179 du Code civil, le législateur n'a fait que consacrer l'enseignement de POTHIER⁽¹⁰⁰⁷⁾, qui se référerait à la loi romaine. Or, POTHIER aurait non seulement mal interprété le droit romain⁽¹⁰⁰⁸⁾, 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 «De 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»⁽¹⁰⁰⁹⁾ et que «C'est encore une suite de l'effet rétroactif des conditions, que si l'engagement conditionnel 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 longtemps après»⁽¹⁰¹⁰⁾.

1005 Voy. A. CHAUSSE, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 538 et s.; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 658, p. 448 et s.; R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *op. cit.*, n° 82 et s., p. 51 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 226 et s., p. 146 et s. Adde J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 236, p. 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° 22; cette question ne sera toutefois pas approfondie dans cette étude qui ne traite pas de la rétroactivité des «droits effacés»); 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, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 249 et s., qui peut cependant être vu comme le précurseur de la thèse que nous qualifions de médiane (*infra*, n° 140).

1006 Sur cette conception de la rétroactivité, voy. *supra*, n° 13.

1007 R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, *op. cit.*, 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».

1008 Voy. A. CHAUSSE, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 539 et s.; R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *op. cit.*, n° 83 et s., p. 52 et s. La question est en réalité controversée (voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 96 et s., p. 88 et s.); mais, quoi qu'il en soit, l'argument historique n'est guère déterminant (R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 167).

1009 R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, *op. cit.*, n° 220, p. 224.

1010 *Ibid.*, n° 221, p. 224. Dans le même sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 742, p. 361; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 203, p. 189.

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⁽¹⁰¹¹⁾. 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⁽¹⁰¹²⁾. 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⁽¹⁰¹³⁾, 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⁽¹⁰¹⁴⁾.

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 d'administration⁽¹⁰¹⁵⁾. 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.

1011 Voy. *supra*, n° 130.

1012 Voy. R. DEKKERS, *La fiction juridique*, *op. cit.*, n° 84, p. 52; X. DIEUX, *op. cit.*, 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, p. 145 et s., républié dans *Dr. banc. fin.*, 2006, p. 296 et s., spéc. p. 298; M. WAUTERS, «De hypotheek voor "alle sommen". Een kritische analyse», *Jur. Falc.*, 1996-1997, p. 691 et s., II, B, 2, et les réf. citées à la note n° 78.

1013 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 166, p. 246; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 203, p. 188; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 758, p. 767; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 378, p. 402.

1014 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 203, p. 248; X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 8, p. 151; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 180, p. 121.

1015 Voy. *infra*, n° 147 et s. et n° 155.

139. 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.

D'une part, 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 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, et le cas échéant contre l'acquéreur s'il peut démontrer sa tierce complicité⁽¹⁰¹⁶⁾. En d'autres termes, un tel accord demeure cantonné 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⁽¹⁰¹⁷⁾ montre que ce résultat ne peut être atteint par le seul

1016 Voy., à propos de la clause de réserve de propriété, G. VERSCHULDEN, «Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden», *A.J.T.*, 1998-1999, p. 821 et s., n° 13 et s., p. 824; à propos de la promesse de vente, J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, op. cit., n° 324, p. 384; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, op. cit., n° 284, p. 377 et s.; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 461, p. 312; R. HOUIN, op. cit., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. 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, p. 97 et s., n° 30, p. 104; 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, p. 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, p. 481 et s., n° 5, p. 483; à la promesse de vente, voy. R. DEMOGUE, op. cit., *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 253 et s. et R. FILDERSMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, op. cit., n° 44, p. 50; à la clause d'inaliénabilité, voy. A. DELIÈGE, «Inaliénabilité», *Rép. not.*, t. II, l. VII, Bruxelles, Larcier, 1979, n° 32, p. 28 et s.

1017 Voy. à cet égard les développements de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, op. cit., n° 427 et s., p. 496 et s.

biais de la règle *Nemo plus juris*⁽¹⁰¹⁸⁾ 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⁽¹⁰¹⁹⁾, soit, comme en droit allemand, avec une disposition légale expresse conférant une opposabilité accrue à l'accord conditionnel⁽¹⁰²⁰⁾. Pareil raisonnement, s'il n'est pas totalement impossible à transposer en droit belge⁽¹⁰²¹⁾, 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⁽¹⁰²²⁾.

- 1018 Comme l'observe X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 8, p. 150, «En 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 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 437, p. 299 et R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, n° 387, p. 410.
- 1019 Voy. *supra*, n° 135; adde A. CHAUSSE, *op. cit.*, *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, *op. cit.*, *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 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'avait : 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».
- 1020 Voy. *supra*, n° 134. À cet égard, certains auteurs français voient dans cette disposition 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*, *op. cit.*, n° 380, p. 403; E. MAÏTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 200, p. 185). Pareille réflexion ne nous paraît pas exempte d'ethnocentrisme. 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, 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).
- 1021 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*, *op. cit.*, n° 389, p. 454.
- 1022 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 134 et 135). 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, p. 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*, *op. cit.*, n° 476, p. 559 et s.). On notera encore que pour ce dernier auteur, le refus de se fonder sur cette doctrine

D'autre part, cette thèse néglige le fait que, même pour les partisans d'une interprétation stricte de la rétroactivité de la condition, celle-ci emporte des 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'aliénaire 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⁽¹⁰²³⁾. Cette conséquence ne peut s'expliquer par la règle *Nemo plus juris*, car rien n'empêche de concéder un bail sur la chose d'autrui⁽¹⁰²⁴⁾. La rétroactivité de la condition s'impose donc pour justifier cette solution 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⁽¹⁰²⁵⁾.

140. Thèse médiane – La rétroactivité comme sanction du droit conditionnel. 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⁽¹⁰²⁶⁾. Cette thèse est aujourd'hui majoritaire, sous réserve de certaines nuances⁽¹⁰²⁷⁾.

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° 175 et s.).

1023 Voy. *infra*, n° 155.

1024 Cass., 14 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1185.

1025 R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171.

1026 Voy., en ce sens, R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 249 et s. (qui, à ce stade, estime cependant pouvoir faire l'économie du concept de rétroactivité); ID., *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 168, et, à sa suite, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 165, p. 243 et s.; X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 7 et s., p. 150 et s.; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 429 et s., p. 294 et s.; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 265, p. 434 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1037, p. 343 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1748; *addé* M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 228, p. 148 (qui est cependant hostile à l'idée de rétroactivité).

1027 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*, t. I, *op. cit.*, n° 165, p. 243; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 431, p. 295). On pourrait sans doute songer à objecter à cette présomption son caractère divinatoire (comp. *supra*, note n° 998). 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° 68). Les auteurs divergent également quant à certaines conséquences d'une rétroactivité reposant sur le fondement proposé; ces controverses sont examinées *infra*, n° 142 et s.

En effet, la rétroactivité 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 vient donc à effacer les actes de disposition accomplis dans l'intervalle par le débiteur conditionnel et, ainsi, assure la perfection du droit conditionnel.

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⁽¹⁰²⁸⁾.

Ainsi s'explique notamment 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 serais 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 »⁽¹⁰²⁹⁾.

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⁽¹⁰³⁰⁾.

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

1028 Cette conclusion est 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° 173 et s.

1029 R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171 (nous soulignons).

1030 Voy. *supra*, n° 127.

ligne directrice et de faire, au contraire, une application presque automatique de l'effet rétroactif⁽¹⁰³¹⁾.

Cette tendance est parfois suivie à contrecœur. Ainsi, après avoir retenu la rétroactivité – qu'elle qualifie de « moindre mal » – comme fondement théorique aux effets réels de la condition, J. DE CONINCK estime en conclusion de sa thèse que l'on peut regretter certaines conséquences secondaires de la rétroactivité mais que « *Strikt genomen impliceert het aanvaarden van de zaken- c.q. goedenrechtelijk werkende retroactiviteit het aanvaarden van alle gevolgen van deze retroactiviteit* ». Elle ajoute toutefois que « *Dit belet evenwel niet dat vele van deze gevolgen niet van dwingend recht zijn, zodat de partijen er expliciet of impliciet van kunnen afwijken* »⁽¹⁰³²⁾.

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⁽¹⁰³³⁾. Nonobstant les embûches qu'une telle approche comporte, nous nous efforcerons de ne pas perdre de vue, dans les développements qui suivent, l'objectif limité de la rétroactivité de la condition.

141. Dérogation conventionnelle à la rétroactivité de la condition. Il est unanimement admis que les parties puissent conventionnellement écarter ou simplement aménager la rétroactivité de la condition, qui est donc de droit supplétif⁽¹⁰³⁴⁾. À l'appui de cette opinion, on avance une série de raisons de valeur cependant inégale.

1031 Voy. not. *infra*, n° 142 (à propos de la validation des mesures d'exécution entamées par le créancier conditionnel *pendente condicione*) et n° 163 (à propos de la validation des actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le créancier conditionnel).

1032 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 476, note n° 1491, p. 563.

1033 Sur les dangers de la rétroactivité « dogmatique », voy. *supra*, n° 18, et la mise en garde reproduite en exergue de cette étude.

1034 Voy. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 659, p. 449; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 441, p. 512; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 168, p. 252; X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 8, p. 151; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, *La mise en vente d'un immeuble*, n° 32, p. 107; P.A. FORIERS, « Propos sur la condition... », *op. cit.*, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, n° 5, p. 120; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 344, p. 457; J. HERBOTS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, n° 14, p. 215; L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 742, p. 361; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 375, p. 399, note n° 1468; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1044, p. 353; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1236, p. 1175; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1748; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 186, p. 124.

Premièrement, on justifie souvent cette solution par une hostilité affichée 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⁽¹⁰³⁵⁾.

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⁽¹⁰³⁶⁾. 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*.

Deuxièmement, 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. On aurait toutefois tort de penser que la rétroactivité repose sur la pure intention des parties car, outre que pareille présomption semble divinatoire⁽¹⁰³⁷⁾, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir comment cette volonté pourrait s'imposer aux tiers⁽¹⁰³⁸⁾.

Troisièmement, 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. N'est-ce pas perdre de vue, cependant, que cet avantage, en raison de ses effets réels, intéresse également les tiers qui pourraient être lésés par cet accord des parties?

Nous ne pensons pas particulièrement aux créanciers ordinaires de l'acquéreur sous condition. Sans doute, lorsque celui-ci renonce anticipativement au bénéfice de la rétroactivité, doivent-ils admettre qu'en cas de disposition de la chose *pendente condicione* par le débiteur de celle-ci, le bien risque de ne jamais entrer dans le patrimoine de leur propre débiteur; mais cette conclusion ne nous paraît pas en soi dérangement dès lors qu'ils sont tenus, comme tous créanciers, de suivre en règle la foi de leur débiteur.

Plus délicate est cependant la situation du sous-acquéreur, qui a acquis de l'acquéreur conditionnel la chose avant même la réalisation de la condition. On considère parfois qu'en raison de l'effet rétroactif de la condition, les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par l'acquéreur conditionnel sont

1035 Voy. par exemple H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 168, p. 252.

1036 Du reste, par des auteurs comme DE PAGE qui font pourtant preuve d'une telle hostilité envers cette technique; voy. *supra*, n° 140.

1037 Comp. *supra*, note n° 1027.

1038 Pour cette observation, X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 8, p. 151.

rétroactivement validés, avec pour conséquence que le sous-acquéreur échappera au concours sur le patrimoine de l'acquéreur conditionnel survenu après le second transfert de la chose mais avant la réalisation de la condition⁽¹⁰³⁹⁾. Or, lorsque l'aliéneur et l'acquéreur sous condition ont convenu d'écarter la rétroactivité de celle-ci, cet accord entre parties nuit directement au sous-acquéreur, qui devra subir la loi du concours.

Quatrièmement et enfin, on avance deux décisions de la Cour de cassation qui auraient admis ce pouvoir de dérogação de manière générale⁽¹⁰⁴⁰⁾. À l'analyse, si le premier de ces arrêts consacre effectivement la possibilité de déroger à l'effet rétroactif de la condition entre parties, ils nous paraissent tous deux laisser ouverte la question des effets d'un tel accord envers les tiers. L'admissibilité de cette atteinte conventionnelle aux droits des tiers nous semble devoir être examinée dans le contexte plus large des « droits remodelés », qui seront étudiés dans la suite de la recherche doctorale.

III. EFFETS ENTRE PARTIES

A. Exigibilité de l'obligation

142. Position du problème. On a vu que la condition suspensive avait pour effet de suspendre l'exigibilité de l'obligation 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⁽¹⁰⁴¹⁾.

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⁽¹⁰⁴²⁾. 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

1039 Sur cet effet de la rétroactivité, voy. *infra*, n° 163, et sa critique, n° 175 et s.

1040 Cass., 9 novembre 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 254; Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 451.

1041 Voy. *supra*, n° 129.

1042 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 166, p. 247; X. DIEUX, *op. cit.*, A.P.T., 1984, n° 8, p. 151; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 270, p. 435; L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *op. cit.*, n° 742, p. 361; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 758, p. 766; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1040, p. 349; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1231, p. 1172; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1748; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 181, p. 121 et s.

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.

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⁽¹⁰⁴³⁾. Ce doute se renforce à la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 1983⁽¹⁰⁴⁴⁾.

143. 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 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⁽¹⁰⁴⁵⁾, 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

1043 Comp. le malaise exprimé par Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 271, p. 435.

1044 Cass., 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, n° 29, avec les conclusions de Mme le procureur général LIEKENDAEL, alors avocat général.

1045 En réalité, comme l'observe le ministre 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 raison de 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.

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*».

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 condition suspensive du même événement⁽¹⁰⁴⁶⁾. Sans doute, admet 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⁽¹⁰⁴⁷⁾.

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»⁽¹⁰⁴⁸⁾, 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 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*.

144. 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 antérieurement». Pour ceux qui conçoivent large-

1046 Conclusions précitées, point 9.

1047 Conclusions précitées, points 10 et 11. On observera d'emblée que l'argument de texte que le ministère public puise dans l'article 1181, al. 2, du Code civil n'est pas décisif; en effet, commentant cette disposition, BIGOT-PREAMENEU estimait 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*, t. XIII, *op. cit.*, 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.

