

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La lettre de Belgique



La lettre de Belgique

Christine BIQUET-MATHIEU, Pascale LECOCQ
et Yves-Henri LELEU*

Sur l'aimable invitation du professeur Didier Lluellas, directeur de la *Revue juridique Thémis*, nous rédigeons cette « lettre de Belgique », en ce mois de septembre 2007. Nous voulons ainsi présenter quelques facettes et évolutions de notre droit privé.

Le droit privé belge ne puise pas ses seules racines dans les textes du *Code civil*, ni même, quoiqu'elle soit loin d'être négligeable, dans l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence traditionnelle des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Sous l'influence notamment du droit communautaire, nombre de législations spécifiques ont vu le jour. Faisant suite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, des institutions ont été réformées et des choix de société opérés. Les normes législatives sont également soumises aujourd'hui au contrôle de la Cour constitutionnelle à l'aune des principes d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution). Le droit privé n'est pas épargné par cette censure, s'agissant même des textes du *Code civil* vieux de plus de 200 ans¹.

C'est dans ce contexte que nous évoquons quelques grands traits du droit des personnes et des familles (I), du droit des biens (II) et du droit des obligations et des contrats (III).

* Christine Biquet-Mathieu est professeur ordinaire à l'Université de Liège. Pascale Lecocq est professeur ordinaire à l'Université de Liège, maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles. Yves-Henri Leleu est professeur ordinaire à l'Université de Liège, chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles et avocat (GREENILLE-Bruxelles).

¹ On accèdera aux législations internes consolidées et aux arrêts de la Cour de cassation sur le site [<http://www.just.fgov.be>], aux arrêts de la Cour constitutionnelle, jusqu'il y a peu dénommée Cour d'arbitrage, sur le site [<http://www.arbitrage.be>].

I. Droit des personnes et des familles

Yves-Henri LELEU

De 1999 à 2007, le droit des personnes et des familles belge s'est métamorphosé. Un changement de majorité politique n'y est pas étranger : la formation alors majoritaire en Belgique depuis 30 ans, les démocrates-chrétiens flamands, a été renvoyée dans l'opposition au profit d'une coalition « violette » (libérale, socialiste, écologiste), cela juste un an après avoir proclamé, par la voix de son président de parti, que le débat sur certains sujets éthiques, dont l'euthanasie, était « *onbespreekbaar* » (non discutable). Par un effet retour, presque « boomerang », plusieurs lois ont été promulguées dans les domaines les plus discutés du droit des personnes et des familles.

C'est ainsi qu'à la suite du droit néerlandais, non sans effet d'emprunt compte tenu de la coexistence dans notre pays de deux nations de culture différente, la Belgique est devenue l'un des premiers systèmes juridiques à légaliser l'euthanasie, ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Dans la foulée, elle a poursuivi le démantèlement des effets civils du mariage en créant un statut de cohabitation légale, en l'ouvrant aux personnes de même sexe, en objectivant le droit du divorce et en dissociant mariage, filiation et hébergement des enfants. Nous donnons ci-après les lignes de forces de ces lois, avant d'avancer quelques réflexions d'ensemble.

A. Euthanasie

L'euthanasie est le fait d'administrer intentionnellement la mort à autrui à sa demande. Sa dépénalisation par la loi du 28 mai 2002² répond, adéquatement selon nous, à une demande sociale, et prend rang dans une nouvelle hiérarchie des valeurs : le respect de l'autonomie du malade prime la défense de la vie à tout prix, celle-ci s'entendant aussi d'un point de vue qualitatif. Ainsi, le médecin qui

² Voy. not. : W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », *Rev. dr. int. comp.*, 2003, 233 ; O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2003, 71 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et au Pays-Bas », *Rev. trim. D. H.*, 2004, 1 ; T. VANSWEEVELT, « De euthanasiewet: de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid? », *Rev. Dr. Santé*, 2003, 216.

pratique une euthanasie dans les conditions légales ne commet-il pas d'homicide (art. 3). Mais seule la demande d'euthanasie est un droit du patient, le médecin pouvant refuser de pratiquer l'acte en invoquant une « *clause de conscience* » (art. 14).

Le patient doit être majeur, se trouver dans une situation médicale sans issue et (faire) état d'une souffrance physique ou psychique insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable » (art. 3, § 1^{er}). La souffrance n'est pas réductible à la douleur et peut être morale. Les vérifications s'opèrent dans le « colloque singulier » patient-médecin, sur avis obligatoire d'un second médecin indépendant (art. 3, § 2). La notion de « situation médicale sans issue » est significative de la volonté de ne pas limiter l'euthanasie à la phase terminale au nom de l'autonomie du patient. Le fait que le décès n'interviendra pas à brève échéance accentue cependant le contrôle : délai de réflexion d'un mois et consultation d'un autre médecin, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée (art. 3, § 3).

Au centre du processus se trouve la demande du patient. Elle doit être écrite, volontaire, réfléchie et répétée, tout en demeurant révocable. Une information et une concertation préalables sont organisées (art. 3, § 2). Les *majeurs incapables* – en droit ou en fait – ne peuvent formuler une demande d'euthanasie, même par l'intermédiaire de leur représentant. Ils peuvent par contre rédiger une « déclaration anticipée » et y exprimer leur volonté qu'un médecin pratique une euthanasie ou qu'une personne de confiance répercute ce souhait au moment opportun auprès d'un médecin (art. 4, § 1^{er}). Pour donner suite à de telles directives, le médecin doit constater la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'inconscience du patient (art. 4, § 2). Sont ainsi exclues de la faculté de demander l'euthanasie les personnes devenues incapables sans avoir rédigé une telle déclaration (ex. : patient *alzheimer*) et les mineurs.

Le respect d'une procédure de contrôle *a posteriori* des euthanasies est la dernière condition de leur dépénalisation. Le médecin doit signaler son acte à une Commission fédérale pluridisciplinaire (art. 6, § 2) qui vérifie le respect du cadre légal en amont des autorités judiciaires. Si elle n'est pas convaincue du respect des conditions légales, elle peut décider de transmettre le dossier au procureur du Roi qui poursuivra le médecin, s'il l'estime nécessaire (art. 8, al. 3).

B. Mariage entre personnes de même sexe

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la loi du 13 février 2003³ s'est faite sans la moindre difficulté technique (art. 143, al. 1^{er} C.civ.), mais non sans traumatisme idéologique. D'un affrontement des idées a jailli non un compromis, mais une ouverture, et en a donc résulté une impression d'attaque de l'institution du mariage chez ceux qui estimaient que l'ouvrir à tous en dévaloriserait la portée juridique et symbolique.

Deux personnes de même sexe peuvent donc se marier, mais la présomption de paternité n'est pas applicable au sein du couple (art. 143, al. 2 C.civ.). L'ouverture de l'adoption aux adoptants de même sexe permet toutefois l'accès d'un couple homosexuel à la parenté juridique (*infra*).

C. Cohabitation légale

La cohabitation légale (art. 1475-1479 C.civ.) est en quelque sorte le « P.A.C.S. » belge. Elle a émergé de la loi du 23 novembre 1998⁴ après de longs débats parlementaires autour de l'institutionnalisation du ménage de fait, principalement pour bannir certaines discriminations ressenties par les couples de même sexe. Il en est résulté une loi de compromis accordant certes aux couples qui ne peuvent ou ne veulent se marier une certaine protection patrimoniale, mais en retrait de propositions plus ambitieuses. Il fallait (nous sommes avant la date-charnière de 1999 évoquée en préambule) éviter de concurrencer le mariage, raison pour laquelle l'on a minimisé la portée du statut et multiplié les symboles : la cohabitation légale est ouverte à d'autres que les couples unis par une relation affective et sexuelle (fratries), elle figure au titre « Des différentes manières

³ Voy. not. et comp. : J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, 439 ; D. STERCKX, « Le mariage », *J.T.*, 2004, 257.

⁴ Voy. not. : C. COUQUELET, Y.-H. LELEU et E. von FRENCKELL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », dans Y.-H. LELEU (dir.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Liège, C.U.P., p. 7 ; N. DANDOY et F. TAINMONT, « Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Rev. Rég. Dr.*, 1999, 263 ; C. DE BUSSCHERE, « La cohabitation légale : loi du 23 novembre 1998 », *Notarius*, 1999, 26 ; P. SENAËVE et E. COENE, « De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning », *E.J.*, 1998, 150.

d'acquérir la propriété», elle ne modifie pas l'état des cohabitants et demeure révocable *ad nutum*.

Ces précautions paraissent vaines à l'heure où le mariage est ouvert aux couples de même sexe (*supra*). Et même conçue *a minima*, la cohabitation légale ne manque pas d'attraits : elle facilite la conclusion de conventions portant un régime patrimonial cohérent, permet à un cohabitant non marié d'hériter (loi du 28 mars 2007) et présente d'importants avantages... fiscaux (droits de succession).

D. Divorce

Notre droit du divorce est enfin objectivé, par la loi du 27 avril 2007, la plus récente ici commentée⁵, longtemps après la plupart des pays plus au nord ou plus à l'est, et après plusieurs pays au sud, y compris la France. Malgré un large consensus sur la nécessité d'une réforme à portée objectivante et pacificatrice du conflit, les débats ont été vifs au Parlement. L'institution juridique du mariage a encore été symboliquement très affectée par l'objectivation des causes de divorce, par contre elle conserve sa force – patrimoniale – grâce aux nouvelles modalités des effets alimentaires du divorce.

