

Université libre de Bruxelles
Faculté de Droit et de Criminologie

La rétroactivité dans le contrat
Etude d'une notion fonctionnelle
à la lumière du principe constitutionnel d'égalité

Thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques
sous la direction du Professeur Paul Alain Foriers

Rafaël Jafferli

2013-2014



« What we call the beginning is often the end

And to make an end is to make a beginning.

The end is where we start from. »

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

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

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

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

« Le passé est imprévisible ! »

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

Remerciements

Je remercie vivement mon promoteur, le Professeur Paul Alain Foriers, pour m'avoir offert, il y a de cela déjà huit ans, de me lancer, pour reprendre ses mots, dans ce « *projet à moyen terme* » que représente la rédaction d'une thèse de doctorat, et pour m'avoir accompagné tout au long de ces années, dans le cadre de la thèse proprement dite et surtout de ma formation au barreau, qui demeure à mes yeux l'une des meilleures écoles du droit.

Je remercie également les membres du comité d'accompagnement, les Professeurs Andrée Puttemans et Xavier Dieux, ainsi que les membres du jury pour leur implication, leur disponibilité et leurs critiques.

Par ailleurs, ma gratitude s'adresse tout particulièrement au Professeur Nadine Watté, non seulement pour le temps et les conseils qu'elle m'a prodigués en acceptant de relire ce manuscrit, mais surtout pour son soutien et son amitié.

Je dois enfin beaucoup à mes parents qui, chacun à sa manière, ont su m'inoculer le virus de la curiosité sans laquelle il n'est point de recherche, ainsi qu'à mes proches, Jean, Silvia, les deux Renaud¹ et Aurélien, qui me confortent chaque jour dans l'idée que les plus belles histoires sont celles mélangées de fait et de droit.

¹ Sur le pluriel des noms propres, cons. M. GREVISSE, *Le bon usage*, 13^e éd. par A. GOOSSE, s.l., Duculot, 1993, § 510 et s., p. 802 et s., où l'on apprend que l'on écrit deux Renaud mais deux frères Gracques, deux Napoléon mais douze Césars, seize Benoît mais trois Maries; ou comment les règles de la grammaire française sont au fond bien plus mystérieuses que celles du droit.

Sommaire

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
CHAPITRE I. PROJET DE RECHERCHE.....	1
CHAPITRE II. BALISES MÉTHODOLOGIQUES.....	14
CHAPITRE III. PREMIÈRE APPROCHE DE LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ.....	58
CHAPITRE IV. ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION EN DROIT PRIVÉ.....	72
PREMIÈRE PARTIE. LES DROITS INACHEVÉS.....	107
CHAPITRE I. CONFIRMATION.....	107
CHAPITRE II. RATIFICATION.....	142
CHAPITRE III. CONDITION SUSPENSIVE.....	208
CHAPITRE IV. ANALYSE CRITIQUE DES DROITS INACHEVÉS.....	274
DEUXIÈME PARTIE. LES DROITS EFFACÉS.....	300
CHAPITRE I. NULLITÉ.....	300
CHAPITRE II. RÉOLUTION POUR INEXÉCUTION.....	527
CHAPITRE III. CONDITION RÉSOLUTOIRE.....	698
CHAPITRE IV. ANALYSE CRITIQUE DES DROITS EFFACÉS.....	731
TROISIÈME PARTIE. LES DROITS REMODELÉS.....	755
CHAPITRE I. MANIFESTATIONS DE LA RÉTROACTIVITÉ CONVENTIONNELLE.....	755
CHAPITRE II. RECONNAISSANCE DE LA RÉTROACTIVITÉ CONVENTIONNELLE.....	769
CHAPITRE III. ANALYSE CRITIQUE DES DROITS REMODELÉS.....	779
CONCLUSIONS GÉNÉRALES.....	781
BIBLIOGRAPHIE.....	798
TABLE DES MATIÈRES.....	816

Introduction générale

Chapitre I. Projet de recherche

§ 1. Objet de la recherche

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

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

Cette première intuition se révèle cependant rapidement erronée. En effet, dans plusieurs autres dispositions, le Code multiplie les allusions à l'idée de rétroactivité², et énonce même expressément à propos de la condition accomplie que celle-ci « *a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* » (article 1179). Il faut donc distinguer le Code en tant que texte de loi, qui est dépourvu d'effet rétroactif puisque les actes et les faits auxquels il s'applique aujourd'hui sont largement postérieurs à son entrée en vigueur³, des institutions qu'il régit qui peuvent, quant à elles, produire un effet rétroactif.

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

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

2. Recherches antérieures. L'étude de la rétroactivité conduit – tout comme son objet d'investigation – à remonter le cours du temps. Ce sujet suscite en effet depuis longtemps l'intérêt de la doctrine. Ainsi, il était déjà connu avant la promulgation du Code civil⁴ et n'a pas échappé à l'attention des premiers commentateurs de celui-ci. Depuis lors, la rétroactivité,

² 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* »).

³ Comp. dans le même sens C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2003, n°555, p. 337 et s.

⁴ Voy. not. R. DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, n°80 et s., p. 50 et s.

dont on se plaît à souligner qu'elle « *passse à bon droit pour la notion la plus confuse du droit privé* »⁵, 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 esquisse⁶. 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*⁷.

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

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

Ainsi, par exemple, si l'on s'accorde à dire que la ratification a un effet rétroactif sans préjudice des droits acquis des tiers, l'embarras surgit dès que l'on cherche à préciser de quels tiers et de quels droits il s'agit exactement⁸.

⁵ R. DEKKERS, *La fiction juridique, o.c.*, n°80, p. 50.

⁶ Voy. cependant, examinant ensemble les effets de la nullité et de la résolution pour inexécution, la récente thèse de J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012.

⁷ Voy. **en France** J. DEPRez, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, 2 v., 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); *adde* 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 Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, v. 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.; **en Allemagne**, B. JACOBI, *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, diss. Hamburg, 1966; **aux Pays-Bas**, A.S. HARTKAMP, « Terugwerkende kracht », *W.P.N.R.*, 1991, p. 868 et s.; J. HJMA et M. OLTHOF, « Terugwerkende kracht, causaal stelsel en zakelijke werking in het Nieuw Burgerlijk 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.

⁸ 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.

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

Par ailleurs, une telle étude nous paraît devoir *intégrer les acquis de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité*, dont l'influence sur le droit privé va sans cesse croissante⁹. Comme nous le verrons, en effet, le recours au principe constitutionnel d'égalité permet de remettre en cause des solutions qui, tout en étant considérées comme inopportunes par une grande partie de la doctrine, étaient néanmoins ressenties jusqu'alors comme inéluctables en l'absence d'une intervention législative, compte tenu de l'appui qu'elles trouvent dans le texte de la loi et dans une jurisprudence constante¹⁰. Cette dimension de droit public fait largement défaut dans les études antérieures précitées, rédigées pour la plupart à une époque où le contentieux constitutionnel était inexistant ou, à tout le moins, ne connaissait pas encore un tel essor¹¹.

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

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

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

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

⁹ 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. BURSENS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 287, note O. JAUNIAUX, *T.B.O.*, 2006, p. 155, note K. UYTTERHOEVEN; cons. également à ce propos J. CABAY, « L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, p. 765 et s.).

¹⁰ Tel est en particulier le cas de l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution à l'égard des tiers : voy. *infra*, n°542 et s., spéc. n°550 et s.