1048 Cass., 19 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 384.

ment la rétroactivité de la condition, il s'agit donc d'une exception à ce principe⁽¹⁰⁴⁹⁾.

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⁽¹⁰⁵⁰⁾; 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 demeurait.

Cette analyse, qui s'écarte il est vrai de deux arrêts déjà anciens⁽¹⁰⁵¹⁾, est en revanche en harmonie avec le régime des fruits produits *pendente condicione*, dont nous verrons qu'ils ne doivent pas être remis au créancier conditionnel⁽¹⁰⁵²⁾. 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⁽¹⁰⁵³⁾.

1049 Voy. dans le même sens M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 231, p. 150, note n° 1, qui n'en tire toutefois pas à notre sens les conséquences nécessaires au n° 181, p. 121 et s.

1050 Voy. *supra*, n° 140.

1051 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 sens dans le mouvement qui tend à donner de la rétroactivité de la condition une interprétation extensive en faisant de celle-ci une réalité.

1052 Voy. *infra*, n° 147.

1053 Art. 1614, al. 2, du Code civil.

La solution retenue pourrait cependant 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⁽¹⁰⁵⁴⁾. 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 déjà propriétaire de la chose en vertu de l'article 2279 du Code civil⁽¹⁰⁵⁵⁾.

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'institution 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⁽¹⁰⁵⁶⁾. 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⁽¹⁰⁵⁷⁾. 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 Code judiciaire aux termes duquel «l'exécution du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit»⁽¹⁰⁵⁸⁾.

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⁽¹⁰⁵⁹⁾, 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.

1054 Voy. *infra*, n° 153.

1055 Voy. G. VERSCHULDEN, *op. cit.*, *A.J.T.*, 1998-1999, n° 29, p. 824.

1056 Voy. *supra*, n° 123.

1057 Comp., dans un sens similaire, F. GEORGES, «Cantonnements et consignations», *J.T.*, 2004, p. 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 advenant à l'obligation.

1058 Cette question sera approfondie dans la partie de la recherche doctorale relative aux «droits déclarés». Voy. également les développements de J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 158 et s., p. 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, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 49, p. 36 et s., qui semble voir dans la réformation du jugement exécutoire par provision une véritable condition.

1059 Comp. X. DIEUX, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1984, n° 13, p. 154, et n° 14, p. 155.

145. 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⁽¹⁰⁶⁰⁾.

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⁽¹⁰⁶¹⁾, 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.

Enfin, quant aux *demandes en exécution forcée* introduites par le créancier conditionnel *pendente condicione*, s'il est exact que le juge doit en principe statuer sur le fondement de la demande en se plaçant au moment où elle a été introduite⁽¹⁰⁶²⁾ 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⁽¹⁰⁶³⁾, amener le juge à tenir compte de la réalisation de la condition survenue depuis l'introduction de l'instance.

B. Délais impératifs

146. Distinction selon la nature du délai. S'agissant du point de départ des délais impératifs – qu'ils soient de prescription ou de forclusion – qui

1060 En vertu de l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, toutes conventions de compensation «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».

1061 Art. 1378 du Code civil.

1062 D. MOUGENOT, «Principes de droit judiciaire privé», *Rép. not.*, t. XIII, l. 0, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 63, p. 123 ; cette question sera approfondie dans la partie de la recherche doctorale relative aux «droits déclarés».

1063 Art. 807 du Code judiciaire, applicable en degré d'appel en vertu de l'article 1042 du Code judiciaire.

courent entre les parties⁽¹⁰⁶⁴⁾, une distinction nous paraît devoir être opérée selon la nature du délai en cause.

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⁽¹⁰⁶⁵⁾, 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⁽¹⁰⁶⁶⁾. 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, donc après la réalisation de la condition lorsque celle-ci affecte l'obligation de délivrance⁽¹⁰⁶⁷⁾.

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.

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⁽¹⁰⁶⁸⁾. 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⁽¹⁰⁶⁹⁾.

1064 Sur le délai de la prescription acquisitive dans les rapports avec les tiers, voy. *infra*, n° 159.

1065 Voy. *supra*, n° 144.

1066 Voy. *supra*, n° 137; *adde* la note n° 886.

1067 Voy. M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 164, p. 113.

1068 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*, t. I, *op. cit.*, n° 167, p. 251; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 203, p. 188; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1230, p. 1171; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 164, p. 113.

1069 Voy., outre les réf. citées à la note précédente, Cass. fr., 30 juin 1992, *Bull. civ.*, 1992, III, n° 236; Cass., 17 octobre 1967, *Bull. civ.*, 1967, I, n° 304.

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 justice alors qu'il ignore encore si la condition se réalisera⁽¹⁰⁷⁰⁾, mais cette solution nous paraît être imposée 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⁽¹⁰⁷¹⁾ et à en faire un délai de forclusion⁽¹⁰⁷²⁾. 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 vingt jours prévu à l'article 1975 du Code civil court dès la conclusion du contrat de rente viagère, fût-il conditionnel⁽¹⁰⁷³⁾.

C. Fruits

147. 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?

S'en tenant strictement à l'effet rétroactif de la condition, certains auteurs donnent à cette question une réponse affirmative⁽¹⁰⁷⁴⁾. Le créancier étant réputé être le propriétaire de la chose depuis la conclusion du contrat, il doit faire les fruits siens depuis cette époque, les ayant acquis par accession⁽¹⁰⁷⁵⁾.

Pour justifier la solution inverse, d'autres auteurs avancent plusieurs arguments, dont aucun ne paraît toutefois décisif⁽¹⁰⁷⁶⁾.

1070 E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 203, p. 188; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 164, p. 113.

1071 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*, t. XIV, op. cit., p. 64 et s.

1072 Voy. l'article 1676, al. 2 et 3, du Code civil.

1073 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*, op. cit., n° 203, p. 250 (qui souligne à juste titre que le recours à la rétroactivité est en l'espèce inutile). Comp. également *supra*, n° 109, 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.

1074 Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, op. cit., § 302, p. 116; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, op. cit., n° 258, p. 345; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, op. cit., n° 84, p. 100.

1075 Art. 547 du Code civil.

1076 Adde les auteurs suivants qui s'opposent à la restitution des fruits sans justifier leur position : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, op. cit., n° 758, p. 767 et s.; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, op. cit., n° 410, p. 430; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, op. cit., n° 1042, p. 351; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 1236, p. 1176, note n° 4.

On prétend ainsi déduire un principe général de non-restitution des fruits de plusieurs dispositions du Code civil⁽¹⁰⁷⁷⁾. De ces dispositions éparées⁽¹⁰⁷⁸⁾ que d'aucuns considèrent comme exceptionnelles⁽¹⁰⁷⁹⁾, il paraît tout au plus possible de 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 sortit ses effets de plein droit et n'implique donc aucune demande en justice⁽¹⁰⁸⁰⁾.

Par ailleurs, à supposer que l'article 549 du Code civil puisse jouer dans les rapports entre les parties au contrat⁽¹⁰⁸¹⁾, il n'en demeurerait 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⁽¹⁰⁸²⁾.

1077 Voy. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 659, p. 449; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 167, p. 249.

1078 Comp. en effet art. 856 (rapport – restitution des fruits à dater de l'ouverture de la succession), art. 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), art. 958 (révocation d'une donation pour cause d'ingratitude – restitution des fruits à dater de la demande), art. 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), art. 1014 (legs particulier – restitution des fruits à dater de la demande de délivrance) et art. 1682 (rescision pour lésion énorme – restitution des fruits à dater de la demande). Nous écartons en revanche les art. 1004 et 1011, qui ne font aucune référence aux fruits, ainsi que l'art. 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).

1079 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 444, p. 516; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 84, p. 102.

1080 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, 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.

1081 En ce sens : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, 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, p. 116 et s., spéc. p. 122; *contra* : J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, « Accession », *Rép. not.*, t. II, l. I, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 30, p. 71 (à propos de la condition résolutoire).

1082 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 444, p. 516; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 253, p. 185; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, n° 263, p. 191).

Enfin, certains auteurs recherchent dans l'intention des parties la décision générale d'exclure toute restitution des fruits au créancier conditionnel⁽¹⁰⁸³⁾, démarche qui nous paraît quelque peu divinatoire. On avance encore des considérations pratiques, à savoir le souci d'éviter des restitutions réciproques de prestations généralement équivalentes⁽¹⁰⁸⁴⁾.

En réalité, le fondement de la non-restitution des fruits nous paraît devoir être trouvé dans le but que nous avons attribué à la rétroactivité de la condition⁽¹⁰⁸⁵⁾. 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 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. Cette solution est au demeurant cohérente avec le pouvoir qui lui est reconnu de continuer à administrer normalement la chose⁽¹⁰⁸⁶⁾ : 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⁽¹⁰⁸⁷⁾.

1083 Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 117; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 444, p. 516; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 257, p. 187 (à propos des libéralités); R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 226, p. 174.

1084 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 258 et s., p. 188 et s.

1085 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 167, p. 249; R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171; J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, *op. cit.*, *Rép. not.*, t. II, l. I, n° 30, p. 71 (à propos de la condition résolutoire); P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1748 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 190, p. 126; voy. *supra*, n° 140. Cet argument peut en outre être renforcé par un recours au principe constitutionnel d'égalité (voy. *infra*, n° 173).

1086 Voy. *infra*, n° 155.

1087 Voy. *supra*, n° 141.

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⁽¹⁰⁸⁸⁾, invoqué par certains auteurs comme consacrant une exception générale à la rétroactivité de la condition en matière de fruits⁽¹⁰⁸⁹⁾. 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.

D. Plus-value et moins-value

148. Perte totale de la chose par cas fortuit. Envisageons tout d'abord l'hypothèse où, après que la chose qu'un débiteur s'était 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 «Lorsque 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*).

La doctrine a généralement analysé 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⁽¹⁰⁹⁰⁾.

1088 Cass. fr., 19 juillet 1995, *Bull.*, 1995, III, n° 208.

1089 En ce sens, F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1236, p. 1176, note n° 4.

1090 On avance ainsi l'intention présumée des parties (T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 261, p. 349) dont on sait pourtant à quel point elle constitue un guide

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⁽¹⁰⁹¹⁾; on aperçoit pas en quoi le fait de rendre le créancier conditionnel rétroactivement responsable de la chose, alors qu'elle se trouvait encore sous la garde du débiteur, permettrait d'atteindre ce but.

149. Perte partielle de la chose par cas fortuit. Selon l'article 1182, alinéa 3, du Code civil, «Si 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 optera généralement pour la dissolution de la vente, à moins que la chose continue à représenter une valeur supérieure au prix convenu⁽¹⁰⁹²⁾, 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.

150. 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. Celle-ci devra être supportée par le créancier conditionnel, comme tout propriétaire de la chose⁽¹⁰⁹³⁾.

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, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 376, p. 260; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, 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*, t. I, *op. cit.*, 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*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 111; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *op. cit.*, 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° 149) et qu'en outre, l'obligation conditionnelle est déjà formée avant la réalisation de la condition (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 96, p. 115).

1091 Voy. *supra*, n° 140.

1092 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 190, p. 129.

1093 AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 118, note n° 63bis; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 99, p. 119 et s.

151. 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⁽¹⁰⁹⁴⁾, l'article 1182, alinéa 4, du Code civil prévoit que «Si 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⁽¹⁰⁹⁵⁾, et suppose donc l'existence d'un contrat synallagmatique⁽¹⁰⁹⁶⁾. Si rétroactivité il y a ici, elle touche alors au mécanisme de la résolution judiciaire plutôt qu'à celui de la condition⁽¹⁰⁹⁷⁾.

152. 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⁽¹⁰⁹⁸⁾, 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⁽¹⁰⁹⁹⁾.

Supposons enfin 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⁽¹¹⁰⁰⁾.

1094 Voy. *supra*, n° 130.

1095 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 97, p. 116 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 195, p. 129.

1096 Il faut dès lors en déduire qu'en cas de contrat unilatéral, le créancier devra se contenter de dommages-intérêts.

1097 Cette rétroactivité sera examinée dans la partie de la recherche doctorale relative aux «droits effacés».

1098 Voy. *supra*, n° 150.

1099 Exposé des motifs fait par BIGOT-PREAMENEU dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, *op. cit.*, p. 243 *in fine*; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 116; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 658, p. 448 (qui y voient, à tort, une application de l'effet rétroactif de la condition); F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 98, p. 118; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, *op. cit.*, n° 6, p. 11; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 182, p. 122.

1100 Arg. art. 1673, al. 1^{er}, du Code civil (en matière de vente à réméré); H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 167, p. 251 (et, sur la théorie des impenses en général, t. VI, vol. 1, n° 149 et s., p. 130 et s.); H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 361 et s., p. 252 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1749.

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⁽¹¹⁰¹⁾. Réciproquement, si celui-ci décide de souscrire une telle assurance à titre d'acte conservatoire⁽¹¹⁰²⁾, 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

153. 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⁽¹¹⁰³⁾ – dans les effets de la réalisation de la condition suspensive entre parties contractantes. Qu'en est-il dans les rapports avec les tiers?

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⁽¹¹⁰⁴⁾. 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.

1101 Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 365, p. 254 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1033, p. 341; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 189, p. 126.

1102 Voy. *supra*, n° 130.

1103 Voy. *supra*, n° 144.

1104 Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 424, p. 493; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 166, p. 246 et s.; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 256, p. 344; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 80; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1040, p. 349; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 410, p. 430; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1231, p. 1172; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 183, p. 122. 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*, *op. cit.*, n° 324, p. 382 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 184, p. 123.

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 encounter⁽¹¹⁰⁵⁾. 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⁽¹¹⁰⁶⁾.

Reste à préciser le champ d'application (B) et les effets (C) de ce principe.

B. Actes et faits juridiques concernés

154. 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⁽¹¹⁰⁷⁾.