La « désunion irrémédiable » (art. 229 C.civ.) est devenue, à côté du « consentement mutuel » (art. 233 C.civ.), la seule cause de divorce judiciaire. Elle est objective, déliée des comportements des époux. Ses modalités de preuve varient, mais elle permet, dans la forme la plus « rapide », à un époux d'obtenir le divorce en un peu plus de 1 an sur demande unilatérale, et en un peu plus de 3 mois sur demande conjointe. Ainsi, le fait s'impose-t-il au juge ; il l'oblige à dissoudre le mariage. On peut donc constater l'émergence d'un droit au divorce – pas encore à la pension alimentaire. Le droit des familles diminue ainsi, à juste titre, son emprise sur la vie privée et sexuelle, il préserve l'intimité des époux qui ne veulent pas s'étendre ou chercher les raisons de leur rupture.

Les griefs ne peuvent être avancés que par la suite, dans l'éventuelle procédure de demande de pension alimentaire : seul le créancier ayant commis une « faute grave » rendant intolérable la poursuite de la vie commune peut en être privé. Il est à escompter que la « faute grave » agira à la manière d'une clause de dureté, auquel cas, dans

⁵ Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *La réforme du divorce*, Bruxelles, Larcier, 2007.

la majorité des situations la pension alimentaire sera établie selon des critères totalement objectifs : l'état de besoin du créancier (art. 301, § 2 C.civ.), une limitation à la durée du mariage (art. 301, § 4, al. 1^{er} C.civ.), le tout sauf circonstances particulières à déterminer par le juge, parmi lesquelles on compte notamment les décisions quant à l'organisation des besoins durant la vie commune (art. 301, § 3 C.civ.). La pension prend fin de plein droit avec le remariage ou la cohabitation légale, ou sur décision du juge en cas de vie maritale (art. 301, § 10 C.civ.). Ces critères signifient une rupture juridique et symbolique avec l'ancien régime. En ayant égard aux modes de fonctionnement économiques du couple, le droit du divorce cesse de lier affect et argent, et s'attache aux vrais problèmes des couples séparés, ceux liés aux ressources financières une fois le deuil de la relation fait. Il ne s'attache plus aux bons ni aux mauvais comportements, sauf ceux très graves, comme il se doit. Il quitte donc enfin son rôle sanctionnateur pour endosser celui d'accompagnateur, ici des besoins économiques d'un demandeur d'aliments blessé par les conséquences de la vie commune et non par une escapade ou une incartade.

La procédure, quant à elle, est radicalement simplifiée : des passerelles existent entre le divorce demandé unilatéralement et celui sur demande conjointe (art. 1255, § 3 C. jud.), et entre le divorce par consentement mutuel et le divorce judiciaire en cas d'abandon de la procédure consensuelle (art. 1294*bis*, § 1^{er} C. jud.). Dans ce dernier cas, les conventions préalables peuvent servir de base à un accord définitif sur les effets du divorce (art. 1294*bis*, § 2 C. jud.). Plus généralement, les accords partiels en cours de procédure sont encouragés et peuvent recevoir l'entérinement du juge, sauf ceux qui concernent la liquidation du régime matrimonial, qui doivent être réitérés après le prononcé du divorce (art. 1256 et 1257 C. jud.).

E. Filiation

Une loi du 1^{er} juillet 2006⁶ s'est assignée le difficile objectif de réformer le droit de la filiation qui régnait depuis 1987, à la suite de

⁶ *Loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci*, M.B., 29 décembre 2006 ; amendée par une loi-programme, publiée un jour avant la loi modifiée. Voy. not. : M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, 2007, 114 ; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », dans D. PIRE (dir.), *Droit des*

l'adaptation de notre droit à l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait stigmatisé tant d'anciennes discriminations⁷. Elle entend poursuivre sa modernisation au travers de différents objectifs : égalité entre les filiations maternelle et paternelle, fin de l'hégémonie du lien marital, importance accrue du fondement biologique de la filiation (tempéré toutefois par la possession d'état) et rôle central octroyé à l'intérêt de l'enfant.

Tout d'abord, pour répondre à la multitude d'arrêts de la Cour constitutionnelle ayant sanctionné le législateur pour n'avoir, en 1987, pas encore respecté le principe d'égalité et de non-discrimination, le législateur a uniformisé le régime de différentes institutions. Il existe désormais un véhicule procédural unique pour l'établissement de la filiation (paternelle ou maternelle) par reconnaissance (art. 329*bis* C.civ.) et par décision de justice (recherche de filiation – art. 332 *quinquies* C.civ.) ; les régimes de contestation de filiation sont analogues quant aux titulaires des actions et aux délais (art. 312, § 2 et 318, § 2 C.civ. pour la contestation de filiation légale ; art. 330, § 1^{er} C.civ. pour la contestation de reconnaissance).

Ensuite, le législateur poursuit sa tendance, initiée en 1987 à découpler mariage et filiation, désacralisant encore le premier. Pour la première fois, dans différentes hypothèses, la présomption de paternité du mari est écartée alors même que le mariage n'est pas dissous si le lien marital est distendu (art. 316*bis* C.civ.). Concrètement, par exemple, si l'enfant naît plus de 300 jours après l'inscription des époux à deux adresses différentes, il ne sera pas celui du mari, sauf déclaration contraire des deux époux.

Dans la foulée, et non sans cohérence, la loi a donné des droits d'action au parent biologique, alors même que la Cour constitutionnelle ne l'y obligeait pas. Le père biologique peut désormais contester la paternité du mari (art. 318, § 2 C.civ.), à condition d'établir la sienne.

familles, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, p. 43 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles. Mise à jour. La filiation. L'autorité parentale*, Bruxelles, Larcier, 2007 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est (presque) arrivé ! », *J.T.*, 2007, 365.

⁷ C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, *Publ. C.E.D.H., Série A*, n° 31, 395 ; F. RIGAUX, « La loi condamnée », *J.T.*, 1979, 513.

D'autres adaptations sont moins fondamentales mais tout aussi nécessaires. Ainsi est modifié le point de départ du délai d'action du mari qui entend contester sa paternité : alors qu'auparavant, il devait agir dans un strict délai d'un an à dater de la naissance de l'enfant ou de sa prise de connaissance, il peut aujourd'hui engager son action dans un délai d'un an à dater de la connaissance qu'il aura du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant. L'époux qui apprend donc postérieurement au premier anniversaire de l'enfant qu'il n'en est pas le père ne sera dès lors plus démuné.

Le législateur de 2006, tout comme son prédécesseur de 1987, raisonne encore selon les deux unités de mesure traditionnelles en matière de filiation : la réalité biologique et la réalité sociologique. Nous conservons donc un droit bicéphale en ce que, d'un côté, les facultés d'action du parent génétique sont accrues, mais de l'autre, la possession d'état, la parenté socio-affective est généralisée dans sa fonction de cause d'irrecevabilité de toute action destructrice de filiation.

Enfin, dernière idée centrale du nouveau dispositif, la préoccupation de l'enfant et l'appréciation de son intérêt. L'enfant devient un véritable « acteur » de la procédure en matière de filiation. Ainsi, il devra consentir à toute demande de reconnaissance s'il est âgé de plus de 12 ans (art. 329bis, § 1^{er} C.civ.) alors qu'auparavant, le seuil était fixé à 15 ans. Ainsi encore, il pourra engager une action en contestation de paternité dès 12 ans (art. 318, § 2 C.civ.). À côté de cela et toujours dans cette optique, le contrôle judiciaire de son intérêt à voir sa filiation établie (par reconnaissance ou recherche de paternité/maternité) est renforcé : l'article 329bis du *Code civil* prévoit que si l'enfant est âgé de plus d'1 an, le tribunal procédera d'office au contrôle de son intérêt et pourra refuser de reconnaître un lien de filiation en dépit d'une réalité biologique.

F. Adoption interne, internationale et ouverture aux couples de même sexe

L'adoption interne et internationale a été réformée par la loi du 24 avril 2003, en premier lieu pour mettre en harmonie le droit belge avec les principes internationaux inspirés par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, elle-même résultant du succès et, malheureusement, des déboires de l'adoption inter-

nationale. Le législateur a saisi l'occasion pour moderniser le droit de l'adoption interne, sans, dans un premier temps, l'ouvrir aux couples de même sexe.

L'adoption interne et l'adoption internationale sont conçues dans un même esprit et suivent une procédure commune, tant que possible : les garanties instaurées et les certifications requises sur le plan international (ex. : jugement d'aptitude à adopter) le seront pour la plupart en interne ; de mi-contractuelle, l'adoption devient judiciaire ; le poids de l'intérêt de l'enfant s'accroît et s'ajoute à la protection de ses droits fondamentaux.

L'adoption étant, en Belgique, une matière partagée entre l'État fédéral et les Communautés (art. 5 loi du 8 août 1980), des instances communautaires sont créées pour assumer la préparation à l'adoption et son suivi (décret de la Communauté française du 31 mars 2004).

La réforme qui singularise notre pays dans le contexte mondial, à la suite de quelques précurseurs, est sans conteste l'ouverture à l'homoparentalité par adoption (loi du 18 mai 2006). Le choix a été fait de ne pas refuser l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe au nom de l'intérêt de l'enfant, si difficile à définir *in abstracto*, mais plutôt de la tolérer en reportant sur un juge et des services compétents l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de chaque enfant impliqué dans une famille homoparentale ou en voie de l'être.