¹¹ Le principe d'égalité devant la loi est certes également garanti par des instruments internationaux mais, dans l'ordre juridique belge, c'est la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui lui aura véritablement donné ses lettres de noblesse (voy. à ce propos *infra*, n°61 et s.).

A cet égard, même si des hésitations peuvent, comme pour tout concept, surgir à la marge quant à ses frontières exactes, le contrat nous paraît constituer un cadre suffisamment balisé et homogène pour fixer le champ de notre recherche¹². C'est donc au sein de la *théorie générale du contrat* en droit belge que celle-ci sera menée. Le choix de ce domaine vise à assurer à la fois la généralité des résultats escomptés (puisque ceux-ci devraient valoir pour tout contrat, et non pas seulement pour tel type précis de convention) mais également leur spécificité (en évitant de formuler des conclusions qui, parce qu'elles tenteraient de faire la synthèse de la rétroactivité dans des domaines trop éloignés les uns des autres, finiraient par perdre toute portée concrète)¹³.

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

- en droit des personnes (effet rétroactif du divorce ou de la reconnaissance d'enfant) ;
- en droit des successions (effet rétroactif de l'acceptation ou de la renonciation à succession et du retrait successoral) ;
- en droit des biens (effet rétroactif de la prescription acquisitive), sans cependant négliger les effets réels des obligations contractuelles ;
- en droits intellectuels (par exemple l'annulation des brevets) ;
- en droit judiciaire (effet déclaratif des jugements) ;
- en droit international privé (en particulier la problématique des conflits mobiles) ;
- en droit public (en particulier la rétroactivité des lois nouvelles), en droit pénal et en droit fiscal ;
- en droit comparé, si ce n'est de manière adventice en vue d'approfondir notre connaissance du droit belge¹⁴ ;
- dans les régimes spécifiques à certains contrats dits spéciaux (effet déclaratif du partage et de la transaction; régularisation de certains contrats nuls, notamment la vente et la société¹⁵; effet du retrait litigieux; révocation des donations pour cause d'ingratitude¹⁶; droit de rétractation dans les contrats conclus avec les consommateurs).

Nous nous concentrerons donc sur les règles constitutives du droit commun des obligations contractuelles. Par la force des choses, nous serons également amené à examiner certains actes unilatéraux qui s'inscrivent dans la sphère contractuelle¹⁷.

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

¹² Sur la notion de contrat, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n°58 et s., p. 133 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n°37 et s., p. 59 et s. Sur l'indétermination des concepts à la marge, voy. *infra*, n°22.

¹³ Sur l'importance de construire l'interprétation du droit dans un cadre relativement homogène, voy. également *infra*, n°26.

¹⁴ Pour plus de détails sur le rôle du droit comparé dans la présente recherche, voy. *infra*, n°34 et s.

¹⁵ Sous réserve des réflexions formulées *infra*, n°98.

¹⁶ Nous l'évoquerons cependant brièvement à titre de comparaison (voy. *infra*, n°552). Par ailleurs, la révocation des donations pour cause d'inexécution des charges constitue en réalité une forme de résolution judiciaire, et sera dès lors traitée à ce titre (voy. *infra*, n°351).

¹⁷ Sur l'importance de ce phénomène, cons. not. X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008.

§ 2. Objectif de la recherche

5. Prémisse de la thèse – Distinction entre notions conceptuelles et fonctionnelles. La thèse que nous proposons de défendre à l'égard de l'objet d'étude précédemment défini repose sur la distinction entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles¹⁸.

I. Nous entendons par *notion conceptuelle* une notion invariante dont la portée peut être établie de manière abstraite en partant de sa définition, indépendamment du contexte ou du but dans lequel elle est utilisée¹⁹. Le raisonnement fondé sur une telle notion est donc de nature *déductive* et *analytique*.

Ainsi, par exemple, la notion civile d'immeuble par nature peut être considérée comme conceptuelle, dès lors que sa signification demeure constante, même utilisée par exemple à des fins fiscales²⁰. On pourrait citer, de même, la notion de jour dans l'article 52 du Code judiciaire, de mariage ou, selon certains auteurs, de personnalité morale²¹.

À l'inverse, une *notion fonctionnelle* est une notion dont la signification n'est pas entièrement, ni même principalement donnée *a priori*, mais dépend de l'utilisation faite de cette notion, du but que l'on veut atteindre dans un contexte donné²². En d'autres termes, la portée d'une notion fonctionnelle découle avant tout de la volonté de soumettre une situation donnée à un régime juridique particulier, considéré comme désirable. Cette approche téléologique, à

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

¹⁹ Comp. P. DEROUIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, n°4, p. 3, pour qui les notions conceptuelles sont celles « qui peuvent recevoir une définition complète et dont le contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes ».

²⁰ Voy. Cass., 15 mars 2012, *Pas.*, 2012, n°172, *A.C.*, 2012, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS; Cass., 14 février 2008, *Pas.*, 2008, n°110, et le commentaire de J.-F. ROMAIN, « Interprétation de la loi, fiction juridique, immeubles par nature et par destination économique », note sous Cass., 15 février 2007, *R.C.-J.B.*, 2010, p. 63 et s., spéc. n°52.2, p. 118 (« la ratio legis des notions d'immeuble et de meuble (...) n'est pas spécifique. Au travers de ces notions, le législateur ne poursuit pas un but juridique ou pratique spécial, mais il est mû par une volonté de définir des concepts généraux dont l'importance est grande dans le système juridique. (...) Elles ne dérogent pas non plus au droit commun, mais sont précisément des notions constitutives de ce droit commun »). Voy. dans le même sens H. HEINRICH, « BGB §§ 1-311a », *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, Beck, 2006, p. 1 et s., Einl., n°39, p. 7, qui relève que le constat qu'une voiture est une chose meuble ne requiert qu'une simple opération de subsomption (c'est-à-dire de qualification), exclusive de tout jugement de valeur.

²¹ Voy. en ce sens V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques. Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995, spéc. p. 163 et s.

²² Comp. P. DEROUIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, n°4, p. 3, pour qui les notions fonctionnelles sont celles « qu'on ne peut définir sinon en indiquant ce à quoi elles servent c'est-à-dire leur fonction ».

laquelle on reproche parfois son manque de pureté²³, justifie qu'à côté du but principal poursuivi par la notion fonctionnelle, son régime tient également compte d'objectifs concurrents reconnus par le droit positif, tels que par exemple le respect de la sécurité juridique²⁴. Le raisonnement est donc ici de nature *inductive* et *synthétique*, puisqu'il part du concret (les objectifs visés) avant de reconstruire les principes sur cette base.

Ainsi, par exemple, *la notion d'ordre public*, en dépit d'un certain noyau conceptuel²⁵, ne peut se comprendre qu'à travers les applications qu'en retiennent le législateur, la jurisprudence et la doctrine en vue d'atteindre à chaque fois un résultat déterminé²⁶. En effet, une règle est qualifiée d'ordre public, non pas tant parce qu'elle toucherait « par nature » aux intérêts essentiels de l'Etat, mais parce que l'on entend en réalité prohiber tel type particulier de clause ou de comportement jugé nuisible. Ceci explique, par exemple, que l'ordre public n'interdit pas de manière absolue les clauses d'exonération de responsabilité, mais seulement celles qui visent à exonérer le débiteur de son dol ou à priver l'obligation de son objet²⁷, qu'il permet de renoncer à la prescription acquise mais non d'écarter le principe même de la prescription²⁸, qu'il prohibe les conventions portant sur une infraction mais non sur les conséquences de celle-ci²⁹, ou encore, selon l'opinion majoritaire, qu'on peut acquiescer au jugement rejetant une demande de divorce mais non à celui qui l'accueille³⁰. En effet, dans chacun de ces cas, il a paru juridiquement – et socialement – désirable de condamner tel comportement plutôt que tel autre, raison pour laquelle on a fait entrer le premier dans la notion d'ordre public afin d'atteindre ce résultat, alors que sa « nature » ne le distinguait pourtant pas fondamentalement du second. Réciproquement, la qualification de règle d'ordre public est parfois écartée au profit de celle de règle impérative, non d'après la nature de la règle, mais en vue d'éviter qu'une des parties puisse se prévaloir de sa violation³¹. L'ensemble des applications de la notion d'ordre public ne se laisse donc pas déduire de manière purement logique de sa définition, au fond très générale.