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 favorables. 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⁽¹¹⁰⁸⁾, on considère que la réalisation de la condition ne remet pas en cause le pouvoir du débiteur d'accomplir de tels actes, qui bénéficieront donc au créancier conditionnel⁽¹¹⁰⁹⁾. 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

1105 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.

1106 Voy. *supra*, n° 139.

1107 La question de l'effet de la réalisation de la condition sur l'acte de partage conclu par le débiteur conditionnel doit être examinée à la lumière de l'effet déclaratif du partage et sera dès lors traitée dans la partie de la recherche doctorale relative aux « droits révélés ».

1108 Voy. *supra*, n° 140.

1109 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 429, p. 498; adde H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 284, p. 205 et R. FILDERSMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 217, p. 168 (qui justifient 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. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, *op. cit.*, p. 357 (à propos du droit néerlandais antérieur) et M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 242, p. 159, qui considèrent que la rétroactivité devrait jouer indistinctement à l'égard de tous les actes de disposition.

mesure propriétaire pour la période de temps pendant laquelle la condition était pendante, nonobstant la réalisation ultérieure de celle-ci.

155. Actes d'administration. D'autre part, 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»⁽¹¹¹⁰⁾.

Une certaine confusion règne quant à l'identification précise de ces actes. Certains auteurs considèrent que la conclusion d'un bail, même de courte durée, serait toujours anormale⁽¹¹¹¹⁾. Pour la plupart des autres, devraient être maintenus les baux conclus «sans fraude» ou «de bonne foi»⁽¹¹¹²⁾; 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⁽¹¹¹³⁾.

Cette dernière solution se justifie par l'idée qu'un bail de longue durée, ou un autre acte d'administration jugé anormal, peut s'avérer aussi nuisible 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⁽¹¹¹⁴⁾, sera, dans les deux cas, privé

1110 *Contra* : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 219 et s., p. 162 et s.; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 257, p. 345; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, 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° 136).

1111 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, 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.

1112 *Voy.*, outre les réf. citées à la note suivante, AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 112; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 187, p. 124 et s.

1113 *Voy.* J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 443, p. 513 et s.; R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 171; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 223, p. 172; Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, n° 297 et s., p. 442 et s., spéc. n° 303, p. 443 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1041, p. 351; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1749.

1114 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*, *op. cit.*, n° 231, p. 170 et s.).

de la jouissance de la chose pour un temps fort long, ce qui serait contraire 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⁽¹¹¹⁵⁾.

En revanche, un bail de courte durée ne doit 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 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*⁽¹¹¹⁶⁾.

Faisant application du critère du «bail normal» à la législation moderne sur les baux, M. VAN QUICKENBORNE⁽¹¹¹⁷⁾ 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 six mois, de sorte que ses prérogatives de propriétaire ne sont pas substantiellement amoindries par la conclusion du bail⁽¹¹¹⁸⁾. 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.

Quant aux actes d'administration autres que le bail, on peut notamment penser au commodat ou au dépôt⁽¹¹¹⁹⁾. EYGOUT considère à cet égard que ces contrats devraient être maintenus dans les mêmes conditions que les baux⁽¹¹²⁰⁾. 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

1115 Voy. *supra*, n° 140. Cette justification téléologique nous paraît plus sûre qu'un recours à l'article 1673, al. 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*, t. I, *op. cit.*, n° 167, p. 248; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 227, p. 168; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 257, p. 344; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, 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*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 112, note n° 47; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 659, p. 449). La seconde solution peut cependant se réclamer d'une interprétation conforme au principe constitutionnel d'égalité (voy. *infra*, n° 173).

1116 Il s'agit en effet de fruits de la chose : voy. *supra*, n° 147.

1117 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 187, p. 124 et s.

1118 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.

1119 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 213, p. 159.

1120 *Ibid.*, n° 215, p. 160.

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 dès lors que, même si le contrat était opposable à l'acquéreur, celui-ci pourrait aisément y mettre un terme⁽¹¹²¹⁾.

156. Actes de conservation. On enseigne généralement que la rétroactivité de la condition connaît une autre exception en matière d'actes de conservation. 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⁽¹¹²²⁾. 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, à moins que les conditions de la gestion d'affaires ne soient réunies⁽¹¹²³⁾.

1121 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).

1122 Voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, op. cit., n° 438, p. 507; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 361, p. 252.

1123 Art. 1375 du Code civil. Voy. et comp. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 361, p. 252; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, op. cit., n° 1033, p. 340; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., *Bijzondere overeenkomsten*, n° 188. Ces auteurs paraissent également admettre que le créancier conditionnel puisse être tenu de respecter les engagements pris par le débiteur conditionnel même lorsque les conditions de la gestion d'affaire ne sont pas remplies, en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause, mais c'est à notre sens perdre de vue que « l'action *de in rem verso* ne peut servir, par un détour, à faire obtenir ce que la loi ne permet pas d'accorder » (Cass., 22 août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 205; dans le même sens, Cass fr., 23 juin 2010, n° 09-13.812; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, op. cit., n° 31, p. 39; voy. cependant Cass., 21 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 240, note P.M., où le recours à l'enrichissement sans cause a été admis pour pallier à la prescription de l'action aquilienne). En toute hypothèse, le recours à l'enrichissement sans cause reste admis dans les rapports entre débiteur et créancier conditionnels (voy. *supra*, n° 152).

157. Saisies et jugements. La protection du créancier conditionnel s'étend non seulement aux actes juridiques accomplis par le débiteur *pendente condicione*, mais également, dans une certaine mesure, aux faits juridiques 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 collective (faillite et autres situations de concours)⁽¹¹²⁴⁾. 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⁽¹¹²⁵⁾.

Un ancien arrêt du 22 avril 1858 confirme implicitement cette solution dans l'hypothèse un peu particulière d'une *saisie-arrêt*⁽¹¹²⁶⁾. 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

1124 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*, t. IV, *op. cit.*, §302, p. 112; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 425, p. 495; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 291 et s., p. 208 et s.; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 218, p. 168; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1040, p. 349; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 188, p. 125.

1125 Comme le relève P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *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. cependant *infra*, n° 175.

1126 Cass., 22 avril 1858, *Pas.*, 1858, I, p. 116, avec les conclusions de M. l'avocat général CLOQUETTE.

rétroactif de la condition est donc non seulement opposable aux acquéreurs ayant traité volontairement avec le débiteur conditionnel, mais également, comme en l'espèce, à des tiers qui ne deviennent ses ayants 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⁽¹¹²⁷⁾.

158. 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⁽¹¹²⁸⁾. 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 de l'*accipiens* n'est définitivement établie qu'après le prononcé de la faillite de ce débiteur.

Un arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2007 a à cet égard confirmé l'efficacité du mécanisme en décidant que «Les 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»⁽¹¹²⁹⁾. 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⁽¹¹³⁰⁾. Indépendamment de toute idée de paiement, on a du reste suggéré d'y voir plutôt une 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⁽¹¹³¹⁾. Ainsi, le débiteur dispose

1127 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 accipiente*, *op. cit.*, n° 298, p. 212 et s.

1128 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, p. 1680 et s., n° 4, p. 1681.

1129 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», p. 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», p. 351 et s., *R.W.*, 2006-2007, p. 1679, note V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 1680 et s. L'arrêt ajoute toutefois que «Si, 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.

1130 Voy. ainsi la critique de F. GEORGES, *supra*, note n° 1057.

1131 Voy. M.E. STORME, «Minnelijke kantonneren : een perfect geldige delegatie», *T.P.R.*, 2003, p. 1299 et s., n° 13 et s., p. 1305 et s.

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 conditionnel, 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⁽¹¹³²⁾. 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.

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 lors 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⁽¹¹³³⁾. De même, «La 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»⁽¹¹³⁴⁾.

1132 C. ALTER, *op. cit.*, 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, *op. cit.*, 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.

1133 Cons. à ce propos F. T'KINT et W. DERIJCKE, «La faillite», *Rép. not.*, t. XII, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 420 et s., p. 309 et s.

1134 Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 746, point 9 (nous soulignons).

On voit donc qu'affirmer 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 récemment 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»⁽¹¹³⁵⁾. 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 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*⁽¹¹³⁶⁾. 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 conditionnel de la part du débiteur, 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⁽¹¹³⁷⁾. Généraliser cette solution sur la seule base du principe de l'opposabilité des effets externes des conventions ne nous paraît dès lors pas possible⁽¹¹³⁸⁾.

1135 Cass., 6 mars 2009, *Pas.*, 2009, n° 176, point 2. La Cour en déduit en l'espèce que «Dès 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 de 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, n° C.09.0136.N, avec les conclusions de M. l'avocat général DUBRULLE, point 2).

1136 *Voy. supra*, n° 138 et s.

1137 On réserve ici la question de sa constitutionnalité : voy. à ce propos *infra*, n° 175.

1138 Comp. la position extensive de C. ALTER, *op. cit.*, *J.T.*, 2007, n° 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,

159. Prescription acquisitive. L'effet rétroactif de la condition est en revanche sans incidence sur le mécanisme de la prescription acquisitive. Le tiers possesseur de la chose pourra ainsi toujours opposer au créancier conditionnel l'usucapion, même lorsque celui-ci intervient *pendente conditione* ⁽¹¹³⁹⁾. En effet, même si la propriété de la chose avait été 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 ⁽¹¹⁴⁰⁾. 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 ⁽¹¹⁴¹⁾.

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 ⁽¹¹⁴²⁾. 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*

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, *op. cit.*, *Les sûretés*, n° 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, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, n° 12, p. 356; V. SAGAERT, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 7, p. 1682.

1139 R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, *op. cit.*, n° 220, p. 170.

1140 M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 197, p. 130. *Contra* : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 305 et s., p. 217 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1040, p. 350.

1141 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 88; voy. *supra*, n° 130. Certes, cet élément avait paru insuffisant pour imposer au créancier conditionnel de devoir 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.

1142 On pense essentiellement à la cause de suspension en faveur des mineurs et interdits prévue par l'article 2252 du Code civil.

condicione, nonobstant la réalisation ultérieure de la condition⁽¹¹⁴³⁾. Au demeurant, faire jouer la rétroactivité dans ce cas ne serait pas nécessairement favorable au créancier conditionnel, car il se peut que la cause de suspension n'existe pas dans son chef mais bien dans celui du débiteur conditionnel.

160. Autres faits juridiques. On notera encore que lorsque la protection du créancier conditionnel n'est pas en cause, il ne se justifie pas non plus de reporter dans le temps la date du transfert de la propriété de la chose cédée sous condition.

Bien que la question de la rétroactivité n'y soit pas expressément abordée, un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2000 constitue à cet égard un exemple topique. Amené à se prononcer, dans le cas d'une vente conditionnelle⁽¹¹⁴⁴⁾, 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⁽¹¹⁴⁵⁾.

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 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 obli-

1143 AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 113 ; A. CHAUSSE, *op. cit.*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 546 (à propos de la condition résolutoire) ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 314, p. 221 (qui se fonde sur l'art. 2257 du Code civil) ; *contra* : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 95. Voy. également M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 197, p. 131 et s., qui ne prend cependant pas position dans la controverse.

1144 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 adventice, il est permis de douter qu'il s'agisse là d'une véritable condition suspensive (voy. *supra*, n° 123). La Cour n'était cependant pas saisie de cette question par le pourvoi.

1145 Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 55 (nous soulignons).

gation ne peuvent commencer à courir qu'à dater de la réalisation de la condition⁽¹¹⁴⁶⁾.

Enfin, l'effet rétroactif de la condition est sans incidence sur les qualifications du droit pénal. Ainsi, le créancier conditionnel ne pourra 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⁽¹¹⁴⁷⁾. Cette solution se justifie par le caractère autonome du droit pénal⁽¹¹⁴⁸⁾.

C. Portée de l'effet rétroactif

161. Sort des actes et faits concernés. Jusqu'à présent, nous sommes volontairement resté vague sur le sort exact des actes et faits juridiques concernés par l'effet rétroactif de la condition. On lit fréquemment 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⁽¹¹⁴⁹⁾. 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 de l'acte⁽¹¹⁵⁰⁾. Celle-ci serait en désaccord avec le principe du droit positif selon lequel la nullité de la vente de la chose d'autrui ne peut être invoquée que par l'acheteur⁽¹¹⁵¹⁾; or, quand le créancier conditionnel se plaint des actes de disposition accomplis par le débiteur conditionnel, il n'est pas acheteur, mais 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 nous paraît pas souhaitable en opportunité⁽¹¹⁵²⁾. Enfin, si l'on admet que la rétroacti-

1146 Voy. *supra*, n^{os} 144 et 146.

1147 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n^o 167, p. 251; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n^o 317, p. 223.

1148 Cons. à ce propos F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*. 1. *La loi pénale*, Bruxelles, Larcier, 2007, n^o 171 et s.

1149 Voy. par ex. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n^o 658, p. 448; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n^o 1040, p. 349; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, *op. cit.*, n^o 6, p. 11.

1150 *Contra* : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n^o 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».

1151 Cass., 6 mars 1998, *Pas.*, 1998, I, n^o 125.

1152 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 en principe pas dans ce cas avec celui subi en cas d'inexécution de l'obligation de livraison de la chose. La question des dommages-intérêts complémentaires à la nullité d'un contrat sera approfondie dans la partie de la recherche doctorale relative aux «droits effacés».

tivité de la condition concerne des faits juridiques tels que le jugement de faillite ou la saisie⁽¹¹⁵³⁾, la nullité paraît être encore plus inadéquante⁽¹¹⁵⁴⁾.

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⁽¹¹⁵⁵⁾. La responsabilité contractuelle de ce dernier sera donc en règle engagée vis-à-vis du second acquéreur.

162. Exception – Protection des tiers 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.

Cette protection prend tout d'abord la forme du maintien intégral des exigences de la *publicité foncière*⁽¹¹⁵⁶⁾. 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⁽¹¹⁵⁷⁾. 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⁽¹¹⁵⁸⁾. En d'autres termes, le transfert de propriété rétroagira en cas de réalisation de la

1153 Voy. *supra*, n° 157.

1154 On rappellera à cet égard que selon l'article 20 du Code judiciaire, «Les voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements. Ceux-ci ne peuvent être anéantis que sur les recours prévus par la loi».