G. Hébergement de l'enfant et autorité parentale

Par la *Loi du 18 juillet 2006 relative à l'hébergement égalitaire et à l'autorité parentale*⁸, le législateur belge a innové à divers égards. Principalement, il tente de remédier à l'imprévisibilité des solutions judiciaires en érigeant l'hébergement égalitaire (temps partagé) en

⁸ F. APS, « De wet van 18 juli 2006: promotie van het gelijkmatig verdeeld verblijf voor kinderen van gescheiden ouders en optimalisering van de uitvoeringsmaatregelen tegen de onwillige ouder(s) », *R.W.*, 2007, 1422 ; N. DANDOY et Fl. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, 177 ; G. HIERNAUX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 9 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.*, note 6.

modèle de référence qui, à la demande d'un des parents au moins, doit être examiné prioritairement par le tribunal (art. 374, § 2, al. 2 C.civ.) et, s'il est refusé, faire l'objet d'une motivation spéciale.

Autre pan d'action, la modernisation de la procédure. La loi favorise, en cette matière, le consensus en promouvant les accords entre parties (art. 374, § 2, al. 1^{er} C.civ.), la conciliation et la médiation (art. 387bis, al. 2 C.civ.). Elle instaure aussi le principe de la saisine permanente du tribunal de la jeunesse (art. 387bis, al. 5 C.civ.) qui permet aux parties, en cas d'élément nouveau, de ramener la cause devant le tribunal par simple dépôt de conclusions ou demande écrite au greffe.

Dernière innovation non négligeable, l'accroissement de l'effectivité des décisions en matière d'hébergement. Notons à cet égard la possibilité pour le juge d'assortir l'astreinte qu'il prononce d'un « super-privileège », à savoir la saisissabilité de l'ensemble des revenus du débiteur sans aucune limitation (art. 387ter, § 1^{er}, al. 6 C.civ. et art. 1412 C. jud.), et celle d'autoriser la partie victime de la violation de la décision, à recourir à des mesures de contrainte telle que la reprise forcée de l'enfant par un huissier de justice (art. 387ter, § 1^{er}, al. 5).

H. Réflexions conclusives

Notre point de vue sur les récentes mutations du droit des personnes et des familles est d'y voir bien plus qu'un effet de rattrapage lié aux mouvements politique. Le droit des personnes et des familles belges s'est définitivement réorienté. Il a renoncé, selon nous⁹, à prétendre structurer la société autour d'un seul modèle familial, pour aligner les comportements personnels et les réseaux familiaux sur des modèles en nombre restreint en sanctionnant par un déni de droit les « modalités imparfaites de la vie familiale ». Un *Code civil* discriminant s'est incliné, définitivement, devant l'émergence de familles autres, l'individu a pris le pas sur le groupe, la norme collective s'est dévaluée et commence à passer pour une intruse dans l'espace d'autodétermination.

⁹ Y.-H LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 3, p. 16 et 17.

Sans nier la fonction symbolique du droit, incontestable dans la présente matière et utile pour forger les identités et l'inconscient collectif, nous pensons qu'elle doit s'exprimer dans des normes larges et peu contraignantes. Le droit des personnes et des familles gagne à se recentrer sur son objet – les individus et les entités familiales – et à moins s'attacher aux projets de société.

Les lois commentées témoignent d'une désinstitutionnalisation de la vie familiale, de sa privatisation et de la promotion des droits individuels. La personne devient *a priori* libre de ses choix dans une société qui exige moins de concessions. La famille demeure un lieu privilégié de recherche du mieux-être, mais sans autres hiérarchies que celle nécessaire à l'éducation des enfants. Réceptif à la nouveauté, le droit des personnes et des familles s'attache désormais à « accompagner » les nouvelles formes de famille et les nouvelles revendications juridiques en matière de statut des personnes, et à développer les moyens de satisfaire les éventuels besoins de normes ou de statut, même si ces besoins ne concernent qu'un nombre limité de personnes, pour autant que se nouent des conflits de droits fondamentaux.

Se profile ainsi en Belgique un droit des personnes et des familles plus accompagnateur que structurant, qui renonce aux normes trop prescriptives ou prohibitives au nom de l'intérêt général. Il s'attache à améliorer les moyens mis à la disposition des autorités saisies de cas individuels, principalement les juges. Ce sont eux, en effet, qui doivent réaliser les pondérations concrètes d'intérêts en présence. Il est certes toujours permis d'interdire à un droit qui touche au plus près les rapports humains, mais jamais sans légitimité ni proportionnalité.

II. Droit des biens

Pascale LECOCQ

Empruntant à Christian Atias sa séduisante formule¹⁰, nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion d'écrire que le droit des biens

¹⁰ Voy. Christian ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Paris, Litec, 2000, n° 8.

est un vieux droit, mais non un droit vieilli¹¹. Il convient en effet de ne pas confondre sobriété dans l'œuvre législative et sclérose du droit. Si le Livre II du *Code civil*, relatif à la propriété et aux droits réels¹², n'a connu que peu de modifications formelles¹³, le droit des biens, appliqué sans cesse par les juristes de toutes pratiques, évolue perpétuellement, sans ostentation, le plus souvent dans une œuvre féconde de la jurisprudence et de la doctrine.

Le droit des biens s'adapte, doit s'adapter nécessairement puisque le bien étant *une chose qu'il est utile et possible de s'approprier*¹⁴, l'homme et son imagination, l'homme et son avidité aussi, nourrissent tous les jours davantage la matière. L'évolution n'est

¹¹ Voy. ainsi P. LECOCQ, «De la prescription acquisitive abrégée : autour et alentour du juste titre», note sous Cass., 7 septembre 2001, *Revue critique de jurisprudence belge* 425 et suiv., spécialement n° 1 ; P. LECOCQ, «Les servitudes : entre tradition et modernité», dans *Journal des Tribunaux, Bicentenaire du Code civil, 1804 – 2004*, p. 285 et suiv., spécialement n° 5 ; P. LECOCQ, «Le Code Napoléon, un modèle conservé» dans *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la direction de Th. REVET, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 437 et suiv., spécialement n° 18.

¹² Pour rappel : les provinces belges incorporées à la France en 1795 se sont vues naturellement appliquer le « *Code civil des Français* » promulgué par la loi du 21 mars 1804, contenant la réunion des lois civiles en un corps de lois. Le *Code civil* de 1804 régna aussi, dès 1810, sur les départements qui avaient constitué le Royaume de Hollande, de telle sorte que c'est bien ce Code qui régissait le droit civil des Pays-Bas lorsque les provinces belges y furent intégrées (1815-1830). Dès 1815 fut affirmée aux Pays-Bas la volonté de rédiger de nouveaux Codes mais le Code civil du Royaume des Pays-Bas ne devait toutefois entrer en vigueur que le 1^{er} février 1831. Trop tard puisque le 14 janvier 1831, le gouvernement provisoire belge révoquait et les arrêtés royaux portant l'entrée en vigueur des Codes néerlandais et la loi d'abrogation des Codes Napoléon. Résultat : le *Code civil des Français* est appliqué en Belgique dès la Constitution de celle-ci.

¹³ Ainsi en matière de copropriété, de baux consentis par l'usufruitier (art. 595 C.civ.), de droit de passage pour cause d'enclave (art. 682 à 685 C.civ.), etc. On notera, à titre incident, que la question du champ d'application de l'article 595 C.civ. a suscité de multiples interrogations en droit belge, et ce jusqu'au stade de notre Cour, appelée désormais, constitutionnelle (et par le passé Cour d'arbitrage) : voy. C. arbit., 4 Mai 2005, *Revue du Notariat belge*, 2005, n° 2989, 532, note d'Étienne GRÉGOIRE, «Le sort du bail à ferme consenti par l'usufruitier à l'expiration de l'usufruit : les arrêts de la Cour de cassation des 2 avril 1998 et 30 avril 2004 et de la Cour d'arbitrage du 4 mai 2005». Voy. pour l'exposé de ces modifications du Code : P. LECOCQ, «Le Code Napoléon, un modèle conservé», *op. cit.*, note 11, n° 15.

¹⁴ F. ZENATI et Th. REVET, *Droit civil, Les biens*, 2^e éd. mise à jour, Paris, PUF, 1997, n° 1, p. 13.

pourtant point toujours aisée, spécialement à propos de biens dont le législateur français de 1804 ne pouvait d'évidence prévoir le développement, s'agissant de biens à des années lumière de la propriété foncière, tels que, jadis, l'électricité, les titres au porteur, aujourd'hui, les quotas de gaz à effet de serre, les numéros de carte de crédit, les organes du corps humain, l'image de la personne ou de la chose. L'on épinglera ainsi l'abondante évolution législative en matière de ce que l'on nomme la « propriété » littéraire, artistique ou industrielle, bref l'ample domaine des droits intellectuels¹⁵, dominé, faut-il le dire, par de nombreuses conventions internationales et influencé par l'Europe.

L'intervention législative est-elle la panacée toutefois ? L'immobilisme du législateur, à l'inverse, ne risque-t-il pas de conduire à l'impasse ? La jurisprudence peut-elle toujours utilement combler les vides, sans verser dans la casuistique ? Autant de questions sans réponse qui toutes peuvent être illustrées par une problématique contemporaine belge du droit des biens. Tel sera le sujet de cette lettre ouverte.