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

II. Certes, la distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle ne doit pas se comprendre comme une opposition tranchée, mais comme une question de degré³². Elle constitue donc plutôt *un instrument heuristique* d'analyse du droit positif.

²³ Voy. ainsi C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, o.c., qui considère, en citant J. HÉRON, que « la réflexion juridique est faussée par le désir d'aboutir à un résultat donné » (n°388, p. 232) et qu'en procédant ainsi, les auteurs « inversent le raisonnement » (n°501, p. 305).

²⁴ En ce sens, H. HEINRICHS, o.c., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n°46, p. 8.

²⁵ Selon une formule bien connue, est d'ordre public (interne) la législation qui règle les intérêts essentiels de l'Etat, de la Communauté ou de la Région ou qui, en droit privé, établit les fondements juridiques de l'ordre économique ou moral de la société (Cass., 5 mars 2012, *Pas.*, 2012, n°147, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT; C.C., 18 janvier 2012, n°8/2012, point B.15.4; Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, n°288; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n°596; Cass., 19 mars 2007, *Pas.*, 2007, n°145).

²⁶ Sur cette approche, qu'il qualifie également de fonctionnelle, voy. J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthémis, 2011, p. 89 et s., n°27, p. 133 et s. Le caractère fonctionnel de l'exception d'ordre public est d'ailleurs expressément reconnu en droit international privé : voy. not. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n°7.46, p. 316, où le rapprochement est également fait avec la notion d'ordre public en droit interne.

²⁷ Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, 2^e éd., o.c., n°764 et s., p. 740 et s.

²⁸ Voy. l'art. 2220 du Code civil.

²⁹ Voy. l'art. 2046 du Code civil et Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n°470, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES.

³⁰ Voy. sur cette question H. BOULARBAH, « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? », note sous Bruxelles, 28 octobre 1999, *Div. Act.*, 2000, p. 147 et s.

³¹ J. VAN ZUYLEN, o.c., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, n°23, p. 134

Ainsi, alors que les notions de responsabilités contractuelle et extracontractuelle sont largement conceptuelles, puisqu'elles reposent sur la notion préexistante de contrat, leurs limites respectives peuvent fluctuer à la marge en fonction du résultat recherché, par exemple en vue de favoriser l'application d'un certain délai de prescription ou d'une certaine règle de conflit de juridiction³³.

La ligne de partage entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle peut également se brouiller dans le cas où une notion est définie par la fonction qu'elle remplit. Nous en verrons l'illustration dans le cas de la nullité. En effet, dans la théorie classique, celle-ci était définie comme l'état objectif d'un acte atteint d'une cause d'illégalité³⁴. Dans la théorie moderne, au contraire, la nullité est conçue de manière plus dynamique : elle constitue plutôt la sanction prévue par l'ordre juridique en réaction à la conclusion d'un acte non valablement formé³⁵. Dès lors, il ne s'agit plus de tirer mécaniquement les conséquences d'une situation illégale, mais d'adapter le régime de la nullité aux objectifs qu'elle poursuit (efficacité de la règle sanctionnée par la nullité, protection de la partie faible, etc.)³⁶. La nullité demeure ainsi formellement une notion clairement identifiée d'un point de vue conceptuel, mais sa fonction ayant été intégrée à sa définition, elle devient, en réalité, une notion fonctionnelle.

III. Enfin, il importe de préciser d'emblée que la reconnaissance du caractère fonctionnel d'une notion n'implique nullement la renonciation à toute tentative de systématisation des effets de celle-ci. La méthode fonctionnelle vise certes à tempérer les excès qu'un raisonnement de type logico-déductif pourrait entraîner, mais elle n'est pas pour autant condamnée à n'être qu'une collection de solutions particulières, exclusivement dictées par les circonstances concrètes de la cause³⁷. Il s'agit donc de *trouver un moyen terme* entre une démarche purement conceptuelle et une approche exclusivement casuistique³⁸.

Ainsi, par exemple, malgré la souplesse de la théorie de l'abus de droit, doctrine et jurisprudence se sont efforcées d'en systématiser le régime en dégagant notamment une liste, certes non exhaustive, de ses critères d'application³⁹.

Une autre illustration peut être puisée dans le domaine du droit international privé, spécialement dans la matière de la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle. On sait que, classiquement, la méthode savignienne commandait de « *Déterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport* »⁴⁰. L'approche était donc conceptuelle au sens où nous l'avons définie, puisqu'elle prétendait déduire la loi applicable à un rapport de droit de sa nature profonde ou, si l'on préfère, de sa définition. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a considé-

³² Voy. P. DEROUIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, n°4, p. 4; comp. dans le même sens H. HEINRICH, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n°39, p. 7, qui distingue entre le « noyau dur » (*Kern*) d'une notion et son étendue « à la marge » (*Randzone*). Du reste, si l'on opte pour une conception interprétative du droit (voy. *infra*, n°16 et s.), même la notion la plus conceptuelle est toujours susceptible de voir son sens évoluer du fait de ses utilisations.

³³ Voy. ainsi, à propos de la responsabilité précontractuelle, *infra*, n°338.

³⁴ Voy. *infra*, n°87.

³⁵ Voy. *infra*, n°88.

³⁶ Voy. *infra*, n°240.

³⁷ Comp. la critique formulée par GÉNY à l'encontre de l'oeuvre de DEMOGUE, auquel il reprochait d'être allé trop loin dans son travail de déconstruction du droit positif (voy. à ce propos D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, « La place de Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2006, p. 163 et s., spéc. p. 199 et s.); comp. également le passage en Allemagne de l'*Interessenjurisprudenz*, centrée sur les intérêts des parties au litige, à la *Wertungsjurisprudenz*, qui s'est efforcée de dégager, de manière plus abstraite, les valeurs consacrées par le droit positif (voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 82, p. 653).

³⁸ Voy. dans le même sens la conclusion de la thèse de R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 940.

³⁹ Voy. not. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 33 et s.