1155 Dans le même sens, E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 202, p. 187. Telle est la sanction généralement préconisée à l'encontre des saisies pratiquées à charge du débiteur conditionnel (voy. M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 183, p. 122).

1156 Voy. H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 451 et s., p. 307 et s.; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 256, p. 344; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 80; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 235, p. 153. Voy. dans le même sens, à propos de la confirmation, *supra*, n° 65, et de la ratification, *supra*, n° 114. 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, al. 2, du BGB).

1157 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 336, p. 401.

1158 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, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, p. 833; A. VERBEKE et J. BYTTEBIER, *op. cit.*, *R.W.*, 1997-1998, n° 102 et s., p. 1121 et s.).

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, 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 cession antérieure du bien affectée d'une condition. S'ils décident, malgré tout, d'acquiescer la chose, les tiers le feront donc en connaissance de cause, de sorte que la menace que la condition fait peser sur leurs droits ne pose guère de difficulté sur le plan de la sécurité juridique⁽¹¹⁵⁹⁾.

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⁽¹¹⁶⁰⁾. En ce cas, celui-ci ne pourra que se retourner contre le débiteur conditionnel pour lui réclamer des dommages-intérêts mais n'aura en revanche aucun recours réel contre le second acquéreur⁽¹¹⁶¹⁾. Encore faut-il que la possession de ce dernier soit utile⁽¹¹⁶²⁾.

Sans doute l'article 2279 ne concernait-il à l'origine que les meubles corporels, en ce compris les titres au porteur⁽¹¹⁶³⁾. 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⁽¹¹⁶⁴⁾, aux titres dématérialisés émis par une société anonyme⁽¹¹⁶⁵⁾ et aux titres dématérialisés de la dette publique⁽¹¹⁶⁶⁾. Par ailleurs, s'agissant des simples créances, l'article 1690, alinéas

1159 *Voy. infra*, n° 174.

1160 AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 111; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 336, p. 401; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 166, p. 247; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 290, p. 207 et s.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1040, p. 350; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1748. *En droit allemand*, le § 161, al. 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° 135.

1161 *Voy. supra*, n° 129; *en droit allemand*, M. BRINKMANN, *op. cit.*, BGB Kommentar, § 161, n° 10, p. 216; K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, § 50, n° 56, p. 927.

1162 Art. 2229 du Code civil; J. HANSENNE et C. RENARD, «La possession», *Rép. not.*, t. II, l. XII, Bruxelles, Larcier, 1979, n° 138, p. 107 et s.

1163 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 466, p. 315.

1164 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.

1165 Art. 475bis du Code des sociétés.

1166 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.

3 et 4, du Code civil prévoit également une protection du cessionnaire de bonne foi⁽¹¹⁶⁷⁾. 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⁽¹¹⁶⁸⁾.

On observera en revanche que l'article 2279 du Code civil ne prémunit pas les créanciers du débiteur conditionnel qui ont réalisé leur droit dans le cadre d'une saisie individuelle ou collective⁽¹¹⁶⁹⁾ contre l'effet rétroactif de la condition.

L'impression contraire pourrait certes naître à la lecture des deux arrêts de principe, déjà évoqués, du 9 février 1933⁽¹¹⁷⁰⁾. Dans ceux-ci, la Cour de cassation a en effet décidé que la clause de réserve de propriété – qu'elle analyse toutefois comme un terme suspensif et non comme une condition –, valable entre les parties contractantes, ne pouvait être opposée aux créanciers de l'acheteur en concours avec le vendeur d'effets mobiliers lorsque l'acheteur a été mis en possession de la chose vendue⁽¹¹⁷¹⁾. Or, dans ses conclusions précédant ces deux décisions, M. le procureur général P. LECLERCQ ajoutait, en termes tout à fait généraux, que « Le principe fondamental, 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 (art. 2279) [...] ; de là cette conséquence : en principe, tous les effets mobiliers, en possession de leur débiteur, sont le gage de ses créanciers »⁽¹¹⁷²⁾. Faudrait-il en déduire, par exemple, qu'en cas de saisie pratiquée entre les mains du débiteur conditionnel, le créancier conditionnel ne pourrait opposer l'effet rétroactif de la condition aux créanciers saisissants, lesquels pourraient se fonder sur l'article 2279 du Code civil pour considérer leur débiteur, demeuré en possession de la chose, comme seul propriétaire de celle-ci ?

En réalité, l'opinion selon laquelle le possesseur d'un meuble en serait toujours le propriétaire aux yeux des tiers, laquelle trouve son origine chez un auteur de l'Ancien droit⁽¹¹⁷³⁾, reposait sur le présupposé, issu du droit romain,

1167 Comp. dans un sens similaire H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 467, p. 315 et s.

1168 Comp. dans un sens similaire H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, op. cit., n° 468 et s., p. 316 et s.

1169 Sur cette hypothèse, voy. *supra*, n° 157.

1170 Voy. *supra*, n° 123.

1171 Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 103, spéc. p. 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, n° C.09.317.F, avec les conclusions de M. l'avocat général WERQUIN, *NjW*, 2010, p. 502, note RF (première branche) ; Cass., 22 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 395.

1172 Conclusions précitées, p. 117.

1173 Voy. F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, t. II, Paris, Grangé et Cellot, 1770, p. 692.

que la propriété des meubles ne se transmettait que par la tradition; or, l'article 1138 du Code civil a répudié cette prémisse. Le principe est en effet aujourd'hui que la propriété se transmet, à l'égard de tous, *solo consensu*. Quant à l'article 2279, il n'a pas entendu exclure de manière générale le droit de suite en matière mobilière, mais uniquement en faveur du tiers possesseur de bonne foi qui n'est pas lié par un contrat avec le revendeur (acqureur *a non domino*)⁽¹¹⁷⁴⁾.

Depuis lors, la doctrine s'est en effet soigneusement efforcée de distinguer les deux règles contenues dans l'article 2279 du Code civil⁽¹¹⁷⁵⁾. En substance, la première, dite *règle de fond*, qui fournit un titre de propriété à celui qui acquiert de bonne foi la possession d'un meuble *a non domino*, ne bénéficie pas aux créanciers exerçant leurs droits sur le patrimoine de leur débiteur; ceux-ci ne peuvent invoquer que la *règle de preuve*, laquelle ne confère au possesseur de la chose qu'une *présomption* réfragable de titre de propriété⁽¹¹⁷⁶⁾. On en trouve confirmation dans le fait que la loi octroie au véritable propriétaire une action en distraction en cas de saisie (article 1514 du Code judiciaire)⁽¹¹⁷⁷⁾ ou une action en revendication en cas de faillite (article 101 et suivants de la loi du 8 août 1997 sur les faillites), nonobstant la possession par le débiteur des biens saisis.

Par conséquent, le créancier conditionnel pourra en règle valablement revendiquer la chose dont, par l'effet de la condition, il est devenu rétroactivement propriétaire, sans que les créanciers saisissants du débiteur conditionnel puissent se retrancher derrière la règle de fond de l'article 2279 du Code civil. Quant à l'enseignement des arrêts du 9 février 1933, il trouve en réalité son fondement, non dans l'article 2279, mais dans l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire⁽¹¹⁷⁸⁾, seul visé par la Cour dans sa motivation⁽¹¹⁷⁹⁾. Or, cette dernière disposition a une portée nettement plus limitée, puisqu'elle concerne exclusivement les

1174 Voy. C. BUENOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. 364.

1175 Voy. not. S. BOUFFLETTE, «La possession en matière mobilière et l'article 2279 du Code civil», *R.G.D.C.*, 2007, p. 75 et s., n° 10 et s., p. 79 et s.; J.-F. ROMAIN, «De la possession», *J.T.*, 2004, p. 340 et s., n° 6.

1176 Voy. en ce sens, à propos de l'action en distraction de la chose saisie, J. HANSENNE et C. RENARD, «Possession», mis à jour par S. BOUFFLETTE, *Rép. not.*, t. II, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 172, p. 155 et s.; S. BOUFFLETTE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2007, n° 24, p. 86 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS et C. MOSTIN, «Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens», *R.C.J.B.*, 2000, p. 59 et s., n° 54, p. 134 et s.; en cas de faillite : A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, n° 1641, p. 487.

1177 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. BUENOIR, *Propriété et contrat*, *op. cit.*, p. 364.

1178 On rappellera que le droit de «revendication» prévu par cette disposition est un reliquat de l'Ancien droit, dans lequel le vendeur au comptant demeurait propriétaire jusqu'à la tradition de la chose et au complet paiement du prix (voy. à ce propos les conclusions précitées de M. le procureur général P. LECLERCQ, *Pas.*, 1933, p. 115 et s.).

1179 Au demeurant, il semble bien que l'acheteur avec réserve de propriété, loin d'être possesseur de la chose, n'en est jusqu'au paiement du prix qu'un simple détenteur qui ne peut se prévaloir de l'article 2279 (voy. en ce sens M. GRÉGOIRE, «Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété», *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 465 et s., n° 11, p. 473; *adde* E. DIRIX, «Eigendomsvoorbehoud», *R.W.*, 1997-1998, p. 481 et s., n° 6, p. 483).

droits du vendeur impayé. Elle ne pourra donc s'appliquer au cas où l'action en revendication intentée par le vendeur au préjudice de la masse des créanciers se fonde, par exemple, sur la nullité du contrat de vente ou sur la réalisation d'une condition étrangère à la solvabilité de l'acheteur⁽¹¹⁸⁰⁾.

En conclusion, 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 et suppose 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 méconnus sans qu'il lui soit nécessaire de se fonder sur l'effet rétroactif de la condition⁽¹¹⁸¹⁾. 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⁽¹¹⁸²⁾ – et revendiquer dès lors la chose entre les mains du second acquéreur.

163. 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⁽¹¹⁸³⁾.

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 dès lors utiliser l'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⁽¹¹⁸⁴⁾.

1180 Voy. dans le même sens RE, *op. cit.*, NjW, 2010, n° 2, p. 504.

1181 Sur l'application de cette théorie dans l'hypothèse, similaire, de la violation d'un pacte de préférence, voy. récemment J. DEWEZ, «Le régime juridique du pacte de préférence et les sanctions de sa violation», R.G.D.C., 2008, p. 429 et s., n° 21 et s., p. 435 et s.

1182 En ce sens, Cass., 27 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 246.

1183 Sur cette question, voy. *supra*, n° 140.

1184 Voy. *supra*, n° 157 et s. (notamment à propos du cantonnement amiable).

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⁽¹¹⁸⁵⁾, alors que cette validation ne tend pas, à proprement 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 a ainsi pour effet de valider le congé donné anticipativement par le créancier conditionnel au preneur des lieux cédés sous condition⁽¹¹⁸⁶⁾.

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⁽¹¹⁸⁷⁾. 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⁽¹¹⁸⁸⁾.

On peut voir une autre 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⁽¹¹⁸⁹⁾. Dans cette affaire, un locataire avait cédé son droit au bail le 20 novembre 1987 et avait signifié le pro-

1185 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 658, p. 448; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 426, p. 496; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 166, p. 247; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 267, p. 193; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 204, p. 189; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 758, p. 767; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op. cit.*, n° 1040, p. 349; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 410, p. 430; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1231, p. 1172; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1219, p. 1748; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *Bijzondere overeenkomsten*, n° 183, p. 122.

1186 Voy. J.P. Sint-Truiden, 28 septembre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 718; Cass. fr., 3 février 1982, *Bull. civ.*, 1982, III, n° 35; Cass. fr., 3 novembre 1981, *Bull. civ.*, 1981, III, n° 171.

1187 J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, *op. cit.*, n° 455, p. 532 et s.

1188 On atteindrait ainsi un résultat équivalent 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° 175 et s.

1189 Cass., 6 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 603.

jet 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.

Le 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 »⁽¹¹⁹⁰⁾ 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 bien solidairement tenus vis-à-vis du bailleur avant que ce dernier ne consente une remise de dette au second.

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.

§4. Effets de la défaillance de la condition résolutoire

164. Rapprochement 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.

1190 Comp. *supra*, n° 144, l'arrêt du 15 septembre 1983, sur le procédé consistant à appliquer aux conditions d'efficacité d'origine légale le régime 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⁽¹¹⁹¹⁾. 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⁽¹¹⁹²⁾. 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⁽¹¹⁹³⁾.

165. 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 la conclusion du contrat, seule la seconde est en effet exigible dès cet instant et produit, dès l'origine, tous ses effets⁽¹¹⁹⁴⁾.

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⁽¹¹⁹⁵⁾. 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 (*obligatio pura, sed sub condicione resolvitur*), le devient à titre définitif, et

1191 Voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVII, *op. cit.*, n° 112.

1192 Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 121 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, *op. cit.*, n° 25, p. 31 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, *op. cit.*, n° 264, p. 353 ; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 377, p. 401.

1193 F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1235, p. 1175.

1194 Voy. *supra*, nos 129 et 132.

1195 Voy., *mutatis mutandis, supra*, n° 59.

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»⁽¹¹⁹⁶⁾.

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⁽¹¹⁹⁷⁾.

166. 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 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.

Section IV. – Analyse critique des droits inachevés

167. 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

1196 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 169, p. 253. Voy. également A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, n° 654, p. 447 (qui attribuent en revanche un effet rétroactif à la défaillance de la condition suspensive); G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *op. cit.*, n° 762, p. 770; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 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° 53, p. 70); P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, n° 1222, p. 1754.

1197 Cette question sera examinée dans la partie de la recherche doctorale relative aux «droits effacés».

avons formulées à titre d'hypothèse de travail à l'orée de cette étude⁽¹¹⁹⁸⁾, à savoir qu'il n'existe pas de régime unique de la rétroactivité en droit belge des contrats (§1) mais que, néanmoins, le rapprochement entre les différentes manifestations de la rétroactivité devrait passer par leur confrontation au principe constitutionnel d'égalité (§2).

§1. Absence de régime unique de la rétroactivité

168. Division 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⁽¹¹⁹⁹⁾. 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 pour conséquence que la condition serait réputée n'avoir jamais existé⁽¹²⁰⁰⁾.