A. La copropriété d'immeubles ou groupes d'immeubles bâtis : une loi (presque) nouvelle

Une des plus importantes modifications du Livre II du *Code civil* est certainement celle qui résulte de la *Loi du 30 juin 1994 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives à la copropriété*. Pour rappel, une loi du 8 juillet 1924 avait inséré, au sein du *Code civil*, un article 577bis, destiné à définir les règles qui gouvernent la copropriété ordinaire mais aussi la copropriété forcée de biens immobiliers assurant une mission de service et plus précisément la copropriété en matière d'immeubles à appartements. Cette loi, jugée innovatrice à l'époque, avait laissé apparaître au fil du temps des

¹⁵ Pour les textes actuellement en vigueur, on citera ainsi la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles) (loi belge du 22 mars 2006), la *Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention*, la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, la *Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, les lois du 10 et 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Les dernières dispositions – de cet été – modifient ces différentes lois ainsi que le *Code judiciaire*.

lacunes qui ont amené le législateur de 1994 à intervenir et à modifier les règles régissant la copropriété des immeubles et groupes d'immeubles bâtis. Si la loi du 30 juin 1994 entérine de nombreuses solutions auxquelles la pratique notariale avait eu recours, en exigeant notamment la rédaction de statuts, en imposant des règles de fonctionnement, en définissant le mode de répartition des charges, etc., elle apporte certaines innovations dont la principale est sans conteste l'octroi de la personnalité juridique à l'association des copropriétaires (art. 577-5 C.civ.), censée simplifier les procédures judiciaires¹⁶. L'article 577-9 du Code énonce d'ailleurs clairement que l'association des copropriétaires a la qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant. La loi a déjà été modifiée, très légèrement, par l'ajout d'obligations concernant le syndic en matière de comptabilité et d'information (art. 577-8, § 8, C.civ.)¹⁷. Elle fait en outre l'objet de propositions de modifications relatives, derechef, au syndic, et à la création d'un privilège en faveur des associations de copropriétaires¹⁸.

Mais ces modifications, accomplies ou envisagées, ne rencontrent pas les principales difficultés qui émergent de la jurisprudence publiée¹⁹ en matière de copropriété forcée d'immeubles ou groupes d'immeubles bâtis. La question cruciale est l'étendue de cette nouvelle personnalité juridique. D'aucuns remettent en effet en cause la qualité et l'intérêt de l'association à agir en justice dans de nombreuses hypothèses où sont en jeu directement la propriété des parties communes de l'immeuble ou encore des droits réels sur celles-ci²⁰.

¹⁶ Voy. l'Exposé des motifs (*Doc. Parl.*, Chambre, Sess. ord. 1990-91, 10 septembre 1991, 1756/1, 90-91).

¹⁷ Voy. l'article 2 de la loi du 14 décembre 2005 (*Moniteur belge*, 28 décembre 2005, 56431).

¹⁸ Voy., entre autres, Proposition de loi modifiant les articles 27 à 29 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, en vue de créer un privilège en faveur des associations de copropriétaires, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., Doc. 51, 1161/001, 19 mai 2004 ; Proposition de loi modifiant les articles 577-8 et 577-11 du Code civil, en ce qui concerne les missions du syndic, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., Doc. 51, n° 869/001, 5 mars 2004.

¹⁹ À tel point que de nouvelles revues, entièrement consacrées, ou presque, à la copropriété forcée d'immeubles ou groupes d'immeubles bâtis, ont vu le jour postérieurement à la loi de 1994 (voy. ainsi *Tijdschrift voor appartements- en immorecht/Revue copropriété et droit immobilier*).

²⁰ Voy. pour un exposé précis de la question : H. BOULARBAH, « Le contentieux de la copropriété », dans *Les copropriétés*, Collection de la Faculté de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 130 et suiv.

Arguant du caractère limité, mobilier uniquement, du patrimoine de l'association et de son objet social qui ne vise, à suivre la lettre de la loi, que la conservation ou l'administration de l'immeuble (art. 577-5, § 3, C.civ.), ces auteurs estiment ainsi irrecevables l'action en cession forcée de mitoyenneté ou l'action négatoire de servitude intentée par celle-ci contre un voisin ou inversement ; également irrecevable serait l'action en rectification des quotes-parts de droits qu'aurait diligenté contre l'association seule un copropriétaire en vertu de l'article 577-9, § 6 du *Code civil*. De fil en aiguille, c'est l'innovation centrale de la loi que l'on détricote, faisant fi de la *ratio legis* et même de certaines dispositions qui attribuent clairement à l'association un pouvoir de disposition sur les parties communes de l'association, via son assemblée générale (art. 577-7, § 1^{er}, 20, d) et e)).

Fort bien. N'intervenons point, ou du bout des doigts, et laissons aux tribunaux et aux auteurs le soin de combler les lacunes, développer les thèses, trancher les controverses. L'on doit en effet se féliciter de l'œuvre de nos magistrats, interprétant jour après jour le droit, jusqu'à la création jurisprudentielle.

B. La théorie des troubles de voisinage : une œuvre (presque) magistrale

En droit des biens, l'on songe naturellement à la théorie des troubles de voisinage, fondée par notre Cour de cassation, dans deux arrêts jumeaux du 6 avril 1960²¹, sur l'article 544 du Code – mais aussi la tradition ainsi que le principe général consacré par l'article 11 (actuellement 16) de la Constitution. Selon cette théorie, le propriétaire d'un immeuble qui, par un fait non fautif, rompt l'équilibre existant entre propriétés immobilières en imposant à un propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, lui doit une juste et adéquate compensation, rétablissant l'égalité rompue²². Cette création n'a cessé d'évoluer au

²¹ Cass., 6 avril 1960, *Pasicrisie*, I, 915 et conclusions de M. l'avocat général P. Mahaux.

²² Voy., sur la théorie des troubles de voisinage, J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, t. II, Liège, Éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, n° 818-839 ; C. MOSTIN, *Les troubles de voisinage*, Diegem, Kluwer, 1998 ; S. STIJNS et H. VUYE, *Beginselen van belgisch privaatrecht. Zakenrecht. Burenhinder*, Antwerpen, Kluwer, 2000 ; voy. aussi, pour une étude des troubles de voisinage en matière d'environnement : S. BOUFFLETTE, « Troubles de voisinage et environnement : une histoire d'antagonismes et de complémentarités », *Entreprises*,

fil du temps et des arrêts de notre Cour suprême : qu'il nous suffise de dire, par exemple, que si à l'origine l'on sanctionnait des travaux d'aménagement d'un immeuble causant des dégradations matérielles à l'immeuble voisin, la théorie vise aujourd'hui toute utilisation de l'immeuble engendrant un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage²³, que l'action fondée sur l'article 544 du *Code civil* a, à l'heure actuelle, de l'avis unanime, un caractère autonome, que le champ d'application *ratione personae* s'est considérablement élargi, étant désormais visé tout titulaire d'un droit réel ou personnel, légal ou contractuel, concernant l'immeuble générateur ou victime du trouble²⁴, que la juste et adéquate compensation, qui ne doit compenser que l'excédent du dommage²⁵, peut consister en des mesures de réparation en nature, sans toutefois que la compensation puisse consister en une interdiction totale de l'activité perturbatrice...²⁶

Dans un arrêt du 7 décembre 1992, la Cour de cassation offrit une nouvelle dimension à la responsabilité pour troubles de voisinage : l'obligation de compenser incombe à celui qui a provoqué l'inconvénient excessif, non seulement par un fait, mais désormais également par une omission ou un comportement quelconque (dans l'affaire soumise à la Cour, l'inconvénient excessif résultait d'une inondation due à l'omission du propriétaire voisin de pomper les

responsabilités et environnement, sous la coordination de X. THUNIS et F. TULKENS, Mechelen, Kluwer, 2004, p. 7-39.

²³ Et pourrait donc incidemment concerner des meubles. Voy. sur cette question, A. JONLET, « Trouble de voisinage et propriété mobilière », note sous Civ. Liège, 24 mars 1998, *Revue de la Faculté de Droit de Liège*, 1998, 735 et suiv.

²⁴ Voy., en général, Cass., 10 janvier 1974, *Pasicrisie*, 1974, I, 488; Cass., 31 octobre 1975, *Pasicrisie*, I, 276; Cass., 9 juin 1983, *Pasicrisie*, 1983, I, 1145; et, plus récemment, Liège, 24 avril 2002, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 2003, n° 13738; Civ. Namur, 31 janvier 2001, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2001, 1517; Gand, 12 septembre 2000, *Revue générale de droit civil belge*, 2000, 681, voy., pour un locataire, Civ. Hasselt, 12 septembre 2002, *Revue générale de droit civil belge*, 2003, 87; Bruxelles, 1^{er} mars 2000, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 2000, n° 13287; Anvers, 6 septembre 1999, *Revue générale de droit civil belge*, 2000, 560; Bruxelles, 18 janvier 1994, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1995, n° 12414, et pour un emphytéote, Civ. Namur, 15 septembre 2000, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2001, 643.

²⁵ Voy. Cass., 23 novembre 2000, *Revue générale de droit civil belge*, 2001, 380.