⁴⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain* (trad. C. GUENOUX), t. 8, Paris, Firmin Didot, 1851, § 348, p. 30 et s.

ré que « les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation sont des lois de police » au sens de l'ancien article 3, alinéa 1^{er}, du Code civil, de sorte que l'action en réparation d'un dommage était soumise à la loi du lieu où le fait illicite était commis⁴¹. La rigidité d'une telle approche a cependant entraîné aux Etats-Unis une vive réaction connue sous le nom de « *conflicts revolution* ». Celle-ci recouvre en réalité une multitude de courants de pensée dont le point commun est d'abandonner toute démarche abstraite fondée sur la qualification et le classement d'un rapport de droit dans une catégorie de rattachement, au profit d'une analyse des intérêts en conflit dans un cas litigieux⁴². On peut cependant lui reprocher de ne pas être parvenue à édifier un véritable système, capable de garantir l'uniformité des résultats et la prévisibilité des solutions⁴³. Il s'agit, en d'autres termes, de la tentation casuistique contre laquelle nous mettions en garde. Entre à ces deux extrêmes, la position adoptée en Europe par le règlement Rome II peut être perçue comme un moyen terme⁴⁴. En effet, tout en conservant des catégories de rattachement définies en termes abstraits, le législateur européen n'a pas hésité à adapter ces catégories, et les règles de conflits qui en dépendent, à une série d'objectifs qu'il désireait promouvoir ainsi qu'aux particularités de certains rapports de droit. C'est ainsi qu'au-delà de la règle générale (article 4), des règles particulières sont introduites pour les délits commis en matière de produits défectueux (article 5), de concurrence déloyale (article 6), d'atteintes à l'environnement (article 7), etc. Des mécanismes correcteurs, tels que la clause d'exception ou l'exception d'ordre public, sont également prévus, tout en veillant à les maintenir dans de strictes limites. Un tel système, qui s'efforce de concilier flexibilité et prévisibilité⁴⁵, correspond à une approche fonctionnelle telle que nous l'entendons.

6. Enoncé de la thèse. La thèse que nous proposons de défendre est que la rétroactivité constitue, dans la théorie générale du contrat telle qu'elle existe en droit positif belge, une *notion fonctionnelle*, dont la portée ne peut être entièrement ni même principalement déduite d'une définition abstraite et conceptuelle donnée *a priori* par l'ordre juridique, mais découle du rôle, de la fonction qui lui est assignée dans le cadre d'une institution juridique donnée⁴⁶. Dès lors, la question de savoir si telle ou telle situation juridique⁴⁷ sera affectée rétroactivement par cette institution ou si elle tombe au contraire en dehors du champ d'application de l'effet rétroactif variera en fonction de l'institution considérée, de manière à s'adapter à chaque fois au but et aux caractéristiques de cette institution.

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

⁴¹ Cass. (plén.), 17 mai 1957, *Pas.*, 1957, p. 1111, avec les conclusions de M. le procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT.

⁴² Pour plus de détails, cons. not. P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 5^e éd., St Paul, West, 2010, § 2.9 et s., p. 27 et s.

⁴³ Pour cette critique, *ibid.*, § 2.26, p. 121 et s.

⁴⁴ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

⁴⁵ Voy. en ce sens S. SYMEONIDES, « The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons », *Tulane L.R.*, 2008, vol. 82, p. 1741 et s., spéc. p. 1795 et s.

⁴⁶ Nous employons le terme « institution » dans le sens très général d'ensemble des règles de droit relatives à un rapport de droit ou à une question juridique donnée et qui constituent un système doté d'une autonomie relative (voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, o.c., § 50, p. 409). Peuvent ainsi être considérées comme institutions la condition suspensive, la ratification, la nullité, etc.

⁴⁷ Le terme est également pris dans le sens le plus général, couvrant aussi bien les actes que les faits juridiques. Il peut ainsi s'agir de la perception de fruits, l'exécution d'un contrat successif, le transfert volontaire ou forcé de la propriété d'une chose, etc.

mise au service des objectifs les plus divers, qui en conditionnent largement la signification dans chacun des cas envisagés.

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

Le système juridique ne peut toutefois s'accommoder d'une telle pluralité de régimes qu'à la condition que celle-ci ne devienne pas source de véritables incohérences. A 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. Ce n'est que de cette manière, et non en partant d'une définition abstraite de la rétroactivité, que pourront émerger certaines règles communes à ces institutions.

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

« *Le Code civil ne comporte pas l'énoncé d'une théorie générale de la rétroactivité et la notion d'effet rétroactif est employée à des fins fort variées (...) La variété des aspects sous lesquels la rétroactivité peut se présenter et les incertitudes multiples auxquelles elle a donné lieu dans chacun de ces cas (...) nous semblent inviter à la circonspection, face à des constructions théoriques courageuses et attrayantes, mais souvent abstraites : les méfaits de la méthode "métaphysique ou déductive" dans ce genre de situations ont été dénoncés* »⁴⁸.

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

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

⁴⁸ 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. Voy. déjà dans le même sens, également à propos de la condition suspensive, R. DEMOGUE, *o.c.*, *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, v. I, p. 171 (« nous ne posons pas la rétroactivité comme un principe dont il suffit de tirer les conséquences par une logique purement déductive. Ce fut précisément l'erreur de l'Ecole exégétique du XIX^{ème} siècle d'avoir employé cette méthode qui fait abstraction de l'utilité sociale »); à propos de la résolution pour inexécution, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *o.c.*, n°703, p. 505; de manière plus générale, R. JAMBU-MERLIN, *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, n°3, p. 273 et n°29, p. 299. L'idée apparaît également dans la thèse de S. MERCOLI (voy. ainsi *La rétroactivité dans le droit des contrats*, *o.c.*, n°133, p. 149) mais n'en constitue cependant pas le fil conducteur. Comp. également M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, *o.c.*, p. 15, à propos de l'une des principales manifestations de la rétroactivité : « *On peut douter qu'il y ait une théorie générale des restitutions, tant les applications sont nombreuses. La restitution paraît être davantage une simple technique, au service d'autres mécanismes* ».

⁴⁹ J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. I, *o.c.*, n°14, p. 15.

tonnement de la rétroactivité à ses justes proportions nécessite une recherche ardue de son fondement véritable et des intérêts en cause (...) »⁵⁰.

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

D'une part, en effet, l'auteur s'est efforcé de ramener les cas de rétroactivité à deux catégories principales, à savoir la rétroactivité-sûreté et la rétroactivité-sanction⁵¹, ce qui lui permet de conclure qu'« *Il y a deux régimes de la rétroactivité* »⁵². Si cette analyse offre des mérites indéniables⁵³, elle nous paraît cependant présenter le danger de simplement déplacer l'approche conceptuelle au niveau de ces deux nouvelles notions, en négligeant les différences qui subsistent entre les institutions ainsi regroupées. C'est ainsi, par exemple, qu'en dépit des différences fondamentales que ces institutions présentent entre elles, la nullité est, au moins en principe, encore considérée comme « *pleinement assimilable, dans ses résultats pratiques, à la résolution* »⁵⁴, c'est-à-dire tant à la résolution pour inexécution qu'à l'effet de la condition résolutoire⁵⁵.

D'autre part, pour le même auteur, si la rétroactivité peut dans certains cas être maintenue au prix de certains aménagements, il faudrait le plus souvent envisager sa suppression⁵⁶, laquelle devrait passer notamment par une intervention législative⁵⁷. Ainsi, si la rétroactivité « *produit parfois des effets utiles et mérite d'être maintenue, elle manifeste en d'autres domaines une inadaptation permanente aux solutions de fond qu'elle réalise* »⁵⁸. De manière générale, la rétroactivité serait « *une technique inadaptée à son but parce qu'elle est à la fois trop simple et trop complexe. Trop simple, parce que, trop brutale, elle n'opère pas un dosage harmonieux d'intérêts divergents et contredit l'idée d'équilibre inhérente au Droit lui-même. Trop complexe parce qu'elle ne parvient au résultat recherché que par le détour d'un mécanisme dont il faut doser et apprécier la portée* »⁵⁹. C'est en quelque sorte faire l'aveu d'un échec, au moins partiel, de la démarche fonctionnelle.