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⁽¹²⁰¹⁾. En effet, tant l'obligation nulle que l'obligation affectée d'une condition résolutoire sortissent, dès leur conclusion, des effets identiques à une obligation pure et simple⁽¹²⁰²⁾ (sous réserve, s'agissant de la seconde, de certains effets secon-

1198 *Voy. supra*, n° 4.

1199 *Voy. supra*, n° 115.

1200 *Voy. supra*, n° 164. 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».

1201 *Voy. supra*, n° 26.

1202 *Voy. supra*, nos 51 et 132.

daires destinés à protéger le débiteur et 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⁽¹²⁰³⁾. 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⁽¹²⁰⁴⁾.

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⁽¹²⁰⁵⁾. 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 opposable au représenté⁽¹²⁰⁶⁾, au représentant⁽¹²⁰⁷⁾, au tiers qui a traité volontairement avec celui-ci⁽¹²⁰⁸⁾, et même aux autres tiers, à la condition cependant, s'agissant de ces derniers, de ne pas porter atteinte à leurs droits acquis⁽¹²⁰⁹⁾. En revanche, l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive est très limité entre parties, voire pratiquement inexistant⁽¹²¹⁰⁾; 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⁽¹²¹¹⁾, sous réserve cependant d'une certaine protection des tiers de bonne foi⁽¹²¹²⁾.

Il se confirme ainsi non seulement que la rétroactivité des droits inachevés n'a rien de monolithique, mais également que cet effet rétroactif est

1203 Voy. *supra*, n° 127.

1204 Voy. *supra*, n°s 57 et 165.

1205 Voy. *supra*, n°s 107 et 140.

1206 Voy. *supra*, n° 105.

1207 Voy. *supra*, n° 112.

1208 Voy. *supra*, n° 110.

1209 Voy. *supra*, n° 113.

1210 Si l'on tient compte de ses effets sur l'exigibilité de l'obligation (voy. *supra*, n° 144), sur les délais impératifs (n° 146), sur les fruits (n° 147) et sur la perte de la chose (n° 148).

1211 Voy. *supra*, n° 153.

1212 Voy. *supra*, n° 162.

taillé sur mesure pour correspondre aux caractéristiques et aux objectifs propres à chacune des institutions examinées.

§2. Rapprochement des régimes par le principe d'égalité

169. Objet limité 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 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⁽¹²¹³⁾. 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⁽¹²¹⁴⁾, 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 que, dès lors qu'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⁽¹²¹⁵⁾.

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

1213 Comp., dans un sens similaire, la thèse d'I. CLAYES, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, *op. cit.*, n° 599, p. 624, et n° 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.

1214 Voy. *supra*, n° 168.

1215 Voy. *supra*, n° 34.

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 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 très large marge d'appréciation dont jouit la Cour constitutionnelle⁽¹²¹⁶⁾.

Nous choisissons, par conséquent, de concentrer notre réflexion dans cette Section 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, d'autre part, 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.

170. 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

1216 Voy. *supra*, n° 34.

l'objet d'un transfert de propriété à un second acquéreur, que ce soit dans le cadre d'une cession conclue par le même vendeur à un prix supérieur ou même à la suite d'une saisie. La première vente est alors 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 a 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⁽¹²¹⁷⁾.

171. 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⁽¹²¹⁸⁾. 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, mais les parties à l'acte sont déjà tenues par celui-ci et ne peuvent s'en délier unilatéralement⁽¹²¹⁹⁾.

1217 Voy. *supra*, n° 28 et s.

1218 Voy. *supra*, n° 30.

1219 Voy. *supra*, n° 87 et 130. 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.

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⁽¹²²⁰⁾; la différence avec la ratification, qui est quant à elle purement volontaire, est toutefois suffisamment tenue 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⁽¹²²¹⁾; 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⁽¹²²²⁾. 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.

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

1220 Art. 1174 du Code civil.

1221 Sous réserve de la théorie de l'apparence.

1222 Comp. R. DEMOGUE, *op. cit.*, *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.

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*⁽¹²²³⁾.

172. 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⁽¹²²⁴⁾. En revanche, cet 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⁽¹²²⁵⁾. 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⁽¹²²⁶⁾.

Les régimes mis en place sont tous deux *pertinents* au regard du but visé. Ainsi, il est pertinent, afin de respecter la volonté du tiers contractant, que

1223 Voy. T. FINKENAUER, *op. cit.*, *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, *op. cit.*, *Staudingers Kommentar*, §184, n° 54, p. 330 ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, *op. cit.*, n° 1027, p. 405 ; K.-H. SCHRAMM, *op. cit.*, *Münchener Kommentar*, §184, n° 23 et s., p. 1839.

1224 Voy. *supra*, n° 106 et s.

1225 Voy. *supra*, n° 115.

1226 Voy. *supra*, n° 140. 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° 157). La question de la prise en compte de cette évolution de l'utilisation de la condition est examinée *infra*, n° 177.

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⁽¹²²⁷⁾. D'autre part, 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⁽¹²²⁸⁾.

173. Proportionnalité – Généralités. Reste la question de la *proportionnalité* des moyens mis en œuvre par rapport au but visé.

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 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*»⁽¹²²⁹⁾. En d'autres termes, envisagée dans toute sa rigueur, la rétroactivité de la condition entraîne des effets disproportionnés. Comme l'observe le savant auteur, pour protéger le créancier conditionnel contre les actes de son débiteur, il eût suffi, comme en droit allemand, de régler par une disposition spécifique le sort des actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur conditionnel⁽¹²³⁰⁾. La rétroactivité de la condition devient, dès lors, inutile⁽¹²³¹⁾. Une solution similaire prévaut en droit néerlandais⁽¹²³²⁾.

1227 Voy. *supra*, n° 107.

1228 Voy. *supra*, n° 139.

1229 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, n° 153, p. 225.

1230 *Ibid.*, n° 165, B, p. 245 et s. Voy. à cet égard le §161 du BGB cité *supra*, n° 134.

1231 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.

1232 Voy. les articles 6:21 NBW (absence d'effet rétroactif de la condition) et 3:84, al. 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° 135).

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⁽¹²³³⁾ et des actes d'administration⁽¹²³⁴⁾ 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*⁽¹²³⁵⁾ : face à certains textes, tels que les articles 549 et 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.

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. Cependant, le cœur du problème demeure : à la différence de la ratification, la réalisation de la condition suspensive rejaillit 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⁽¹²³⁶⁾ 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⁽¹²³⁷⁾.

1233 Voy. *supra*, n° 147.

1234 Voy. *supra*, n° 155.

1235 Sur cette forme de sanction du principe d'égalité, voy. *supra*, n° 35.

1236 Voy. *infra*, n° 174.

1237 Voy. *infra*, n° 175.

174. Proportionnalité – 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, 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⁽¹²³⁸⁾. 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.

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. 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⁽¹²³⁹⁾. S'il décide néanmoins de passer l'acte, il agira ainsi en connaissance de cause.

Si, en revanche, la vente conditionnelle n'est pas encore transcrite, dùt-elle même sortir ses effets rétroactivement, elle sera 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 porter atteinte aux droits acquis du tiers second acquéreur que dans l'hypothèse où celui-ci, soit, a fait preuve de négligence (en omettant de consulter le registre de la conservation des hypothèques), soit, avait connaissance de la première vente conditionnelle mais a néanmoins décidé de passer l'acte authentique. Dans ces deux cas, il ne nous paraît pas disproportionné de donner un effet rétroactif à la réalisation de la condition⁽¹²⁴⁰⁾. Le sort du tiers acquéreur est certes sacrifié au profit de l'acquéreur conditionnel, mais les intérêts de celui-ci paraissent, compte tenu de ces élé-

1238 Voy. *supra*, n° 162.

1239 Comp. art. 1653 du Code civil.

1240 Comp. J. HERBOTS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, n° 13, p. 215, qui estime de manière synthétique que la rétroactivité « est une solution pratique et simple dont les inconvénients pour les tiers peuvent être évités par la publicité donnée aux actes conditionnels ».

ments, plus dignes de protection que ceux de celui-là. La faible différence qui subsiste avec le régime de la ratification nous paraît, sur ce point, être conforme à la logique du système de la condition et, dès lors, susceptible de justification objective et raisonnable⁽¹²⁴¹⁾.

Il en va de même *en matière mobilière*. Sans doute un régime de publicité fait-il dans ce cas la plupart du temps défaut⁽¹²⁴²⁾. 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. 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 par la mauvaise foi du tiers ou par le caractère vicieux de sa possession.

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»⁽¹²⁴³⁾. Dans la balance des intérêts en présence, il se justifie donc de donner la préférence au créancier conditionnel vis-à-vis du second acquéreur.

175. Proportionnalité – Nouvelles causes de préférence – Généralités. 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 grande de donner à cet effet rétroactif une portée parfois extensive⁽¹²⁴⁴⁾.

Cette tendance s'exprime en particulier dans l'utilisation de la rétroactivité pour justifier la création de nouvelles causes de préférence dans une

1241 Il en va d'autant plus ainsi que, dès lors que 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 au créancier conditionnel une protection équivalente à celle qu'il pourrait puiser dans l'effet rétroactif de la condition.

1242 Si l'on excepte l'hypothèse des titres nominatifs d'une société.

1243 R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 170.

1244 *Voy. supra*, n° 140.

situation de concours. Nous en avons rencontré à deux reprises : d'une part, l'effet rétroactif de la condition aurait pour conséquence de soustraire la chose aliénée sous condition à la mainmise des créanciers du *débit* - *teur* conditionnel, lorsque le concours est né après la conclusion du contrat conditionnel mais avant la réalisation de la condition⁽¹²⁴⁵⁾; d'autre part, 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⁽¹²⁴⁶⁾.

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 tout 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. [...]»⁽¹²⁴⁷⁾.

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 dans les rapports avec les 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 tient au but classiquement reconnu à l'effet rétroactif de la condition⁽¹²⁴⁸⁾ ou que l'on prend en considération l'évolution contemporaine de la pratique des affaires⁽¹²⁴⁹⁾. L'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle nous permettra de choisir entre ces deux positions⁽¹²⁵⁰⁾.

1245 Voy. *supra*, n° 157.

1246 Voy. *supra*, n° 163.

1247 R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, p. 168 (nous soulignons). Voy. dans le même sens R. DEMOGUE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 249 et s.; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *op. cit.*, n° 388, p. 411.

1248 Voy. *infra*, n° 176.

1249 Voy. *infra*, n° 177.

1250 Voy. *infra*, n° 178.

176. Suite – Appréciation fondée sur le but classique 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⁽¹²⁵¹⁾.

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 semble logique qu'il prime les créanciers hypothécaires ou gagistes dont la sûreté n'a été constituée qu'après constitution 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⁽¹²⁵²⁾. Or, ces autres créanciers sont demeurés étrangers à l'acte conditionnel et n'ont dès lors aucune prise sur celui-ci⁽¹²⁵³⁾.

1251 Comp. F. GEORGES, *op. cit.*, *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).

1252 Sous la seule réserve qu'un créancier hypothécaire ou gagiste dont le droit réel est antérieur à la conclusion du contrat conditionnel 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 et chirographaires du débiteur conditionnel seront entièrement primés par le créancier conditionnel.

1253 Voy. et comp., dans un sens similaire, la solution proposée *supra*, n° 159, 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*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 113, note n° 50; nous soulignons).

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⁽¹²⁵⁴⁾. 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 doive être préféré, par exemple, aux travailleurs impayés ou à l'ONSS⁽¹²⁵⁵⁾. 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⁽¹²⁵⁶⁾.

Du reste, 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 son 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.

177. Suite – Évolution de la pratique des affaires. La question est cependant délicate dès lors que, dans la pratique des affaires, l'effet rétroactif de la condition est régulièrement utilisé afin de conférer une efficacité renforcée à des mécanismes préférentiels fondés sur l'autonomie de la volonté⁽¹²⁵⁷⁾. 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⁽¹²⁵⁸⁾. 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⁽¹²⁵⁹⁾.

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

1254 Voy. l'article 13 de la loi hypothécaire.

1255 Art. 19, 3^o bis et 4^o ter, de la loi hypothécaire.

1256 Sous réserve d'un éventuel droit de rétention exercé par le curateur du débiteur conditionnel.

1257 Voy. *supra*, n^o 157 et la note n^o 1125.

1258 Voy. *supra*, n^o 158.

1259 Voy. *supra*, n^o 32.

d'un appui marqué d'une fraction importante de la doctrine⁽¹²⁶⁰⁾ et ne semble pas avoir laissé indifférents les hauts magistrats de la Cour de cassation⁽¹²⁶¹⁾. 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, d'une part, de diminuer les coûts d'accès au crédit et, ainsi, de favoriser une croissance de l'économie et, d'autre part, 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⁽¹²⁶²⁾.

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 sérieuses de passer avec succès le test de la proportionnalité inhérent au principe constitutionnel d'égalité. 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

1260 Voy. not. C. ALTER, *op. cit.*, *J.T.*, 2007, p. 530 et s.; V. SAGAERT, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, n° 7, p. 1682 et s.; A. PEETERS et A. ZENNER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, n° 8 et s., p. 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. not. F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 78 et s., p. 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, p. 61 et s., n° 32, p. 98 et s.

1261 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 VEROUGSTRAETE lors de la discussion au Sénat du Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2003 (*Doc. parl.*, Sén., s.o., 2003-2004, n° 3-453/1, p. 12).

1262 Voy. l'analyse des travaux préparatoires de la loi effectuée par C. const., 27 novembre 2008, n° 167/2008, point B.3.3.

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 raisonnable⁽¹²⁶³⁾. 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⁽¹²⁶⁴⁾.

178. Suite – 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»⁽¹²⁶⁵⁾.

La question nous paraît toutefois devoir être abordée de manière plus large. De la petite dizaine d'arrêts rendus à ce jour par la Cour constitutionnelle sur la portée du principe d'égalité entre les créanciers, un triple enseignement nous paraît pouvoir être dégagé.