²⁶ Voy. Cass., 14 décembre 1995, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1996, 966, note P. Henry; *Algemeen Juridisch Tijdschrift*, 1996, 525, note S. Snaet.

eaux souterraines)²⁷. La Cour de cassation a, depuis lors, fermement maintenu sa position²⁸, même si de savants auteurs ont, dès le début, condamné cette extension de la théorie des troubles de voisinage²⁹. Consciente peut-être du champ d'application désormais très large de la théorie, la Cour de cassation a tenté de préciser la question d'abord dans un arrêt du 3 avril 1998, ensuite dans deux arrêts de 1999, respectivement du 12 mars et du 18 novembre³⁰, en posant – sinon expressément du moins implicitement – une exigence d'imputabilité: « nul ne peut être obligé de compenser un trouble anormal du voisinage, que si ce trouble a été causé par un fait, une omission ou un comportement qui lui est imputable »³¹. Il s'agissait dans les deux cas d'inconvénients excessifs causés par la propagation d'un incendie à un immeuble voisin, incendie d'origine inconnue. Toute la difficulté réside aujourd'hui dans le sens de cette exigence d'imputabilité. Il serait trop long de développer dans la présente contribution toutes les thèses en présence³². Notons simplement que certains auteurs en déduisent que le trouble peut être imputé au gardien de la chose où il naît, sans devoir désigner et peu important l'origine exacte du trouble³³; il suffit que l'on découvre

²⁷ Voy. Cass., 7 décembre 1992, *Journal des tribunaux*, 1993, 473, obs. D. Van Gerven.

²⁸ Voy., not., Cass., 17 novembre 1995, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1995, 274; Cass., 3 avril 1998, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1998, 1334, note P. Lecocq; Cass., 12 mars 1999, *Larcier cass.*, 1999, 95; Cass., 18 novembre 1999, *Rechtskundig Weekblad.*, 2000-2001, 15.

²⁹ Voy. ainsi J. HANSENNE, *Droit des biens*, Commission Université-Palais, vol. V, 10 novembre 1995, spécialement n° 26.

³⁰ Voy. les références citées à la note (13); voy. aussi, cité par J.-Fr. ROMAIN, « Réflexion au sujet de la condition de l'imputabilité dans la théorie des troubles de voisinage (et extension du raisonnement à la théorie de l'apparence) », dans P. LECOCQ, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (dir.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Collection Droit et Entreprise, Bruges, La Chartre, 2005, p. 139 et suiv., spécialement n° 11, note (18), Cass., 24 avril 2003, disponible sur le site de la Cour de cassation.

³¹ Cass., 12 mars 1999, *Larcier cass.*, 1999, 95.

³² Voy. pour un essai de résumé des différentes thèses, P. LECOCQ, « Droit des biens et société: de certaines influences », *Rev. Dr. ULg*, 2006, 195 et suiv. et les nombreuses références citées.

³³ Voy. S. STIJNS et H. VUYE, « Pas de fumée sans feu? Analyse critique des arrêts de la Cour de cassation du 3 avril 1998 et du 12 mars 1999 en matière de troubles de voisinage et d'incendie d'origine inconnue », dans *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 479 et suiv., n° 16; voy. dans le même sens, évidemment, J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY, H. VUYE, « Overzicht van

un comportement, une utilisation de l'immeuble et « ne délicieusement rien faire dans sa maison où la télévision est allumée » est en soi un usage de son immeuble³⁴. Le gardien de l'immeuble est obligé à compensation sauf à prouver la force majeure. Nous relèverons, pour notre part, que dans l'arrêt du 12 mars 1999, la Cour énonce « qu'il ne peut être déduit de la simple circonstance que l'incendie s'est déclaré sur le fonds de la demanderesse qu'un "fait" ou un comportement non fautif ou une omission non fautive lui est imputable » (traductions fournies sur le site de la Cour). Toujours est-il que le débat persiste³⁵ et que si l'on espère, d'une part, que la jurisprudence pourra encore parfaire la théorie des troubles de voisinage en explicitant davantage sa position dans une saine perspective de sécurité juridique, l'on se demande, d'autre part, si l'enjeu du débat ne mériterait point une décision démocratique.

Tel est à coup sûr notre sentiment quant à l'avenir de la propriété immobilière.

C. La propriété des volumes : une intervention législative (presque) évidente

De son court passage aux Pays-Bas, début du 19^e siècle, la Belgique a conservé, notamment, deux lois du 10 janvier 1824, relatives l'une à l'emphytéose, l'autre à la superficie. L'article 1^{er} de la seconde de ces lois dispose que « [l]e droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui ». La superficie, comme l'emphytéose, connaît une recrudescence sur le plan pratique depuis une bonne trentaine d'années³⁶. La quasi-supplétivité des lois du

rechtspraak (1994-2000). *Zakenrecht*, *T.P.R.*, 2001-2, 837 et suiv, spécialement n° 74.

³⁴ Voy. J. KOKELENBERG, « Burenhinder? kan U dat bewijzen en bent U misschien geen overgevoelig type? », *Revue générale de droit civil belge*, 2007, 26, spécialement n° 13.

³⁵ Comme le démontre le récent article de J. KOKELENBERG, *loc. cit.*, note 34.

³⁶ Voy., not. A. VAN OEVELEN, « Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal », dans *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, XVIII^e Postuniversitaire Cyclus Willy DELVA, Bruxelles, Kluwer, 1991-1992, p. 321 et suiv. ; M. DONNAY, « L'emphytéose », *R.G.E.N.*, 1974, n° 21.803. ; R. CARTON DE TOURNAI et A. J. CHARLIER, « Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie », *J.T.*, 1971, 69 et suiv.

10 janvier 1824³⁷, jointe au controversé *numerus clausus* dont sont généralement affublés les droits réels³⁸, contribua sans nul doute au succès de ces droits par la souplesse qu'elle offre à la pratique créative. À l'heure actuelle toutefois, il nous paraît que la matière est truffée d'incertitudes et divergences d'opinions qui seront, sans conteste, les instruments du déclin de ces deux figures juridiques si l'on n'y prend garde. Seule une intervention législative réfléchie et imaginative permettrait selon nous et d'assurer une certaine sécurité juridique, n'en déplaise à certains, et de dépasser aujourd'hui les limites inévitables de concepts séculaires. Illustrons notre propos.

Analysé comme une renonciation à l'accession³⁹, le droit de superficie réalise donc une occupation du volume ou d'un volume en sur-sol, sorte de superposition de propriétés. Cette division de la propriété est toutefois limitée par l'article 4 à une durée maximale de 50 ans (et ce de manière impérative, voire d'ordre public); cette limitation s'explique par la nature de droit réel démembré du droit de superficie, intrinsèquement un droit sur le fonds d'autrui. Même si la propriété des constructions et plantations réalisées par le superficiaire est la conséquence, primordiale, la plus visible du droit de superficie, la propriété une et unique devait, du vœu du législateur, se reconstituer à l'expiration du délai⁴⁰. En présence d'une telle limite temporaire, la finale de l'article 553 du *Code civil* (sur laquelle le droit français fonde sa notion de superficie ou de propriété des volumes selon les auteurs), qui emporte la superposition, perpétuelle cette fois, de deux propriétés, ne peut se voir attribuer

³⁷ À l'exception des dispositions relatives à la durée des droits de superficie et d'emphytéose (voy. les articles 4 et 8 de la loi sur la superficie et 2 et 17 de la loi sur l'emphytéose); voy., not., évoquant cette quasi-supplétivité, H. VANDENBERGHE et T. VIAENE, « Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal », *T.B.O.*, 2006, 34 et suiv., n° 1; et Bruxelles, 26 mai 1975, *Rev. not. belge*, 1976, 320, obs. P.C.; Gand, 26 mars 2004, *N.J.W.*, 2004, 1170.

³⁸ Voy., sur ce point, J. HANSENNE, *op. cit.*, note 22, t. I, n° 30.

³⁹ Voy., not., J. HANSENNE, *L'accession, Répertoire Notarial*, t. II, *Les biens*, Livre I, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 162-172; Cass., 19 mai 1988, *Pasicrisie*, 1988, I, 1142.

⁴⁰ Voy. C. RENARD, « La renonciation à l'accession », note sous Cass., 13 mai 1970, *R.C.J.B.*, 1980, 13 et suiv., n° 3, spécialement p. 21, n° 3; voy. aussi, dans le même sens, A. GOSSELIN et L. HERVÉ, « Du sort des constructions et aménagements immobiliers réalisés par l'occupant (2^e partie) », *Rev. not. belge*, 2006, 193 et suiv., n° 60. Comp. en droit français, F. ZENATI, *R.T.D.C.*, 1995, 658; J.-P. BERTREL, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », *R.T.D.C.*, 1994, 737 et suiv.

qu'un champ d'application résiduel, du moins en sur-sol⁴¹ ; la situation belge se distingue à cet égard du droit français. Certains auteurs entendent toutefois appliquer plus largement l'article 553 du *Code civil*, notamment dans la perspective, louable en soi, d'organiser la propriété par volumes⁴². C'est donc de la conception de la propriété immobilière, une ou divisible, qu'il s'agit, avec ses conséquences économiques primordiales.

Il y a un peu plus de deux siècles, l'on a fait rien de moins qu'un Code, en partie pour une pareille question. À tout le moins, méritait-elle aujourd'hui une loi.

III. Droit des obligations et des contrats

Christine BIQUET-MATHIEU

Comme il en va pour le droit privé en général, le droit des obligations et des contrats hérité du *Code civil* a évolué sous des sources et courants multiples⁴³. Parallèlement à l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, nombre de législations spécifiques ont vu le jour, non sans un certain éclectisme, dans les domaines les plus divers. Certaines de celles-ci ont été largement influencées par le droit communautaire, d'autres par le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle.