⁵⁰ *Ibid.*, n°61, p. 63 et s. Reprenant ces idées à son compte de manière plus succincte, voy. également E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n°14, p. 18 et s.

⁵¹ J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. II, *o.c.*, n°426, p. 591.

⁵² *Ibid.*, n°465, p. 648. La même critique peut être adressée à E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n°188, p. 174, qui considère que la rétroactivité ne remplit que deux fonctions : le renforcement rétroactif d'une situation juridique et la liquidation rétroactive de la période intermédiaire.

⁵³ Voy. ainsi, à propos du rôle de sûreté de la rétroactivité de la condition, *infra*, n°217; à propos du rôle de sanction de la rétroactivité, pour la nullité, *infra*, n°241, et pour la résolution pour inexécution, *infra*, n°375.

⁵⁴ J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. I, *o.c.*, n°155, p. 168 (voy. également v. II, *o.c.*, n°478, p. 665); de même, E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n°216, p. 202.

⁵⁵ J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. I, *o.c.*, n°154, p. 165 et s.; E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n°216, p. 202. Certes, dans un second temps, l'étude de J. DEPREZ prend acte d'une série de différences introduites par la jurisprudence entre ces différentes institutions, à savoir, en cas de résolution, le maintien des actes de jouissance et d'administration (n°286 et s.) et des contrats successifs (n°314 et s.), et, en cas de nullité, la théorie des sociétés de fait (n°300), mais on n'y trouve pas d'examen systématique et comparé du régime de ces institutions mis en rapport avec leur but. En outre, même dans ce cadre, la démarche fonctionnelle demeure parfois timide. C'est ainsi que, tout en reconnaissant que, compte tenu du but limité de l'effet rétroactif de la condition qui intéresse surtout les rapports avec les tiers, « *La restitution des fruits par le propriétaire intérimaire consacrerait un abus flagrant de la rétroactivité de l'effet résolutoire* », l'auteur considère néanmoins que « *L'acquéreur sous condition suspensive aurait certainement le droit de réclamer au propriétaire sous condition résolutoire tous les fruits perçus medio tempore, puisqu'il est censé avoir été seul propriétaire dès le jour du contrat* », sauf volonté contraire des parties (n°290, p. 392 et s.).

⁵⁶ Voy. les conclusions générales de l'étude, J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. II, *o.c.*, n°513 et s., p. 702 et s.

⁵⁷ *Ibid.*, n°324 et s., p. 453 et s.

⁵⁸ *Ibid.*, n°514, p. 703.

⁵⁹ *Ibid.*, n°514, p. 703.

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

§ 3. Organisation de la recherche

8. Première approche des fonctions de la rétroactivité. Les manifestations de la rétroactivité dans le droit des contrats sont à ce point variées qu'il a rapidement semblé inapproprié de comparer terme à terme des institutions aussi éloignées, par exemple, que la confirmation des obligations nulles et la résolution pour inexécution, ou la ratification et la nullité. En revanche, il est apparu que la rétroactivité remplissait schématiquement quatre grandes fonctions de sorte qu'un regroupement pouvait être opéré sur cette base à des fins d'analyse. Si l'on se place dans la perspective des parties au contrat⁶⁰, les fonctions de la rétroactivité peuvent dès lors 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. A 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'origine⁶¹.

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

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

⁶⁰ Un regroupement différent serait possible dans la perspective des tiers au contrat. En effet, à la consolidation des droits des parties correspond généralement l'effacement des droits des tiers et, inversement, à la consolidation de leurs droits correspond l'effacement de ceux des parties (comp. E. MAÎTRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n°9, p. 11 et s.). Pour un autre exposé des fonctions de la rétroactivité, envisagée soit comme procédé d'opposabilité d'une situation juridique, soit comme procédé de liquidation du passé, voy. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. I, o.c., n°67 et s., p. 72 et s.

⁶¹ Un premier examen de ces « droits inachevés » a fait l'objet du mémoire que nous avons rédigé en vue de l'obtention du certificat de formation à la recherche et qui est depuis lors paru sous le titre *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelles, Larcier, 2011. Le contenu de ce mémoire a, moyennant adaptations et actualisations, été intégré dans le texte de la présente thèse.

ments et de la preuve), soit qu'ils soient propres au régime de contrats spéciaux (tels que le partage ou la transaction).

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

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

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

Outre qu'il ouvre la voie à une meilleure compréhension de celles-ci⁶², 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 existantes⁶³. L'intérêt théorique de la recherche se double dès lors d'un intérêt pratique évident.

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

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

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

⁶² Cons. à ce propos J.B.M. VRANKEN, « Interne rechtsvergelijking », *T.P.R.*, 1995, p. 401 et s.

⁶³ Voy. sur ce point *infra*, n°61 et s.

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

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

Notre recherche se divisera ensuite en trois parties d'importance inégale, consacrées respectivement à l'examen de la portée de l'effet rétroactif dans le domaine des droits inachevés (Première partie), des droits effacés (Deuxième partie) et des droits remodelés (Troisième partie). Chacune de ces parties sera divisée en autant de chapitres que d'institutions étudiées et se clôturera par une comparaison critique de celles-ci, à la lumière en particulier du principe constitutionnel d'égalité.

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

Chapitre II. Balises méthodologiques

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

§ 1. Conception du droit⁶⁴

13. Position du problème. L'angle sous lequel nous proposons d'étudier le phénomène de la rétroactivité contractuelle est une *perspective à la fois interne et normative*, dès lors qu'il s'agit de préciser la signification de certaines règles à l'intention des acteurs du système juridique en se fondant sur les cadres de référence de celui-ci⁶⁵. Il s'agit, en d'autres termes, d'une approche relevant de la dogmatique juridique⁶⁶, de la technique juridique, ou encore, si l'on préfère, de la doctrine juridique.

Il n'est sans doute pas fréquent de trouver, dans une étude qui adopte une telle approche, des considérations liminaires dans lesquelles l'auteur expose sa conception du droit ainsi que la manière dont celui-ci lui paraît devoir être interprété⁶⁷. Et pourtant, nul n'ignore que la pensée juridique traditionnelle est en crise⁶⁸. Celle-ci se manifeste en particulier dans la rencontre décevante entre l'aspiration des juristes à faire accéder leur discipline à la scientificité, ou à tout le moins à l'objectivité, et leur incapacité concomitante à dégager une méthode en mesure de fournir une réponse univoque aux questions qu'ils se posent.

On sait, en effet, que dès que l'on quitte le domaine des cas les plus simples, le droit offre une marge irréductible d'appréciation à celles et ceux chargés de le comprendre et l'appliquer, ce qui engendre inévitablement la crainte d'un « gouvernement » illégitime (qu'il soit des juges ou, plus généralement, des interprètes) sous l'autorité duquel la règle de droit finirait par n'être plus que l'expression de préférences subjectives et individuelles. Or, aucun des modèles dominants développés jusqu'à présent⁶⁹ – qu'il s'agisse du modèle « géométrique » qui s'est

⁶⁴ Je remercie vivement le Professeur Benoît FRYDMAN pour avoir accepté de relire cette section et pour la discussion enrichissante qui s'en est suivie. La responsabilité des propos tenus demeure évidemment la mienne.

⁶⁵ Sur les différentes perspectives pouvant être adoptées à l'égard d'un objet juridique d'étude, voy. not. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 2009, p. 30 et s.