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 l'ONSS par rapport aux autres créanciers en

1263 Voy. à ce propos *supra*, n° 88 et s.

1264 Voy. à cet égard *supra*, n° 99.

1265 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, *op. cit.*, J.T., 2007, n° 3, p. 531, note n° 16; I. PEETERS et A. ZENNER, *op. cit.*, R.D.C., 2007, n° 13, p. 356).

concours⁽¹²⁶⁶⁾, 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 publics de remplir leurs engagements vis-à-vis de la collectivité, déroger dans une certaine mesure au droit commun »⁽¹²⁶⁷⁾. 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 surséance indéfinie au recouvrement de certains impôts »⁽¹²⁶⁸⁾. 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.

On notera toutefois que, dans les arrêts n^{os} 182/2002 et 113/2003, la Cour refuse d'étendre à l'ONSS la protection accordée au fisc 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 « Dans 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 »⁽¹²⁶⁹⁾. L'intérêt général ne commande donc pas nécessairement de traiter tous ses représentants de la même manière.

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*.

Ainsi, dans un arrêt n^o 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

1266 C.A., 13 mars 2002, n^o 46/2002, point B.3.1.

1267 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. const., 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.

1268 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.

1269 C.A., 17 septembre 2003, n^o 113/2003, point B.3.2 ; C.A., 11 décembre 2002, n^o 182/2002, point B.5.2.

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»⁽¹²⁷⁰⁾. La Cour cautionne ainsi une entorse à l'égalité des créanciers justifiée par l'efficacité de la procédure de faillite.

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 «Les 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»⁽¹²⁷¹⁾. 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 cette disposition devaient être considérées 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⁽¹²⁷²⁾.

Dans un ordre d'idées voisin, on citera encore 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 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»⁽¹²⁷³⁾.

1270 C.A., 9 octobre 2002, n° 140/2002, points B.6.3 et B.7.3.

1271 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.

1272 C.A., 18 avril 2007, n° 61/2007, point B.5.1.

1273 C. const., 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.

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.

Un intéressant arrêt n° 55/2009, qui se trouve au croisement de ces deux grandes tendances, semble 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 pourrait 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 cette affaire, 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⁽¹²⁷⁴⁾, 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 «La 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»⁽¹²⁷⁵⁾. Le principe d'égalité des créanciers, nommément cité au point B.4.3 de l'arrêt, sort donc vainqueur de cette confrontation entre l'intérêt général représenté par le Trésor et les frais de publication 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.

En revanche et 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, trouveront 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

1274 Voy. *supra*, même paragraphe, au texte.

1275 C. const., 19 mars 2009, n° 55/2009, point B.5.4.

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»⁽¹²⁷⁶⁾.

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 «La disposition en cause n'interdit pas au cocontractant évincé 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»⁽¹²⁷⁷⁾.

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.

179. Suite – Arrêt n° 167/2008 du 27 novembre 2008. Cette position de la Cour sera confirmée par un important arrêt portant sur la constitutionnalité des 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⁽¹²⁷⁸⁾.

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

1276 C.A., 10 décembre 2003, n° 161/2003, point B.4.

1277 Point B.7.

1278 C. const., 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.

fois d'assurer la croissance de l'économie et de renforcer la stabilité du système financier⁽¹²⁷⁹⁾, 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⁽¹²⁸⁰⁾.

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⁽¹²⁸¹⁾.

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⁽¹²⁸²⁾, cette décision de la Cour nous paraît en tout cas marquer un coup d'arrêt dans le mouvement qui allait vers une

1279 Voy. à ce propos *supra*, n° 177.

1280 C. const., 27 novembre 2008, n° 167/2008, point B.8.2.

1281 On observera que, dans son dispositif, la Cour constitutionnelle s'exprime en 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).

1282 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, *op. cit.*, *N.J.W.*, 2008, p. 926.

efficacité toujours renforcée des mécanismes préférentiels au détriment du principe d'égalité des créanciers⁽¹²⁸³⁾.

180. Suite – Appréciation critique. En conclusion, bien que les interventions de la Cour constitutionnelle dans le domaine du principe d'égalité des créanciers soient encore trop récentes et trop peu systématiques pour permettre une prédiction certaine, il nous semble que la Cour pourrait se montrer hostile à une utilisation généralisée de l'effet rétroactif de la condition aux fins de constituer des mécanismes préférentiels permettant de faire échapper les biens cédés sous condition au patrimoine du débiteur en cas de concours.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, le seul îlot de certitude raisonnable réside dès lors dans le fait que la rétroactivité de la condition jouit d'une justification objective et raisonnable – au sens utilisé dans le contentieux constitutionnel de l'égalité – dans la mesure où elle tend à protéger le créancier conditionnel contre les actes volontaires du débiteur conditionnel qui auraient pour conséquence de priver de son effet utile le droit conditionnel en cas de réalisation de la condition.

Au-delà de cette hypothèse, la prudence nous paraît être de rigueur. Ainsi, le fait de conférer, de manière générale, un véritable «super privilège», tantôt au créancier conditionnel, tantôt même à son sous-acquéreur, qui leur permettrait d'être préférés à tous les autres créanciers en cas de concours sur le patrimoine de leur débiteur, nous paraît constituer une interprétation de la loi engendrant des effets disproportionnés eu égard à l'objectif classiquement attribué à la rétroactivité de la condition. À notre sens, le principe constitutionnel d'égalité commande, dès lors, d'aligner sur ce point le régime de la condition suspensive sur celui de la ratification et, par conséquent, d'écarter l'effet rétroactif de la condition à

1283 Voy. sur ce point les critiques sévères de E. DIRIX, *op. cit.*, *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^{os} 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^o 178). Voy. également les observations de F. GEORGES, «Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours», *J.L.M.B.*, 2009, p. 821 et s., spéc. p. 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. Voy. encore la note critique de R. HOUBEN, «Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen : geen netting», *R.D.C.*, 2009, p. 502 et s., n^o 5, p. 504, pour qui l'arrêt pourrait également être applicable à la compensation après saisie ou après cession de créance.

l'égard des tiers qui ne tirent pas leurs droits sur la chose aliénée sous condition d'un acte volontaire du débiteur conditionnel.

On ne peut toutefois exclure que la Cour constitutionnelle adopte sur ce point une position nuancée, en ménageant par exemple, comme elle semble l'avoir fait dans son arrêt n° 167/2008, une place plus grande à l'autonomie de la volonté dans les relations entre commerçants.

181. Conclusion – Caractère opérationnel du principe d'égalité. À travers cette confrontation de la rétroactivité de la réalisation de la condition suspensive et de la ratification au principe constitutionnel d'égalité, nous pensons avoir démontré 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.

Chapitre III. – Premiers enseignements et perspectives

182. But de l'étude. La présente étude constitue la première étape d'un travail d'une plus grande ampleur consacré à l'étude de la rétroactivité en droit belge des contrats. L'hypothèse que nous voulons vérifier au cours de ce travail ⁽¹²⁸⁴⁾ est que chaque institution dotée d'un effet rétroactif répond à un régime propre, dicté par ses caractéristiques et ses objectifs spécifiques. Si nous mettons donc en doute l'existence d'un « droit commun de la rétroactivité » qu'une simple relecture du droit positif suffirait à révéler, nous pensons en revanche qu'une cohérence plus grande peut être atteinte en la matière sans attendre l'intervention, toujours incertaine, du législateur. À cet égard, le recours au principe constitutionnel d'égalité constitue à notre sens un instrument à la fois opérationnel et nuancé permettant d'effectuer un rapprochement souhaitable des différentes formes d'effets rétroactifs en droit des contrats. Il suppose toutefois, au préalable, une analyse approfondie des différentes institutions en cause.

183. Notions-clefs : rétroactivité et égalité. Au cours de cette étude, nous avons commencé par tenter de cerner plus précisément ce qui constitue l'objet premier de notre recherche, à savoir la rétroactivité. Après avoir constaté que cette notion était 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, nous avons estimé que ces différentes analyses, si elles permettaient de mieux saisir la pensée des auteurs, ne suffisaient pas à épuiser la question de la signification de l'effet rétroactif ⁽¹²⁸⁵⁾. Nous avons également 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) ⁽¹²⁸⁶⁾.

1284 Voy. déjà *supra*, n° 4.

1285 Voy. *supra*, n° 12 et s.

1286 Voy. *supra*, n° 24 et s.

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 le, ou plutôt, les régimes 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 du principe d'égalité et les réticences du juge *a quo* à combler les lacunes de la loi mises à jour par la Cour⁽¹²⁸⁷⁾. Nous sommes ainsi arrivés 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.

184. Objet de l'étude : les «droits inachevés». À la lumière de ces premières investigations, nous avons pu entamer l'examen de la rétroactivité des actes et des faits juridiques en droit des contrats. Guidé par le souci de ne soumettre au principe constitutionnel d'égalité que des situations comparables, nous avons estimé préférable d'examiner ensemble des institutions tendant aux mêmes fins. C'est ainsi que le présent ouvrage a porté sur l'étude des «droits inachevés», à savoir des 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.

185. Confirmation. 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⁽¹²⁸⁸⁾. Puisque l'obligation produit déjà tous ses effets, sa confirmation ne change rien à la situation passée; il est dès lors superflu de la qualifier de rétroactive⁽¹²⁸⁹⁾. Dès lors, le 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 rétroacti-

1287 Voy. *supra*, n° 27 et s.

1288 Voy. *supra*, n° 51.

1289 Voy. *supra*, n° 57.

vité de la confirmation, mais plutôt l'expression du caractère relatif de cet acte qui, comme toute renonciation, ne peut éteindre de droit que dans le patrimoine de son auteur⁽¹²⁹⁰⁾.

186. Ratification. La ratification s'est avérée être un terrain fertile pour la 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 faisait une part trop importante à la volonté du représenté dans le mécanisme de la représentation. Mieux vaut dès lors admettre que l'effet rétroactif de la ratification se justifie à la fois par la préexistence de l'acte ratifié et par le souci de respecter l'intégrité de l'opération à laquelle le tiers contractant a consenti⁽¹²⁹¹⁾.

Par ailleurs, un examen serré de la jurisprudence de la Cour de cassation a permis de cerner l'existence de plusieurs catégories de tiers – à savoir le tiers qui consent à traiter avec le représentant et doit dès lors subir intégralement l'effet rétroactif de la ratification; le véritable tiers, qui peut opposer à celle-ci la protection de ses droits acquis; et le tiers, à la fois cocontractant du représenté et destinataire d'un acte unilatéral émis par le représentant, tel qu'un congé, qui jouit à notre sens de la même protection – et de préciser la notion de droit acquis, qui naît notamment de l'expiration d'un délai de rigueur⁽¹²⁹²⁾. 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⁽¹²⁹³⁾.

Pour le reste, ce tableau de la rétroactivité de la ratification serait incomplet si l'on omettait de signaler le régime prétorien du mandat incontesté, issu d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 1964, qui fait défense au tiers qui a contracté avec le représentant de contester ultérieurement les pouvoirs de celui-ci et n'autorise le tiers, destinataire d'un acte unilatéral adressé par le représentant, à ne soulever l'excès de pouvoir commis par ce dernier qu'à la condition de réagir dans un délai raison-

1290 Voy. *supra*, n° 70.

1291 Voy. *supra*, n° 105 et s.

1292 Voy. *supra*, n° 110 et s.

1293 Voy. *supra*, n° 121.

nable ⁽¹²⁹⁴⁾. En effet, 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 ⁽¹²⁹⁵⁾.

187. Condition. 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 ⁽¹²⁹⁶⁾.

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 cela, doctrine et jurisprudence l'ont maintenu dans des bornes 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 larges que l'effet rétroactif de la condition en devient pratiquement inexistant ⁽¹²⁹⁷⁾.

En réalité, la rétroactivité de la condition suspensive ne se justifie que dans les rapports avec les tiers et 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 ⁽¹²⁹⁸⁾. La pratique, encouragée par la doctrine et la jurisprudence, a cependant tiré 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 survenant entre la naissance de son droit et la réalisation de la condition ⁽¹²⁹⁹⁾.

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'anéantisse-

1294 Voy. *supra*, n° 88 et s.

1295 Voy. *supra*, n° 99.

1296 Voy. *supra*, n° 129 et s.

1297 Voy. *supra*, n° 142 et s.

1298 Voy. *supra*, n° 153 et s.

1299 Voy. *supra*, n° 157 et s.

ment rétroactif⁽¹³⁰⁰⁾. Nous avons dès lors repoussé, à son propos, toute idée de rétroactivité au sens technique du terme.

188. 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 et en revanche menacés par l'avènement de la condition suspensive, est susceptible de justification objective et raisonnable⁽¹³⁰¹⁾.

Nous avons abouti à la conclusion que tel était 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 portera 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 cas, 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.

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. 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, à l'heure actuelle, la Cour constitutionnelle semble hostile à la multiplication des causes de préférence au détriment du principe de l'égalité des créanciers, du moins dans les rapports avec des non-commerçants, comme l'illustre le récent arrêt n° 167/2008 du 27 novembre 2008. L'utilisation de l'effet rétroactif de la condition à des fins de garantie ne nous paraît dès lors pas sans danger.

Plus largement, l'examen de cette question d'actualité aura servi d'illustration aux virtualités que recèle l'application du principe constitutionnel d'égalité à la matière du droit privé en général et de la rétroactivité des droits contractuels inachevés en particulier.

1300 Voy. *supra*, n° 164 et s.

1301 Voy. *supra*, n° 169 et s.

189. Perspectives. Arrivé au terme de cette étude, nous pensons dès lors avoir vérifié l'hypothèse de travail qui a guidé notre recherche dans le domaine des «droits inachevés».

La suite de la recherche s'attachera à appliquer la même méthode de raisonnement aux trois autres fonctions de la rétroactivité que nous avons mises en évidence : l'anéantissement *ex tunc* d'un acte juridique, ou l'étude des «droits effacés»; l'établissement des droits contestés, ou l'examen des «droits révélés»; et la modification rétroactive des droits à l'initiative des parties ou du législateur, ou l'analyse des «droits remodelés».