Dans le cadre limité des lignes qui suivent, nous évoquerons d'abord l'accueil, le développement ou au contraire le rejet de quelques principes ou théories par la jurisprudence traditionnelle de la

⁴¹ En considérant en effet que le droit de superficie, tel que défini dans la loi du 10 janvier 1824, ne vise que le sur-sol. Voy. sur la position défendue au texte, not., P. LECOQ, « Superficie, Emphytéose et constructions », dans P. LECOQ, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 285-334 ; voy., pour une des rares applications jurisprudentielles en sur-sol de la finale de l'article 553 C.civ., Mons, 28 décembre 1999, *R.G.D.C.*, 2002, 54 et 55.

⁴² Voy., not., N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, « La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes » dans *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, Études réunies et présentées par A. Wijffels*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 333-358, spécialement p. 351, 356 et 357.

⁴³ Pour les grandes tendances, voy. not. X. DIEUX, « Tendances générales du droit contemporain des obligations – "Réforme et contre-réforme" », dans P.A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 1-41.

Cour de cassation. Nous donnerons ensuite un aperçu des multiples législations visant à protéger les consommateurs ou autres parties dites faibles. Nous terminerons par le cas de la caution à titre gratuit, dont le sort a été influencé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

A. Bonne foi, imprévision et apparence

Les principes fondateurs du droit des contrats que sont la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat connaissent un nombre sans cesse croissant de tempéraments. D'une part, et nous y reviendrons, se multiplient les interventions législatives de nature à protéger certaines parties dites faibles. D'autre part, le principe d'exécution de bonne foi des conventions est depuis longtemps ancré tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Tel qu'il est reçu par la Cour de cassation, ce principe connaît cependant quelques limites.

En vertu de la fonction complétive de la bonne foi sont insufflées dans le contrat des obligations satellites de sécurité, de collaboration ou encore de loyauté. S'il est admis que le juge peut interpréter la convention et en déterminer les effets à la lumière de l'obligation d'exécution de bonne foi, il ne lui est toutefois pas permis, sur la base d'une telle interprétation, d'imposer aux parties des obligations qui sont inconciliables avec la nature et l'économie de la convention⁴⁴.

La fonction modératrice de la bonne foi fonde la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle. Il peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit contractuel est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant ; ainsi en va-t-il notamment lorsque le préjudice causé est hors de proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause. Le juge qui constate un abus de droit doit donc le motiver *in concreto* en tenant compte des circonstances concrètes du cas d'espèce⁴⁵.

⁴⁴ Cass., 23 mars 2006, *R.W.*, 2006-2007, 874, note A. Oevelen.

⁴⁵ Voy. not. Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, 185, note P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle » ; Cass., 1^{er} février 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, 158, n° 66 ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, 694 et *Rev. not. belge*, 2003, 86 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, 814 et *Pas.*, 2002, 731 ; Cass., 30 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, 672 et *R.G.D.C.*, 2004, 405.

Pour réduire ou contrarier l'exercice d'un droit⁴⁶, le juge ne peut pas se limiter à faire état de considérations abstraites relatives à l'équité, au juste ou à l'utile⁴⁷. La Cour de cassation se montre par là soucieuse de préserver le principe de la convention-loi et de façon plus générale les droits subjectifs⁴⁸.

Mue par le même souci, la Cour de cassation a jusqu'à présent refusé, mais sous réserve de l'hypothèse d'un abus de droit cependant constaté *in concreto*, de consacrer les théories de l'imprévision, de la *rechtsverwerking* ou encore du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Cette position est diversement appréciée par la doctrine.

Quant à l'imprévision, la Cour a jugé : « La règle de l'exécution de bonne foi des conventions n'implique pas que, si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties lors de la conclusion de la convention rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance »⁴⁹.

Quant à la *rechtsverwerking*, elle énonce :

*Il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers.*⁵⁰

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties ; [...] elles doivent être exécutées de bonne foi, sans abus de droit ; [...] le fait

⁴⁶ La sanction de l'abus de droit consiste dans la réduction du droit à son usage normal ou dans la réparation du dommage causé par l'abus ; elle ne consiste pas dans la déchéance pure et simple du droit : Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 898 ; Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, 778, note A. Van Oevelen ; voy. aussi P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en oeuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », dans *Mélanges à Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 128.

⁴⁷ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », dans *Études offertes à J. Ghestin - Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 884, n° 3, p. 897, n° 17, p. 899, n° 18 et p. 919, n° 28.

⁴⁸ Voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière d'obligations », *Act. dr.*, 1997, 12, dans la partie rédigée par le professeur I. MOREAU-MARGRÈVE.

⁴⁹ Cass., 14 avril 1994, *Bull. et Pas.*, 1994, 365 ; Cass., 20 avril 2006, C.03.0084.N.

⁵⁰ Cass., 17 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1990, 595, note J. Heenen ; *R.D.C.*, 1991, 207, note S. Cnudde ; *Ann. Dr. Lg.*, 1990, 283, note I. Moreau-Margreve.

*d'avoir eu un comportement contraire au droit exercé ne constitue pas en soi un motif pour exonérer l'autre partie de l'exécution de son obligation.*⁵¹

Quant à la théorie du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui⁵², la Cour a censuré une décision qui, sur le fondement de cette théorie, avait fait échec à la répétition de l'indu⁵³.

L'apparence a en revanche été consacrée par la Cour de cassation comme source autonome de droits dans le cas du mandat apparent⁵⁴. Le mandant apparent sera engagé sur le fondement de la croyance du tiers – croyance erronée mais légitime : il ne savait pas et ne pouvait raisonnablement pas savoir – dans l'existence du pouvoir de représentation dans le chef du mandataire apparent. Si une faute n'est pas nécessairement requise dans le chef du pseudo-mandant, encore toutefois l'apparence doit-elle lui être imputable⁵⁵. La condition d'imputabilité suppose que le mandant apparent ait « librement, par son comportement, même non fautif, contribué à créer ou à laisser subsister cette apparence »⁵⁶. En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, la question est à l'évidence si la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime en tant que source autonome de droits demeure circonscrite à l'hypothèse du mandat ou si, au contraire, elle peut être étendue en dehors de cette hypothèse.

Au-delà de son rôle de source autonome de droits, la théorie de l'apparence peut également jouer un rôle en soutien d'une autre

⁵¹ Cass., 5 juin 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, 876; voy. not. aussi Cass., 20 février 1992, *Bull. et Pas.*, 1992, 549.

⁵² Cette théorie est défendue par X. DIEUX dans l'ouvrage de sa thèse : *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Collection de la Faculté de droit de l'ULB, Bruylant, L.G.D.J., 1995. La théorie du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui défendue par X. Dieux est bien plus large que la théorie de l'apparence et ne peut être confondue avec cette dernière : voy. S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », dans S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, La Chartre, 2007, p. 61-63, n° 25-27.

⁵³ Voy. Cass., 26 mai 2003, *R.W.*, 2004-2005, 19, obs. V. Sagaert.

⁵⁴ Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, 547, note P.A. Foriers; *R.C.J.B.*, 1991, 45, note R. Kruithop; *R.W.*, 1989-90, 1425, note A. VAN OEVELEN; *T.R.V.*, 1989, 540, note P. Callens et S. Stijns.

⁵⁵ Cass., 20 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, 483, obs. P.A. Foriers.

⁵⁶ Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, 1162.

institution, en en remodelant l'une ou l'autre condition⁵⁷. Se plaçant dans le cadre de la responsabilité civile à base de faute, la Cour de cassation a admis qu'il puisse être fait état de l'apparence créée par une faute grave pour évaluer le dommage subi par la victime. Des allocations majorées avaient été payées indûment à des parents pendant plusieurs années à la suite d'une faute grave de l'organisme payeur et, sur la base de cette apparence fautivement créée, les juges du fond ont pu légalement évaluer le dommage subi par les parents aux sommes qui leur avaient été indûment payées⁵⁸.

B. La protection des parties dites faibles

Sous l'impulsion ou non du droit communautaire⁵⁹, le droit des contrats renferme un nombre important de dispositions spéciales – selon les cas, sectorielles ou transversales, parcellaires ou assez complètes – visant à protéger l'une ou l'autre partie dite faible.

En dehors du droit social et de la législation sur le contrat de travail⁶⁰, on citera notamment les législations visant à protéger les agents commerciaux non salariés⁶¹, les concessionnaires⁶² ainsi

⁵⁷ Sur ce que la théorie de l'apparence, encore appelée théorie de la confiance légitime, peut jouer un second rôle, voy. not. S. STJNS et I. SAMOY, *loc. cit.*, note 52, 93, n° 79 et suiv.

⁵⁸ Cass., 22 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2006, 576.

⁵⁹ Les textes communautaires en matière de protection des consommateurs sont actuellement en cours de révision, l'objectif étant tout à la fois de les moderniser et d'assurer entre eux une meilleure cohérence. Dans ce cadre, l'on se reportera au livre vert publié par la Commission le 8 février 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (2006) 744 final; on mentionnera aussi l'étude dirigée par le professeur Hans SCHULTE-NÖLKE, *Compendium CE de droit de la consommation – Analyse comparative*, avril 2007, 882 pages, disponible sur le lien [http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_fr.htm]. De façon générale, on accédera aux législations consolidées et aux communications de la Commission sur le site [<http://eur-lex.europa.eu>], aux travaux préparatoires et législations en préparation sur le site [<http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm>] et aux arrêts de la Cour de justice sur le site [<http://curia.europa.eu>].

⁶⁰ *Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*.