⁶⁶ L'expression se rencontre fréquemment dans la littérature de langue allemande, mais pas exclusivement (voy. ainsi O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public, o.c.*, p. 23; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, p. 452). Elle doit être bien comprise : ainsi, malgré la parenté étymologique, la dogmatique juridique ne repose pas sur des dogmes (voy. sur ce point H. DÖLLE, « Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 403 et s.), pas plus d'ailleurs que la « doctrine » juridique ne se veut doctrinaire. Le sens péjoratif du mot remonte apparemment à KANT (voy. A. LALANDE, « Dogmatisme », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2010, p. 246).

⁶⁷ Sur le rejet traditionnel de la théorie et de la philosophie du droit hors du champ des oeuvres doctrinales, cons. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 172 et s.; voy. cependant les prises de position méthodologiques de J.-F. ROMAIN, « Interprétation de la loi, fiction juridique, immeubles par nature et par destination économique », note sous Cass., 15 février 2007, *R.C.J.B.*, 2010, p. 63 et s., spéc. n°9 et s., p. 68 et s., et P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2 et s.

⁶⁸ Voy. not. B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, ainsi que la première partie de l'ouvrage de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c.

⁶⁹ Nous nous basons ici les modèles du raisonnement juridique identifiés par B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

efforcé de calquer le raisonnement juridique sur la logique déductive des mathématiques, du modèle « philologique » qui prétendait retrouver le sens véritable de la loi dans la volonté du législateur ou des modèles « sociologique » et « économique » qui voulaient faire du juge un « ingénieur du social » armé des acquis des sciences humaines – n’est parvenu à résoudre la crise contemporaine de l’herméneutique juridique. Tout au plus ces différents courants se sont-ils additionnés pour former, par sédimentation, un modèle « pragmatique », caractérisé essentiellement par le pluralisme des méthodes et des interprétations sans qu’aucune ne l’emporte *a priori* sur l’autre⁷⁰.

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

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

Nous serons ainsi confronté à la question de savoir si l’annulation d’un contrat à prestations successives donne lieu à des restitutions réciproques entre les parties ou si, au contraire, cette annulation ne vaut que pour l’avenir⁷¹. La question est délicate, d’autant qu’elle n’était jusqu’à tout récemment pas encore tranchée par la Cour de cassation et a donné lieu à des réponses variées en droit comparé. Elle permet, en outre, de prendre conscience des limites des méthodes classiques d’interprétation.

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

L’approche déductive ou « géométrique » semble également mener à une impasse car, si l’on considère classiquement que ce qui est nul est censé ne jamais s’être produit – ce qui incite à reconnaître une portée absolue à l’effet rétroactif de la nullité –, on constate néanmoins que, dans le domaine voisin de la résolution pour inexécution, la Cour de cassation considère que la dissolution des contrats successifs ne vaut en principe que pour l’avenir⁷². Nullité et résolution, quoique produisant toutes deux leurs effets *ex tunc*, auraient donc des conséquences différentes à l’égard des mêmes contrats successifs. Comme on le voit, il apparaît donc difficile de fonder des solutions universelles sur la base du seul concept abstrait de la rétroactivité.

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

15. Conception du droit choisie. Face à ces difficultés, le chercheur en droit est-il condamné à se taire, en renonçant ainsi à venir en aide au juge qui, quant à lui, ne peut refuser de juger « *sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi* » (article 5 du Code judiciaire) ?⁷³

⁷⁰ Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n°285, p. 588 et s.

⁷¹ Voy. *infra*, n°260 et s.

⁷² Voy. *infra*, n°428.

⁷³ Voy. en ce sens la réponse catégorique de H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, n°47, p. 462 et s. : « *L’interprétation scientifique ne peut rien faire d’autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu’elle a fait apparaître; elle doit abandonner le choix et la décision à l’organe juridique qui a compétence d’après l’ordre juridique pour appliquer le droit. L’avocat qui, dans l’intérêt de son client, s’efforce de démontrer devant un tribunal que seule est juste telle des diverses interprétations possibles de la norme juridique à appliquer en l’espèce, le juriste qui, dans un commentaire qu’il publie, distingue l’une des interprétations possibles comme la seule “exacte”, ne remplit pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique. On ne peut naturellement pas le leur interdire. Mais jamais ils n’ont le droit de le faire au nom de la science juridique, comme il arrive très souvent. (...) Agir ainsi, c’est présenter faussement*

Nous ne le pensons pas. C'est pourquoi, sans vouloir discuter ici en détail des mérites et des défauts de toutes les approches méthodologiques possibles, il nous paraît néanmoins important de poser les prémisses de notre argumentation⁷⁴ en exposant brièvement la conception du droit qui nous a guidé ainsi que les principales raisons pour lesquelles elle nous paraît mériter l'adhésion. Cette démarche pourra également s'avérer utile, dans la mesure où elle est de nature à permettre au lecteur de mieux comprendre – et, peut-être, de partager – les choix, explicites ou implicites, qui ont été faits tout au long de cette étude entre les diverses interprétations possibles de la règle de droit.

Notre approche du droit consiste à traiter celui-ci comme un discours à la fois interprétatif et argumentatif⁷⁵. Après avoir explicité ces deux caractéristiques (I), nous soulignerons leur fécondité pour la présente recherche (II) et concluons en tentant de repousser la critique qui pourrait nous être adressée de céder à la tentation du pur jugement de valeur (III).

I. Fondements théoriques

16. Dimension interprétative du droit. Tout d'abord, nous adhérons à la vision du droit comme un discours interprétatif telle que défendue par Ronald DWORKIN, en particulier dans son ouvrage *Law's Empire*⁷⁶.

La théorie de DWORKIN a une vocation à la fois descriptive et normative. D'une part, en effet, elle s'efforce de démontrer que les théories rivales, à savoir principalement la théorie positiviste et l'approche réaliste⁷⁷, n'offrent pas une description fidèle de la manière dont le droit est compris et appliqué par les juges⁷⁸. D'autre part, elle entend offrir aux juges une théorie qui serve à la fois de justification à leur manière de dire le droit et de cadre de référence permettant de préciser le fonctionnement de cette démarche. Le point de départ de cette théorie est que le droit est un « concept interprétatif » (*interpretive concept*)⁷⁹. Il importe d'abord de préciser cette notion avant de montrer comment elle peut s'appliquer au droit.

17. Suite – Caractère constructif de l'interprétation. Pour DWORKIN, l'interprétation d'une pratique sociale présente un caractère constructif⁸⁰. Il ne s'agit donc pas de rechercher la signification de cette pra-

comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique ».

⁷⁴ Sur ce que l'argumentation ne peut se déployer que sur la base de prémisses partagées par l'auditoire, voy. C. PERLEMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Bruxelles, Ed. Institut de Sociologie, 1970, § 15, p. 87. Nous préférons cette approche pour justifier cet exposé liminaire à un recours au principe de neutralité axiologique, dès lors que celui-ci, hérité de Max WEBER, est étroitement lié à la vision positiviste qui commande au scientifique de s'abstenir de tout jugement de valeur (voy. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, o.c., p. 118, et *infra*, n°28 et s.).

⁷⁵ Voy. dans le même sens B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n°313, p. 644 (caractère à la fois herméneutique et dialectique de la raison pratique contemporaine).

⁷⁶ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (éd. origin. 1986). La littérature dite secondaire à ce sujet est abondante : pour un aperçu de celle-ci, cons. not. A. BAILLEUX, « "Hart vs. Dworkin" and its Progeny. Actualité du "combat des chefs" dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, 2007, p. 173 et s.; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n°314 et s., p. 645 et s.; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 424 et s.