Bibliographie

La bibliographie qui suit reprend la référence complète des différents ouvrages et articles cités dans la présente étude, classés, à l'exception de ceux repris dans la Section I ci-dessous qui présente un caractère transversal, en fonction du chapitre auquel ils se rattachent le plus directement. En règle, les références citées une seule fois au cours de l'étude sont omises.

Section I. – Ouvrages et articles généraux de droit civil

- M. AHRENS, « §§ 116-144 », *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 101 et s.
- E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. III, 2^e éd., 1879, t. IV, 2^e éd., 1880, Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq
- C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon.*, vol. I, *De vertegenwoordiging*, 8^e éd. par S.C.J.J. KORTMANN, 2004, t. III, *Goederenrecht*, vol. I, *Algemeen goederenrecht*, 14^e éd. par F.H.J. MIJNSSSEN et P. DE HAAN, 2001, t. IV, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *Algemeen leer der overeenkomst*, 12^e éd. par A.S. HARTKAMP, 2005, t. VI, *Verbintenissenrecht*, vol. I*, *De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, 13^e éd. par A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, 2008, Deventer, Kluwer
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 5^e éd., 1902, t. VI, 5^e éd., 1920, Paris, Marchal et Billard
- G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens* (avec M. CHAUVÉAU), 3^e éd., 1905, *Des obligations* (avec L. BARDE), t. I^{er}, 3^e éd., 1906, t. III, 2^e éd., 1905, *Du contrat de louage* (avec A. WAHL), t. I^{er}, 3^e éd., 1906, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction* (avec L. BARDE), 1900, Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais
- A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2005
- C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1936
- J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. IV, 6^e éd., 1856, t. VI, 6^e éd., 1859, Paris, Marescq et Dujardin
- O.K. BRAHN, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, 6^e éd. par W.H.M. REEHUIS, Arnhem, Gouda Quint, 1999
- C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900
- C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GENY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand traduit et annoté*, vol. I et II, Paris, Imprimerie nationale, 1904
- M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999
- A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1953
- E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, 1865, t. VIII, 1884, Paris, Plon

- L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000
- H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I^{er}, 3^e éd., 1962, t. II, 3^e éd., 1964, t. II, vol. I, 4^e éd. par J.-P. MASSON, 1990, t. III, 3^e éd., 1967, t. IV, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 1997, t. V, 2^e éd., 1975, t. IX, 2^e éd., 1974, Bruxelles, Bruylant
- M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. VI, 2^e éd., Bruxelles, P.J. De Mat, 1827
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Rousseau, 1921
- C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 1877, t. XXIX, 1879, t. XXXI, 1882, Paris, Imprimerie générale
- D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007
- J. DOMAT, *Œuvres complètes*, nouvelle éd. par J. REMY, t. I^{er}, Paris, Alex-Goblet, 1835
- A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. X, XIII et XVIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844
- R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998
- L. ENNECCERUS et H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, 15^e éd., Tübingen, Mohr, 1960
- P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1836, t. XIV, 1829, Paris, Videcoq
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 12^e éd., Paris, Sirey, 2006
- 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, p. 189 et s.
- P.A. FORIERS, «Exposé introductif : acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions», *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 5 et s.
- 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, p. 241 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, p. 7 et s.
- B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2005
- E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1938
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, Paris, Sirey, 1937
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988
- P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1906
- H. HEINRICH, «BGB §§ 1-311a», *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, Beck, 2006, p. 1 et s.
- J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2007
- T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, 1894, t. XII, 1899, Paris, Pichon

- J. HUET, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN). *Les principaux contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1996
- R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009
- H. JONES, *Introduction au droit romain*, t. I, Diegem, Kluwer, 1997
- L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1930
- A. KLUYSKENS, *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
- M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C.H. Beck, 2008
- K. LARENZ et M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., München, C.H. Beck, 2004
- L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. III, 2^e éd. belge, Bruxelles, Bruylant, 1863
- C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. 1^{re} Partie*, t. III, Paris, Economica, 1986
- F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVI, XVII, XVIII, XIX, XXIV, XXV et XXVIII, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893
- P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. III, 3^e éd., Paris, Nève, 1822
- V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., t. IV, 1892, t. V, 1889, Paris, Delamotte
- 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
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, Paris, Sirey, 1962
- H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd. (1996), t. II, vol. I, *Obligations. Théorie générale*, 9^e éd. (1998), Paris, Montchrestien
- D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2006
- T. MOMMSEN et P. KRUEGER, *Corpus iuris civilis*, vol. I., 25^e éd., Berlin, Weidmann, 1928
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 1930, t. VII, 1931, t. XI, 1932, Paris, L.G.D.J.
- P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. I, Paris, Cotillon, 1863
- R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I^{er}, Paris, Siffrein, 1821
- R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, Paris, Siffrein, 1821
- R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Paris, Siffrein, 1821
- R.P.D.B., t. VI, v^o *Hypothèques et privilèges immobiliers*, Bruxelles, Bruylant, s.d.
- K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln et München, Carl Heymanns Verlag, 2008
- 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

- J.-F. ROMAIN, «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, p. 63 et s.
- G. SCHIEMANN, «Das Rechtsgeschäft», *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2^e éd., Sellier et de Gruyter, Berlin, 2008, p. 43 et s.
- S.P. SCOTT, *The civil law*, 17 vol., s.l., Central Trust Company, 1932
- 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
- S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, p. 821 et s.
- S. STIJNS, *Verbintissenrecht*, t. 1^{er}, Brugge, die Keure, 2005
- 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, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 325 et s.
- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005
- V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, Paris, Larose & Forcel, et Liège, Vaillant-Carmanne, 1893
- T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Bruxelles, Kluwer, 1996
- TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, éd. belge, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1848
- P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite)», *R.C.J.B.*, 1975, p. 597 et s.
- P. VAN OMMESLAGHE, «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, p. 735 et s.
- P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, p. 33 et s.
- P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 3 t., Bruxelles, Bruylant, 2010
- P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010
- C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992

Section II. – Rétroactivité en général

- A. CHAUSSE, «De la rétroactivité dans les actes juridiques», *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 529 et s.
- R. DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935
- 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, p. 163 et s.
- J. DEPRez, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, 2 vol., thèse Université de Rennes, 1953, multig.
- P. FORIERS, «Présomptions et fictions», *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 773 et s.

- M. GEGOUT, «Essai sur la rétroactivité conventionnelle», *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, p. 283 et s.
- F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, 3^e tirage, 1925, t. III, 1921, Paris, Sirey
- A.S. HARTKAMP, «Terugwerkende kracht», *W.P.N.R.*, 1991, p. 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, p. 257 et s. et p. 273 et s.
- R. HOUIN, «Le problème des fictions en droit civil», *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, Paris, Dalloz, 1948, p. 242 et s.
- R. JAMBU-MERLIN, «Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques», *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 271 et s.
- E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003
- S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001
- R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Rousseau, 1949
- MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. X, 5^e éd., Bruxelles, Tarlier, 1836, v^o *Effet rétroactif*
- Pand.*, t. XXXIV, v^o *Effet rétroactif*, Bruxelles, Larcier, 1890
- C.G.J. PIRON, «Terugwerkende kracht toekennen en uitsluiten : ja of nee», *W.P.N.R.*, 1993, p. 503 et s.
- J. SANDRA et R. MESSIAEN, «Fiscale aspecten van retroactiviteit in overeenkomsten en vennootschapsakten», *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, p. 415 et s.
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, «Les fictions en droit privé», *Arch. phil. dr.*, t. 20, 1975, p. 273 et s.

Section III. – Principe constitutionnel d'égalité

- N. BANNEUX, «L'égalité : clef du contentieux constitutionnel?», *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 5 et s.
- I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Groningen et Intersentia, 2003
- D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005
- 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. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 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, p. 257 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

- M. MELCHIOR et C. COURTOY, «L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle», *J.T.*, 2008, p. 669 et s.
- P. POPELIER, «Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever», *R.W.*, 2006-2007, p. 243 et s.
- B. RENAULD, «Lacune législative et devoir de juger», obs. sous Trav. Bruxelles, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 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, p. 419 et s.
- D. RIBES, «Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative», *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 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, p. 213 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, p. 10 et s.
- 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
- N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009
- P. VANDERNOOT, «Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses», *Rev. dr. ULB*, 2002/25, p. 1 et s.
- S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, t. 1, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010

Section IV. – Confirmation et nullité

- H. ADIDA-CANAC, «Actualité de l'inexistence des actes juridiques», *Rapport de la Cour de cassation de France*, 2004, p. 105 et s.
- V. BASTIAEN et G. THOREAU, «Les nullités en droit civil», *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1991, p. 9 et s.
- J. BUSCHE, «§§ 139-144», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2006, p. 1735 et s.
- I. CLAEYS, «Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging», *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 267 et s.
- G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1972
- D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Confirmation*, Paris, Dalloz, 2000
- J. DE CONINCK, «Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst : de openbare orde herbekeken», *R.G.D.C.*, 2004, p. 301 et s.
- C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1973

- M. DUPONT, «Nullité absolue et nullité relative», *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 33 et s.
- C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992
- J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988
- J. HIJMA, «Art. 3:50» et «Art. 3:53», *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, p. 58 et s.
- R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909
- P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003
- 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, p. 498 et s.
- Pand.*, t. XXIII, v^o *Confirmation*, Bruxelles, Larcier, 1887
- R.P.D.B.*, t. IX, v^o *Nullité*, Bruxelles, Bruylant, 1938
- C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, «Théorie générale des obligations», *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1957
- C. RENARD et E. VIEUJEAN, «Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 243 et s.
- 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.
- W. VAN GERVEN, «Onverbindendheid : blokkendoos of grabbelton?», *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, p. 483 et s.
- P.M. VERBEEK, «Artikel 55. (3.2.18) Bevestiging; termijnstelling», *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2008
- M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 569 et s.
- P. WÉRY, «Nullité, inexistance et réputé non écrit», *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 7 et s.

Section V. – Ratification

- CLAYES & ENGELS, *La rupture du contrat de travail. Chronique de jurisprudence 2002-2005*, Bruxelles, Larcier, 2006
- J. CLESSE et F. KEFER, «Examen de jurisprudence (1995 à 2001). Contrat de travail», *R.C.J.B.*, 2003, p. 117 et s.
- V. DOOMS, «Over het mandaat van een sociaal secretariaat bij ontslag», note sous Cass., 6 février 2006, *R.A.B.G.*, 2006, p. 1006 et s.
- T. FINKENAUER, «Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläubenschutz», *AcP*, 2003, p. 282 et s.

- P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980) (1^{re} partie) », *R.D.C.*, 1983, p. 107 et s.
- P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1990, p. 29 et s.
- P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 221 et s.
- P.A. FORIERS, « Actualités en matière de représentation », *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1 et s.
- P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 49 et s.
- 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, p. 133 et s.
- P.A. FORIERS, « Le mandat – Développements récents », *Knelpunten dienstencontracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, p. 31 et s.
- B. FRENCH, « §§ 164-185 », *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 219 et s.
- E. GAILLARD, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 28 mai 1982, *D.*, 1983, jur., p. 349 et s.
- K.-H. GURSKY, « §§ 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, p. 243 et s.
- J. HIJMA, « Art. 3:69 » et « Art. 3:71 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, p. 80 et s.
- R. JAFFERALI, « L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'État », *C.D.P.K.*, 2006, p. 623 et s.
- F. KURZ, obs. sous C. trav. Liège, 26 février 1996, *C.D.S.*, 1997, p. 144 et s.
- P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2006
- C. MAIRY, « Qui a le pouvoir de licencier? », *Ors.*, 2005 / 1, p. 20 et s.
- Pand.*, t. LXI, v^o Mandat, 1896, t. LXXXIII, v^o Ratification, Bruxelles, Larcier, 1906
- 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, p. 265 et s.
- J. PEETERS, « De bekrachtiging van een door en onbevoegde persoon gegeven ontslag om dringende redenen », note sous Trav. Leuven, 8 mai 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 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, p. 27 et s.
- E. SCHILKEN, « §§ 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, p. 1 et s.
- K.-H. SCHRAMM, « §§ 164-185 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, p. 1621 et s.

- L. SIMONT, «Exposé introductif», *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1990, p. 7 et s.
- L. SIMONT et P. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)», *R.C.J.B.*, 2001, p. 471 et s.
- M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982
- B. TILLEMANN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999
- B. VAN BRUYSTEGEM, «Over de bekrachtiging van een *actio mandati*», p. 188 et s., note sous *Comm. Hasselt*, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 188 et s.
- P.J. VAN DER KORST, «Artikel 69. (3.3.8) Bekrachtiging» et «Artikel 71. (3.3.10) Bewijs van volmacht», *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2001
- W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2005-2006*, vol. II, Mechelen, Kluwer, 2006
- 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, p. 273 et s.
- A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, Deventer, Kluwer, 1999
- 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, p. 37 et s.
- C. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 1998
- P. WÉRY, «Le mandat», *Rép. not.*, t. IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000

Section VI. – Condition

- C. ALTER, «Cantonnement amiable, affectation de compte et concours : état de la question», obs. sous Cass., 2 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 530 et s.
- M. ARMGARDT, «Die Pendentztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht», *AcP*, 2006, p. 654 et s.
- 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, p. 727 et s.
- M. BRINKMANN, «§§ 145-164», *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 183 et s.
- J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007
- R. DEMOGUE, «Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance», *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 723 et s.
- R. DEMOGUE, «De la nature et des effets du droit éventuel», *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 231 et s.
- 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, p. 146 et s.