⁶¹ *Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale*, qui transpose la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

⁶² *Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*.

que les franchisés et autres personnes impliquées dans des accords de partenariat commercial⁶³. Dans le cadre des transactions commerciales, on peut citer aussi les dispositions adoptées en vue de lutter contre les retards de paiement si préjudiciables aux créanciers⁶⁴.

Quittant le domaine des transactions entre entreprises sans cependant déjà entrer dans celui des contrats de consommation, on mentionnera par exemple les règles protectrices des preneurs d'assurance et assurés⁶⁵, des preneurs en matière de baux d'immeuble, qu'il s'agisse du bail de résidence principale, du bail commercial ou du bail à ferme⁶⁶, ou encore les règles visant à protéger les emprunteurs hypothécaires⁶⁷ ou les voyageurs⁶⁸.

Dans le domaine des contrats de consommation, soit les contrats conclus entre un consommateur⁶⁹ et un professionnel⁷⁰, l'on

⁶³ *Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial.*

⁶⁴ *Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales*, qui transpose la directive 2000/35 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

⁶⁵ *Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.*

⁶⁶ Ces différents corps de règles en matière de bail ont été insérés dans le *Code civil* respectivement aux sections II, IIbis et III du chapitre consacré au louage de choses.

⁶⁷ *Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.*

⁶⁸ *Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages*, qui transpose la directive 90/314 du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

⁶⁹ Le consommateur protégé est généralement défini comme une personne physique – parfois aussi comme une personne morale – qui agit – selon les cas, principalement ou exclusivement – dans un but étranger à son activité professionnelle. La qualité de consommateur protégé sera donc refusée à celui qui agit dans un but professionnel et ce, même si ce professionnel contracte en dehors de la sphère de compétence technique qui lui est propre, c'est-à-dire même s'il contracte en dehors de son domaine de spécialisation.

⁷⁰ Le professionnel, parfois improprement appelé « vendeur », est généralement défini comme celui qui agit dans le cadre de son activité professionnelle ; il peut s'agir d'un indépendant personne physique ou d'une personne morale, d'une entreprise privée ou d'une entreprise publique, d'un commerçant, d'un agriculteur voire d'un titulaire de profession libérale (avocat, notaire, médecin, architecte, ...).

mentionnera notamment les législations en matière de construction d'habitation⁷¹, de courtage immobilier⁷², de courtage matrimonial⁷³, de crédit à la consommation⁷⁴, de time-sharing⁷⁵, ou encore de vente et garantie des biens de consommation⁷⁶.

En sus de ces dispositions sectorielles, l'on évoquera également les dispositions transversales appelées à régir les contrats de consommation lorsqu'ils sont négociés en dehors des établissements commerciaux⁷⁷ ou conclus à distance, étant cependant là distingué selon que le contrat de consommation conclu à distance porte ou non sur un service financier⁷⁸.

⁷¹ *Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction*; dans cette loi, un doute existe toutefois si le consommateur n'est protégé qu'à l'égard de constructeurs professionnels ou aussi de non-professionnels.

⁷² Arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers.

⁷³ *Loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial* – Arrêté royal du 18 novembre 2005 relatif au contrat-type de courtage matrimonial.

⁷⁴ *Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation* – Directive 87/102 du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation – Cette directive sera vraisemblablement remplacée dans un bref délai : cf. Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux contrats de crédit aux consommateurs modifiant la directive 93/13/CE du Conseil, COM (2005) 483 final.

⁷⁵ *Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé* – Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers. Une proposition visant à remplacer cette directive vient d'être déposée : cf. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects de l'utilisation des biens à temps partagé, des produits de vacances à long terme et des systèmes d'échange et de revente, COM (2007) 303 final.

⁷⁶ Art. 1649bis à 1649octies du *Code civil* – Directive 99/44 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

⁷⁷ Art. 86 à 92 de la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* (L.P.C.) – Directive 85/577 du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

⁷⁸ Si le contrat de consommation conclu à distance ne porte pas sur un service financier, l'on se référera aux dispositions suivantes: art. 77 à 81 et art. 83novies à 83undecies de la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur*

En matière de contrats de consommation, il existe pour le surplus des dispositions véritablement transversales, appelées à s'appliquer abstraction faite de la nature du contrat de consommation envisagé ou de la façon dont il est conclu. L'on songe assurément à la théorie des clauses abusives⁷⁹ et la législation sur les pratiques commerciales déloyales⁸⁰.

En arrière-fond de ces dispositions protectrices, le droit interne des obligations et des contrats demeure applicable; il ne s'efface que lorsqu'il y est dérogé. Quant aux techniques de protection spécifiques, elles varient au gré des législations. Nous en relevons quelques-unes.

La protection de la partie dite faible peut avoir lieu par le biais d'exigences de forme sinon pour la conclusion du contrat lui-même, du moins au cours de la période précontractuelle, voire après sa conclusion. L'objectif poursuivi par ces formalités n'est pas uniquement de garantir la qualité du consentement de la partie dite faible

l'information et la protection du consommateur (L.P.C.) – art. 11 à 17 de la *Loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales* – Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Si le contrat de consommation conclu à distance porte sur un service financier, l'on se référera aux dispositions suivantes: art. 83bis à 83undecies de la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* (L.P.C.) – Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil.

⁷⁹ Art. 31 à 36 de la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* (L.P.C.) – art. 7 à 10 de la *Loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales* – Directive 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁸⁰ Art. 94/4 à 94/17 de la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* (L.P.C.) – Directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »).

mais également, le cas échéant, de lui permettre de se reporter ultérieurement à une sorte de mode d'emploi du contrat intervenu. Ces exigences de forme ont été adaptées à l'environnement électronique⁸¹.

La protection du consentement de la partie dite faible, spécialement du consommateur, peut également avoir lieu par le biais de règles de fond, tels un devoir général d'information ou la prohibition des pratiques commerciales déloyales, qui viennent en complément de la théorie des vices de consentement ou de celle de la *culpa in contrahendo*.

Une autre technique de protection consiste à octroyer au consommateur un droit de renonciation, soit la faculté de renoncer au contrat dans un bref délai déterminé par la loi⁸². Si les hypothèses dans lesquelles un droit de renonciation existe ont tendance à se multiplier, avec parfois des exceptions importantes, le droit de renonciation du consommateur est cependant loin d'être généralisé. Certains consommateurs néanmoins s'imaginent – à tort – qu'ils bénéficient en toutes hypothèses d'un droit de rétractation avec pour conséquence de bien mauvaises surprises lorsqu'ils entendent se délier d'un contrat – telle la commande d'un véhicule automobile ou de meubles meublants effectuée dans l'établissement du vendeur – pour lequel ils ne disposent pas d'un tel droit.

Dans les contrats de consommation, l'on mentionnera également la théorie des clauses abusives qui vise à lutter contre le déséquilibre des clauses dites périphériques – il ne s'agit pas du déséquilibre entre le prix et la prestation fournie –, le plus souvent mais pas nécessairement pré-rédigées par le professionnel. Pour lutter contre les clauses abusives, il est recouru, en sus de la définition générale qui laisse au juge un important pouvoir d'appréciation, à la technique de la liste noire, étant là énumérée une série de clauses en toutes hypothèses abusives et partant nulles et interdites.

⁸¹ Avec certes quelques exceptions, s'agissant spécialement de la protection des sûretés qui agissent en dehors du cadre de leur activité professionnelle; voy. les articles 16 et 17 de la *Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*, législation qui transpose la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

⁸² Au sujet du droit de renonciation, voy. spéc. la thèse de doctorat défendue par E. TERRYN, *Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Intersentia, 2007.

La théorie des clauses abusives est pour lors cantonnée aux contrats de consommation. Une notion analogue a toutefois été intégrée dans la législation visant à lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, ne s'agissant cependant là que de protéger les seules entreprises créancières contre les trop longs délais de paiement ou les clauses d'intérêts dérisoires qui leur sont imposées par d'autres entreprises ou par les pouvoirs publics.

C. Le cas de la caution à titre gratuit

Une personne spécialement jugée digne de protection par la Cour constitutionnelle d'abord, par le législateur ensuite est la caution personne physique à titre gratuit.

Le sort de la caution a tout d'abord retenu l'attention dans le cadre des mesures de clémence dont certains débiteurs surendettés peuvent bénéficier dans le cadre d'une procédure collective, par exemple d'une faillite ou, s'agissant d'un débiteur non commerçant, d'une procédure en règlement collectif de dettes. Pour nous limiter à l'hypothèse de la faillite, il faut savoir que, depuis la loi du 8 août 1997 qui a réformé la matière de la faillite, le failli déclaré excusable ne peut plus être poursuivi dans l'avenir sur ses biens et revenus futurs⁸³. C'est dans ce cadre qu'a surgi la question du sort de la caution du failli : la caution peut-elle encore être poursuivie alors que le débiteur principal ne le peut plus ?

À l'aune des principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour constitutionnelle a jugé que lesdits principes étaient violés en ce que la loi sur les faillites et ses dispositions relatives à l'excusabilité du failli ne permettaient « en aucune manière qu'un juge puisse décharger de leur engagement le conjoint ou la caution du failli déclaré excusable ». Pour la Cour constitutionnelle, il fallait donc que le juge compétent pour la faillite du débiteur principal puisse non seulement déclarer le failli excusable mais également décharger son conjoint ou sa caution, « en particulier en ayant égard au caractère désintéressé de son engagement »⁸⁴.