⁷⁷ DWORKIN utilise les termes « *legal pragmatism* » pour décrire cette approche mais celle-ci ne doit pas être confondue avec la philosophie pragmatique « classique », telle que fondée sur les écrits de PEIRCE et JAMES (voy. à ce propos *infra*, n°22).

⁷⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 130 et s. (positivisme) et p. 154 et s. (réalisme).

⁷⁹ *Ibid.*, o.c., p. 87.

tique sur la base de critères préétablis une bonne fois pour toutes⁸¹, tout simplement parce que ces critères peuvent ne pas exister ou être appelés à évoluer⁸². Il s'agit plutôt pour l'interprète de donner un sens à une pratique en la présentant comme étant le produit d'une décision dotée d'un but (*purpose*)⁸³. Dès lors, l'interprète d'une pratique s'efforce d'attribuer à celle-ci un sens de manière à en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre auquel cette pratique est censée appartenir⁸⁴ ou, plus simplement dit, à présenter cette pratique sous le meilleur jour possible⁸⁵.

Dans ce processus, l'interprète ne jouit toutefois pas d'une liberté absolue. Ainsi, à un stade *pré-interprétatif*, l'objet même de son interprétation – c'est-à-dire la question de savoir ce qui relève ou non de la pratique à interpréter – connaît une première délimitation qui doit résulter d'un large consensus au sein de la communauté interprétative⁸⁶. Ensuite vient le stade *interprétatif* proprement dit, où l'interprète s'efforce de fournir une justification des principaux éléments identifiés au stade pré-interprétatif⁸⁷. Ce faisant, l'interprétation proposée doit, pour demeurer une interprétation et ne pas glisser dans l'invention d'une pratique entièrement nouvelle, correspondre suffisamment à la pratique interprétée. Toutefois, une interprétation peut condamner une partie du matériau interprété comme étant une erreur, dès lors qu'il ne correspond pas à la justification avancée⁸⁸. Vient enfin un stade *post-interprétatif* où l'interprète peut proposer un ajustement de la pratique de manière à la faire mieux correspondre à la justification qu'il a proposée au stade précédent⁸⁹. Tout au long du processus, l'interprète doit veiller à respecter les *paradigmes* en vigueur, c'est-à-dire des exemples concrets tenus généralement pour tellement évidents à une époque donnée que l'interprétation proposée doit les respecter à peine d'être immédiatement balayée comme étant invraisemblable⁹⁰.

Ce processus interprétatif est explicité par la désormais célèbre métaphore de la chaîne narrative (*chain of law*)⁹¹. Selon celle-ci, l'interprète se trouve dans une situation comparable à celle d'un auteur qui, chargé d'écrire un chapitre d'une histoire dont la rédaction a été commencée par d'autres auteurs avant lui, devrait s'efforcer de proposer le meilleur texte possible, conçu comme si l'ensemble des chapitres étaient de la main d'un auteur unique⁹². A cette fin, il doit nécessairement rechercher quel sens peut

⁸⁰ Au sens où il ne s'agit pas d'un donné, mais du résultat d'une construction, en l'occurrence intellectuelle. Sur la diversité des usages de la notion de construction, voy. M. DUBOIS, « Constructivisme », *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, p. 199 et s.

⁸¹ Une telle approche est qualifiée de « sémantique », parce qu'elle suppose l'existence d'un accord de tous les acteurs sur une définition de la pratique qui fixerait les critères sur la base desquels décider si telle ou telle règle relève ou non de la pratique analysée (voy. R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 31 et s.).

⁸² *Ibid.*, p. 69.

⁸³ *Ibid.*, p. 58 et s.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 52 (« *constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong* »). L'interprète ne se contente donc pas de rechercher quel sens les auteurs de la pratique lui ont eux-mêmes attribué – ce qui d'ailleurs ne pourrait se faire qu'en tentant de reconstruire cette intention (p. 55 et s.) –, dès lors que les auteurs eux-mêmes de la pratique lui attribuent un sens distinct de leurs intentions individuelles (p. 62 et s.).

⁸⁵ *Ibid.*, p. 53. Voy. également, R. DWORKIN, « Préface », *La vertu souveraine*, trad. J.-F. SPITZ, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 7 : les concepts interprétatifs sont « *des concepts dont la signification est contestée et doit par conséquent faire l'objet d'une explication au moyen de théories normatives qui tentent d'exprimer la meilleure manière de comprendre les valeurs désignées par chacun de ces mots* ».

⁸⁶ *Ibid.*, p. 65 et s.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 66.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 99.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 66.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁹¹ *Ibid.*, p. 228 et s.

⁹² *Ibid.*, p. 229. On a parfois reproché à cette comparaison son caractère artificiel dans la mesure où la figure du roman-feuilleton, qui plus est rédigé par une succession d'auteurs, n'est plus guère fréquente de nos jours (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n°315, p. 647). DWORKIN propose cependant une comparaison plus actuelle avec les séries télévisées dont les saisons successives sont rédigées par des équipes d'auteurs différents tout en

être globalement attribué au récit et, ainsi, en proposer une interprétation. Sa démarche est dès lors soumise à une double contrainte. D'une part, il doit proposer un texte qui soit en harmonie (*fit*) avec le texte antérieur, ou du moins, ses thèmes majeurs⁹³. D'autre part, s'il constate que le texte offre plusieurs interprétations envisageables, il doit décider laquelle de ces lectures rend l'oeuvre en cours la meilleure possible (dans le cas de l'auteur d'une oeuvre artistique, d'un point de vue esthétique), c'est-à-dire offrir une justification à l'interprétation retenue⁹⁴.

18. Suite – Application dans le domaine du droit. Le droit étant lui-même une pratique sociale, DWORKIN s'attache ensuite à en proposer une interprétation qui constitue, selon lui, la meilleure interprétation de ce que les juristes, les professeurs de droit et les juges font et, dans une large mesure, disent faire⁹⁵. Cette interprétation a pour idée centrale que le droit est une recherche de cohérence (*law as integrity*)⁹⁶. Plus précisément, selon cette conception du droit, une proposition juridique est considérée comme vraie si elle figure parmi ou découle des principes de justice (*justice*), d'équité politique (*fairness*)⁹⁷ et du procès équitable (*procedural due process*) qui fournissent la meilleure interprétation constructive de la pratique juridique de la communauté⁹⁸. Le droit est donc doublement interprétatif : d'une part, en effet, la conception que l'on s'en fait repose, comme pour tout phénomène social, sur une interprétation de la pratique (en l'occurrence juridique), mais d'autre part, dans l'interprétation qu'en donne DWORKIN, dire le droit consiste précisément à proposer une interprétation de la pratique juridique antérieure⁹⁹.

L'exigence de cohérence signifie que le juge doit considérer sa décision comme un maillon¹⁰⁰ au sein d'une longue histoire qu'il est chargé d'interpréter et de poursuivre, conformément à ce qu'il estime être la meilleure manière de continuer cette histoire sur le plan de la moralité politique¹⁰¹. Du fait de cet idéal de cohérence, l'histoire juridique passée limite nécessairement le rôle que les conceptions personnelles du juge sur la justice peuvent jouer dans sa décision¹⁰². La recherche de cohérence est du reste une tâche exigeante. Ainsi, le juge ne peut se contenter de proposer une interprétation qui correspondrait certes formellement aux maillons antérieurs de la chaîne mais qui feraient de ceux-ci l'expression d'une volonté arbitraire; l'interprétation proposée doit exprimer un principe plus général de nature politique ou

préservant une continuité minimale du récit et de la personnalité des personnages (*ibid.*). On peut également songer à la pratique du jeu de rôles en cas de pluralité de narrateurs (à ce propos, voy. not. D. CHART (dir.), *Ars Magica*, 5^e éd., s.l., Atlas Games, 2006, p. 220).