- E. DIRIX, «“Nettingovereenkomsten” : niet voor broekjes», note sous C. const., 27 novembre 2008, n° 167/2008, *N.J.W.*, 2008, p. 926
- 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, p. 75 et s.
- E. EICHENHOFER, «Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum», *AcP*, 1985, p. 162 et s.
- H. EYGOUT, *De l’effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel, Eyboulet, 1922
- R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, Paris, L.G.D.J., 1935
- P.A. FORIERS, «Propos sur la condition résolutoire purement potestative», *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 115 et s.
- F. GEORGES, «Cantonnements et consignations», *J.T.*, 2004, p. 125 et s.
- F. GEORGES, «Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours», *J.L.M.B.*, 2009, p. 821 et s.
- P. GÉRARD, «Vers une définition nouvelle de l’obligation sous condition suspensive?», note sous Cass., 15 mai 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 108 et s.
- Y. HANNEQUART, «La Condition», *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1958
- J. HERBOTS, «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, p. 204 et s.
- R. HOUBEN, «Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen : geen netting», *R.D.C.*, 2009, p. 502 et s.
- I. PEETERS et A. ZENNER, «Het minnelijk kantonnement uitdrukkelijk erkend als een samenloopvermijdend contractueel waarborgmechanisme», note sous Cass., 2 février 2007, *R.D.C.*, 2007, p. 351 et s.
- J.A.J. PETER, *Levering van roerende zaken*, Deventer, Kluwer, 2007
- W.H.M. REEHUIS, A.H.T. HEISTERKAMP, G.E. VAN MAANEN et G.T. DE JONG, *Goederenrecht*, 12^e éd., Deventer, Kluwer, 2006
- V. SAGAERT, «Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement», note sous Cass., 2 février 2007, *R.W.*, 2006-2007, p. 1680 et s.
- A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Kluwer, Den Haag, 2003
- H.J. SNIJDERS et E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, 4^e éd., Deventer, Kluwer, 2007
- T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007
- 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, p. 345 et s.
- 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

- M. VAN QUICKENBORNE, «Libres propos sur la défaillance de la condition suspensive», note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2009, p. 292 et s.
- H.P. WESTERMANN, «§§ 158-163», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 4^e éd., München, C.H. Beck, 2001, p. 1567 et s.

Table des matières

7	Préface	
11	Avant-propos	
13	Chapitre I. – Introduction générale	
	Section I. – <i>Projet de recherche</i>	13
	§1. <i>Objet et intérêt de la recherche</i>	13
	1. Importance de la rétroactivité des actes et des faits juridiques.	13
	2. Études antérieures.	13
	3. Originalité de la recherche.	14
	4. Objet de la recherche – Hypothèses de travail.	15
	§2. <i>Méthode et plan de la recherche</i>	16
	5. Nécessité d'un regroupement par fonction des institutions étudiées.	16
	6. Fonctions de la rétroactivité.	17
	7. Découpage de la recherche.	18
	§3. <i>Limites de la recherche</i>	18
	8. Branches du droit étudiées.	18
	9. Éléments de droit comparé.	19
	10. Institutions étudiées.	20
	Section II. – <i>Notion de rétroactivité</i>	21
	11. Plan.	21
	§1. <i>Nature de la rétroactivité</i>	21
	12. Objectif.	21
	13. Image didactique.	21
	14. Fiction – Notion.	22
	15. Fiction – Régime.	25
	16. Réalité – Notion.	26
	17. Réalité – Substitution de règles nouvelles.	27
	18. Réalité – Consécration de la rétroactivité comme concept autonome.	27
	19. Intérêt pratique limité.	28
	§2. <i>Définition de la rétroactivité</i>	29
	20. Effet dans le passé.	29
	21. Effet immédiat – Notion.	30
	22. Effet immédiat – Illustration.	31
	23. Effet immédiat – Appréciation critique.	32
	24. Définitions proposées – Énoncé.	34

- 25. Définitions proposées – Commentaire. 34
- 26. Importance de la période intermédiaire. 36

Section III. – *Égalité et non-discrimination en droit privé* 36

§1. *Position du problème* 36

- 27. Intérêt du principe d'égalité. 36

§2. *Contrôle du respect du principe d'égalité* 38

- 28. Définition du principe d'égalité. 38
- 29. Question liminaire : les bénéficiaires du principe d'égalité. 39
- 30. Première étape : la comparabilité des situations. 39
- 31. Deuxième étape : l'objectivité du critère de différenciation. 44
- 32. Troisième étape : la détermination du but poursuivi par le législateur. 45
- 33. Quatrième étape : la pertinence de la différence de traitement. 46
- 34. Cinquième étape : la proportionnalité de la différence de traitement. 46

§3. *Sanction du principe d'égalité* 47

- 35. Principe. 47

I. *Absence de portée matérielle du principe d'égalité* 48

- 36. Position du problème. 48
- 37. Esquisse d'une solution. 51

II. *Comblement des lacunes législatives* 54

- 38. Notion. 54
- 39. Thèse restrictive. 55
- 40. Thèse extensive. 56
- 41. Thèse médiane. 58
- 42. Position de la Cour constitutionnelle. 60
- 43. Position des juges judiciaires. 62

§4. *Conclusion* 66

- 44. Caractère opérationnel du principe constitutionnel d'égalité. 66

69 **Chapitre II. – Les droits inachevés**

- 45. Généralités. 69

Section I. – *Confirmation* 69

§1. *Généralités* 69

I. *Notion* 69

- 46. Définition. 69
- 47. Distinctions. 70
- 48. Conditions et forme. 71

II. *Aperçu de la théorie des nullités* 74

- 49. Théorie classique des nullités. 74
- 50. Théorie moderne des nullités. 76

§2. <i>Période intermédiaire</i>	79
51. Nullité et annulation.	79
§3. <i>Effets de la confirmation</i>	81
I. <i>Aperçu général</i>	81
52. Droits belge et français.	81
53. Droit allemand.	81
54. Droit néerlandais.	83
II. <i>Effets entre parties</i>	83
55. Position majoritaire – Effet rétroactif de la confirmation.	83
56. Critique – Différence entre confirmation et validation.	84
57. Critique – Absence d’effet rétroactif de la confirmation.	88
58. Critique – Conséquences de la prétendue rétroactivité de la confirmation.	90
59. Explication du prétendu effet rétroactif.	91
60. Transposition du raisonnement à la régularisation.	91
III. <i>Effets à l’égard des tiers</i>	92
A. <i>Position du problème</i>	92
61. Position majoritaire.	92
62. Critique – Absence d’effet rétroactif de la confirmation.	93
63. Intérêt de l’étude de la réserve du droit des tiers.	93
B. <i>Point de départ du raisonnement</i>	94
64. Cas d’école.	94
65. Observations liminaires.	95
66. Justification classique – Transfert du droit de critique.	97
67. Variantes du cas d’école.	100
68. Justification alternative – Portée autonome de l’article 1338, alinéa 3.	100
69. Appréciation critique.	102
70. Portée de la réserve du droit des tiers.	103
C. <i>Extension de la problématique</i>	104
71. Approche systématique.	104
72. Autres titulaires du droit de critique.	105
73. Ayants cause à titre particulier.	105
74. Suite – Analyse.	107
75. Ayants cause universels.	110
76. Créanciers chirographaires.	110
77. Cautions et codébiteurs solidaires.	111
Section II. – <i>Ratification</i>	112
§1. <i>Généralités</i>	112
78. Notion.	112
79. Conditions et forme.	114
80. Terminologie.	115
§2. <i>Période intermédiaire</i>	117

81. Position du problème.	117
82. Nullité de l'acte accompli sans pouvoir.	118
83. Suite – Critiques.	120
84. Suite – Cas particulier des actes de procédure.	122
85. Inopposabilité de l'acte accompli sans pouvoir.	123
86. Suite – Précisions et critiques.	124
87. Suspension des effets internes principaux de l'acte accompli sans pouvoir.	126
§3. <i>Alternative à la ratification : le mandat incontesté</i>	128
I. <i>Jurisprudence de la Cour de cassation</i>	128
88. Arrêt du 18 septembre 1964.	128
89. Suite – Analyse.	130
90. Fondement de la règle.	133
II. <i>Variétés de tiers</i>	135
91. Tentative de systématisation.	135
92. Tiers consentant.	136
93. Tiers non consentant en relation contractuelle avec le représenté.	137
94. Tiers non consentant sans relation contractuelle avec le représenté.	137
95. Tiers non consentant destinataire d'un acte de procédure.	138
III. <i>Droit comparé</i>	141
96. Droit allemand.	141
97. Droit néerlandais.	143
98. Synthèse.	144
IV. <i>Appréciation critique</i>	145
99. Remise en cause du régime de la ratification.	145
100. Rapports avec la théorie de l'apparence.	147
101. Sanction du dépassement du délai raisonnable.	148
§4. <i>Effets de la ratification</i>	151
I. <i>Aperçu général</i>	151
102. Droits belge et français.	151
103. Droit allemand.	151
104. Droit néerlandais.	153
II. <i>Effets à l'encontre du représenté</i>	154
105. Principe – Effet rétroactif.	154
106. Fondement de la rétroactivité – Solution traditionnelle et critique.	156
107. Fondement de la rétroactivité – Respect de la volonté du tiers contractant.	158
108. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le représentant.	160
109. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le tiers contractant.	162
III. <i>Effets à l'encontre du tiers consentant</i>	165

110. Principe – Effet rétroactif.	165
111. Fondement de la rétroactivité.	167
IV. <i>Effets à l'encontre du représentant</i>	168
112. Principe – Effet rétroactif.	168
V. <i>Effets à l'encontre des autres tiers</i>	168
113. Principe – Effet rétroactif sous réserve des droits acquis des tiers.	168
114. Maintien des exigences de la publicité foncière.	170
115. Fondement de la réserve du droit des tiers.	172
116. Notion de tiers.	174
117. Notion de droit acquis.	178
118. Absence d'autre limite à l'effet rétroactif de la ratification.	183
VI. <i>Cas particulier des actes de procédure</i>	184
119. Régime.	184
VII. <i>Synthèse et application</i>	187
120. Synthèse des effets de la ratification.	187
121. Application au congé pour motif grave.	188
122. Nature de la rétroactivité de la ratification.	193
Section III. – <i>Condition</i>	194
§1. <i>Généralités</i>	194
123. Notion.	194
124. Unité ou dualité de la condition.	197
§2. <i>Période intermédiaire</i>	199
I. <i>Condition suspensive</i>	199
125. Thèse classique – Inexistence de l'obligation, voire du contrat.	199
126. Thèse moderne – Suspension de l'exécution de l'obligation conditionnelle.	200
127. Réception de la thèse moderne par la doctrine.	201
128. Existence de l'obligation conditionnelle – Persistance des controverses.	203
129. Effets de l'obligation pendente condicione – Suspension de l'exécution de l'obligation.	204
130. Effets de l'obligation pendente condicione – Existence de l'obligation.	205
131. Suite – Jurisprudence.	208
II. <i>Condition résolutoire</i>	209
132. Régime.	209
§3. <i>Effets de la réalisation de la condition suspensive</i>	211
I. <i>Aperçu général</i>	211
133. Droits belge et français.	211
134. Droit allemand.	212
135. Droit néerlandais.	215

II. <i>Fondement et limites</i>	219
136. Thèse de la rétroactivité de la condition comme réalité juridique.	219
137. Suite – Critique.	220
138. Thèse négatrice de la rétroactivité de la condition.	222
139. Suite – Critique.	224
140. Thèse médiane – La rétroactivité comme sanction du droit conditionnel.	226
141. Dérogation conventionnelle à la rétroactivité de la condition.	228
III. <i>Effets entre parties</i>	230
A. <i>Exigibilité de l'obligation</i>	230
142. Position du problème.	230
143. Arrêt du 15 septembre 1983.	231
144. Suite – Analyse.	232
145. Intérêt pratique.	235
B. <i>Délais impératifs</i>	235
146. Distinction selon la nature du délai.	235
C. <i>Fruits</i>	237
147. Principe.	237
D. <i>Plus-value et moins-value</i>	240
148. Perte totale de la chose par cas fortuit.	240
149. Perte partielle de la chose par cas fortuit.	241
150. Diminution de valeur de la chose pour une cause étrangère.	241
151. Perte de la chose par la faute du débiteur conditionnel.	242
152. Augmentation de valeur de la chose.	242
IV. <i>Effets à l'égard des tiers</i>	243
A. <i>Principe</i>	243
153. Protection du créancier conditionnel.	243
B. <i>Actes et faits juridiques concernés</i>	244
154. Actes de disposition.	244
155. Actes d'administration.	245
156. Actes de conservation.	247
157. Saisies et jugements.	248
158. Cantonnement amiable.	249
159. Prescription acquisitive.	252
160. Autres faits juridiques.	253
C. <i>Portée de l'effet rétroactif</i>	254
161. Sort des actes et faits concernés.	254
162. Exception – Protection des tiers de bonne foi.	255
163. Extension – Validation des actes accomplis par le créancier conditionnel.	259
§4. <i>Effets de la défaillance de la condition résolutoire</i>	261
164. Rapprochement avec la réalisation de la condition suspensive.	261
165. Critique – Absence d'effet rétroactif.	262

	166. Régime.	263
	Section IV. – <i>Analyse critique des droits inachevés</i>	263
	167. Plan.	263
	§1. <i>Absence de régime unique de la rétroactivité</i>	264
	168. Division des droits inachevés.	264
	§2. <i>Rapprochement des régimes par le principe d'égalité</i>	266
	169. Objet limité de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits acquis des tiers.	266
	170. Position du problème.	267
	171. Comparabilité des situations.	268
	172. Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens.	270
	173. Proportionnalité – Généralités.	271
	174. Proportionnalité – Actes de disposition volontaires du débiteur conditionnel.	273
	175. Proportionnalité – Nouvelles causes de préférence – Généralités.	274
	176. Suite – Appréciation fondée sur le but classique de la rétroactivité de la condition.	276
	177. Suite – Évolution de la pratique des affaires.	277
	178. Suite – Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.	279
	179. Suite – Arrêt n° 167/2008 du 27 novembre 2008.	283
	180. Suite – Appréciation critique.	285
	181. Conclusion – Caractère opérationnel du principe d'égalité.	286
287	Chapitre III. – Premiers enseignements et perspectives	
	182. But de l'étude.	287
	183. Notions-clefs : rétroactivité et égalité.	287
	184. Objet de l'étude : les « droits inachevés ».	288
	185. Confirmation.	288
	186. Ratification.	289
	187. Condition.	290
	188. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité.	291
	189. Perspectives.	292
293	Bibliographie	