⁸³ Art. 82 de la *Loi du 8 août 1997 sur les faillites*.

⁸⁴ C. Const., arrêt n° 69/2002, 28 mars 2002, *Act. dr.*, 2002, 566, note A. Fayt ; *R.W.*, 2002-03, 457, note C. Lebon.

Pour se mettre en conformité avec cette jurisprudence, le législateur instaura alors une décharge du conjoint et de la caution à titre gratuit du failli déclaré excusable⁸⁵. La loi ainsi modifiée encourut à nouveau la censure de la Cour constitutionnelle⁸⁶. La Cour n'admit pas que la décharge de la caution à titre gratuit soit automatiquement liée à l'excusabilité du failli ; il convenait de laisser au juge le soin d'apprécier ou non l'opportunité d'une décharge pour la caution à titre gratuit⁸⁷.

La Cour estima en outre que l'existence d'une possibilité de décharge pour la caution d'un failli déclaré excusable devait entraîner une même possibilité de décharge en faveur de la caution d'un failli non susceptible d'être déclarée excusable, s'agissant par exemple de la caution d'un failli personne morale⁸⁸. Et c'est ainsi que la possibilité pour le juge de décharger la caution à titre gratuit à l'occasion de la faillite du débiteur garanti fut élargie à la caution à titre gratuit de tout failli, même non déclaré excusable⁸⁹.

⁸⁵ Art. 82 de la loi du 8 août 1997, tel qu'il a alors été modifié par la loi du 4 septembre 2002 (modifiant la *Loi du 8 août 1997 sur les faillites*, le *Code judiciaire* et le *Code des sociétés*).

⁸⁶ C. Const., arrêt n° 114/2004, 30 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, 1309, note J.-P. Renard ; *R.D.C.*, 2004, 884, note J. Windey et K. Driesen ; *N.j.W.*, 2004, 1382, note M. Tison ; *J.T.*, 2005, 80, avec p. 73 note P. Henry et F. Abu Dalu ; *R.W.*, 2004-2005, 662, note M. Vanmeenen.

⁸⁷ À ce jour, l'automatisme de la décharge du conjoint n'a pas été censurée par la Cour constitutionnelle ; le conjoint du failli est encore aujourd'hui totalement déchargé par le seul fait du prononcé de l'excusabilité du failli. Si le failli n'est pas déclaré excusable, son conjoint ne bénéficiera le cas échéant de remises que s'il a la qualité de sûreté personnelle à titre gratuit et aux mêmes conditions que celle-ci.

⁸⁸ C. Const., arrêt précité n° 114/2004, 30 juin 2004.

⁸⁹ Voy. not. les articles 63, 72bis et 80 à 82 de la loi du 8 août 1997, tel qu'ils ont ensuite été modifiés par la loi du 20 juillet 2005 (modifiant la *Loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses*) ; voy. aussi l'article 24bis introduit à cette occasion dans la loi du 8 août 1997 en vue de suspendre, à dater du jugement déclaratif de la faillite du débiteur garanti, les voies d'exécution à l'égard de ses sûretés personnelles à titre gratuit ; sur ces dispositions, voy. I. MOREAU-MARGREVE, « Égalité en droit, précarité du droit – Illustration en matière de sûretés », dans *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, spéc. p. 355-358 ; M. VANMEENEN, « De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien ! », *R.D.C.*, 2005, 997-1006 ; P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », dans *Droit de la faillite – Actualités 2005*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de 2005, p. 29-51 ; B. MAILLEUX, « Bevrijding kosteloze borg », *NjW*, 2005, 938-942 ; A. DE WILDE, « Verschoonbaarheid en bevrijding in de Faillissementswet: een

Cette décharge de la caution à titre gratuit à l'occasion de la faillite du débiteur garanti peut être totale ou seulement partielle. La décharge n'a lieu que si et dans la mesure où, au moment de la faillite du débiteur garanti, les engagements de la caution à titre gratuit s'avèrent disproportionnés avec le patrimoine et les revenus de cette caution.

Parallèlement à la possibilité de décharge de la caution à titre gratuit à l'occasion de la faillite du débiteur garanti, le *Code civil* vient de s'enrichir de nouvelles dispositions visant à protéger lesdites cautions à titre gratuit⁹⁰.

L'exigence de proportionnalité de l'engagement de la caution à titre gratuit y est consacrée, cette fois en se plaçant à l'époque de la conclusion du contrat de cautionnement: à peine de nullité, l'engagement de la caution à titre gratuit ne peut pas être manifestement disproportionné à son patrimoine et à ses revenus. La caution à titre gratuit a donc deux possibilités d'être déchargée.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on relèvera encore le souci de formaliser, notamment par l'exigence d'un acte distinct et d'une mention manuscrite, l'engagement de caution à titre gratuit. La caution à titre gratuit ne peut s'engager qu'à concurrence d'un montant donné et pour une durée déterminée. Elle doit être informée en cas de défaillance du débiteur garanti. Ses héritiers ne pourront plus être tenus au-delà du montant qu'ils recueillent de la succession et la dette de cautionnement se divisera nécessairement entre eux.

Toute la question réside à l'évidence dans la définition des cautions ainsi protégées. Il ne s'agit que des seules personnes physiques qui se sont ainsi engagées « à titre gratuit ». Reprenant la définition de la Cour constitutionnelle, l'article 2043bis du *Code civil* énonce :

schone lei voor de wetgever?», *R.W.*, 2005-2006, 601-610; P. MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle – Nouvelles interrogations ? », *R.G.D.C.*, 2006, 153-159; C. BIQUET-MATHIEU, « De quelques considérations en matière de sûretés », *Rev. Dr. ULg*, 2006, 27 et suiv.; M. VANMEENEN et B. WINDEY, « De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller: nieuwe regels, nieuwe zorgen », dans *Insolventierecht*, H. COUSY et E. DIRIX (dir.), *Thémis*, 2006-2007, vormingsonderdeel 38, Die Keure, 2006.

⁹⁰ Art. 2043bis et suiv. introduits dans le *Code civil* par la *Loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit*.

« La nature gratuite du cautionnement porte sur l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement ». La Cour constitutionnelle avait également précisé que les cautions à titre gratuit sont les « personnes qui ne poursuivent aucun avantage économique par le biais de leur caution », soit « la catégorie des cautions la plus désintéressée et la plus vulnérable »⁹¹.

La notion de gratuité n'en est pas moins controversée. La notion de gratuité requiert-elle nécessairement, comme le laisserait plutôt entendre la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle, que la caution ne soit pas économiquement intéressée à l'affaire pour laquelle la dette garantie est contractée ? Si tel est le cas, le gérant ou l'administrateur qui s'est porté caution de dettes de sa société ne sera jamais considéré comme une caution à titre gratuit. Ou bien, pour que le caractère gratuit soit admis, suffit-il que la caution n'ait effectivement obtenu du créancier ou du débiteur garanti aucun avantage économique grâce à la sûreté qu'elle a consentie ? Si tel est le cas, le gérant ou l'administrateur de société qui s'est porté caution de sa société sans avoir effectivement obtenu un avantage économique personnel grâce à ce cautionnement pourra être considéré comme une caution à titre gratuit.

Quant aux types de sûretés à titre gratuit qui sont spécialement protégées, la possibilité de décharge propre à la faillite du débiteur garanti a finalement été élargie par la loi à toutes les sûretés personnelles à titre gratuit, en ce compris notamment l'hypothèse de la solidarité-sûreté⁹². Cette possibilité de décharge ne touche pas en revanche les tiers garants réels, soit ceux qui ont constitué une sûreté réelle, tels une hypothèque ou un gage, en garantie de la dette d'autrui. Envisageant le sort du tiers garant hypothécaire à titre gratuit, la Cour constitutionnelle a jugé qu'il n'y a pas là de discrimination injustifiée avec les sûretés personnelles à titre gratuit⁹³.

Quant aux dispositions protectrices insérées dans le *Code civil*, elles ne concernent, selon les textes, que les seules cautions à titre gratuit et non de façon générale, mais sous réserve d'une possible

⁹¹ C. Const., arrêt précité n° 114/2004, 30 juin 2004.

⁹² Cf., depuis sa modification par la loi du 20 juillet 2005, l'article 80, al. 3, de la *Loi du 8 août 1997 sur les faillites*.

⁹³ C. Const., arrêt n° 12/2006, 25 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, 764, note J. Caeymaex; C. Const., arrêt n° 50/2006, 29 mars 2006.

intervention de la Cour constitutionnelle, toutes les sûretés personnelles à titre gratuit, laissant ainsi de côté la solidarité-sûreté⁹⁴. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, ces dispositions relatives aux cautions pourraient peut-être en revanche s'appliquer aux sûretés réelles constituées gratuitement en garantie de la dette d'autrui, cela dans la mesure où les dispositions protectrices relatives au cautionnement sont compatibles avec le caractère réel de la sûreté⁹⁵.

Comme on peut le constater au travers du sort des «cautions» à titre gratuit, l'impératif de sécurité juridique n'est pas toujours respecté. C'est là malheureusement un trait à déplorer dans certaines évolutions récentes de notre droit privé.

⁹⁴ Art. 2043bis C.civ.

⁹⁵ Cass., 22 décembre 2006, C.06.0089.N.; voy., dans le même sens, E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Kluwer, 2006, p. 299, n° 445; Fr. T'KINT, *Sûretés*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 358, n° 718; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, A.P.R., Story-Scientia, 1999, p. 35, n° 70.