⁹³ R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 230.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 231.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 225. L'expression est difficile à traduire. Elle entretient des liens avec l'idée de cohérence (*consistency*) même si DWORKIN s'attache à distinguer les deux notions (*ibid.*, p. 219 et s.). Elle a été traduite par « *le droit comme unité* » par F. MICHAUX dans R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, 1985, p. 61 et s., spéc. p. 63.

⁹⁷ Par ce terme, DWORKIN entend la manière d'établir des procédures politiques qui distribuent le pouvoir politique de la bonne manière, c'est-à-dire, dans une démocratie, des procédures qui donnent à tous les citoyens une influence plus ou moins égale dans les décisions qui les gouvernent (R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 164).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 225.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁰⁰ Nous utilisons ce terme neutre pour désigner l'ensemble des éléments susceptibles d'entrer dans la chaîne narrative du droit. La question de savoir ce que cette expression recouvre précisément sera examinée lors du traitement des sources du droit, *infra*, n°24 et s.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 239.

¹⁰² *Ibid.*, p. 255.

morale¹⁰³. Par ailleurs, dans la recherche de cette interprétation idéale, le juge ne peut pas se limiter à confronter celle-ci aux maillons antérieurs qui se rapportent directement à la question juridique qui lui est soumise : plus l'interprétation qu'il propose s'avérera en harmonie avec d'autres maillons de la chaîne, meilleure sera cette interprétation¹⁰⁴. On soulignera également que la question de la cohérence n'est pas de nature purement quantitative. Ainsi, le juge ne peut pas se contenter de compter le nombre de maillons antérieurs en faveur de telle ou telle interprétation, mais doit également s'interroger sur le point de savoir si ces maillons expriment un principe plus fondamental ou d'une portée plus importante que d'autres¹⁰⁵. Enfin, s'il se trouve confronté à deux ou plusieurs interprétations également plausibles parce qu'elles satisfont également aux exigences de la cohérence (hypothèse des *hard cases*¹⁰⁶), il devra choisir l'interprétation qui lui paraît la meilleure pour des motifs de moralité politique, c'est-à-dire au regard de la conception qu'il se fait des conceptions de justice et d'équité politique¹⁰⁷.

La théorie du droit élaborée par DWORKIN se refuse donc à fixer des règles rigides permettant de désigner une interprétation comme étant ou n'étant pas admissible en droit positif. C'est ainsi, par exemple, que dans l'élaboration des différentes interprétations possibles pourront intervenir des considérations tirées de la lettre de la loi, de l'intention du législateur, du but poursuivi par celui-ci, de la balance des intérêts en présence, etc., la pertinence de ces différents facteurs résultant de la reconnaissance de leur légitimité par la pratique juridique antérieure sans qu'aucun ne l'emporte par nature sur les autres¹⁰⁸. En définitive, la meilleure interprétation possible ne pourra être sélectionnée que sur la base des deux critères, fondamentaux mais flexibles, de la cohérence de l'ordre juridique et des valeurs qu'il vise à promouvoir.

Ainsi, la théorie de DWORKIN ne nous paraît impliquer en soi aucune condamnation de principe des raisonnements conceptuels ni aucune préférence inhérente pour une approche fonctionnelle¹⁰⁹. Pour autant qu'elles trouvent un fondement dans la pratique juridique antérieure, toutes deux sont en effet *a priori* également susceptibles de fournir la justification d'une interprétation et, dès lors, de satisfaire à l'impératif de cohérence. Cela étant, dans la mesure où les raisonnements purement conceptuels procèdent par déduction sans tenir compte des conséquences concrètes qu'ils entraînent, ils sont plus susceptibles d'entrer en conflit avec les impératifs de justice censés guider l'interprète dans sa tâche. Pour ce motif, l'approche fonctionnelle, qui a égard à l'objectif poursuivi par la règle et donc à sa mise en oeuvre effective, apparaît mieux à même de fonder l'interprétation retenue.

La conception du droit proposée par DWORKIN apparaîtra à certains comme révolutionnaire. Pourtant, comme toute interprétation réussie, elle puise ses racines dans une longue tradition. Ainsi, on a pu écrire que « *le législateur et le jurisconsulte (...) ne doivent pas se borner à recueillir et à concilier des textes épars ; ils doivent choisir, au milieu de toutes les idées et de toutes les maximes de législation qui ont été jetées dans le monde, celles qui se combinent le mieux avec les besoins de la société et le bonheur des hommes* ». Ces propos n'ont pas été tenus au XXI^e ni même au XX^e siècle, mais par nul autre que PORTALIS, considéré comme le père du Code civil¹¹⁰.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 242.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 245. Voy. à ce propos *infra*, n°26.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 247.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 255.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 249. Voy. à ce propos *infra*, n°27.

¹⁰⁸ Comme le relève B. FRYDMAN, dans le modèle pragmatique contemporain de l'interprétation, « *Si les lieux communs de l'interprétation orientent la recherche du sens dans une certaine direction, ils ne permettent pas pour autant de spécifier la signification du texte de manière univoque ni d'imposer à l'interprète une décision déterminée* » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n°292, p. 604 et s.).

¹⁰⁹ Sur ces deux perspectives opposées, voy. *supra*, n°5.

19. Suite – Illustration. Il n'est sans doute pas inutile d'illustrer la démarche suggérée par DWORKIN par un exemple concret tiré de notre recherche¹¹¹. A cette fin, on peut notamment se référer à l'analyse que nous proposons d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 1964¹¹².

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

Ainsi, à un stade pré-interprétatif, il ne fait aucun doute que cette décision, comme tous les arrêts de la Cour de cassation, doit être considérée comme entrant dans le domaine du droit. Nous rechercherons ensuite, au stade interprétatif, le fondement de cette règle dans des principes bien admis dans la théorie générale des obligations, tels que le régime de la ratification, des règles impératives, etc.¹¹³ En d'autres termes, nous nous efforcerons de faire sens de cette décision en en proposant une justification qui soit le plus en harmonie possible avec l'ordre juridique. Après avoir retenu comme justification de la décision analysée une combinaison du régime des renonciations et du principe de bonne foi, nous pourrions dès lors, à un stade post-interprétatif, proposer un affinement de la règle en distinguant selon la nature du tiers concerné¹¹⁴.

Enfin, afin de tester la qualité de l'interprétation proposée, nous tenterons d'élargir le champ de la réflexion. Dépassant le domaine de la preuve des pouvoirs du mandataire, nous examinerons en effet si la règle qui se dégage de l'interprétation retenue est bien en harmonie avec le régime de la ratification, la théorie de l'apparence, la condamnation de l'institution de la *rechtsverwerking* et la reconnaissance progressive de la notion d'incombance¹¹⁵. Les réponses nuancées apportées à ces questions donnent à penser que la règle issue de l'arrêt du 18 septembre 1964 sera sans doute encore appelée à évoluer sensiblement avant d'acquiescer la stabilité reconnue aux paradigmes.

20. Dimension argumentative du droit – Réhabilitation de la raison pratique. Si le caractère argumentatif du droit n'est pas absent de la théorie de DWORKIN¹¹⁶, il ne constitue cependant pas le cœur de sa pensée. Celle-ci nous paraît dès lors pouvoir être affinée en insistant sur cette caractéristique du discours juridique, telle qu'elle a été mise en évidence en particulier par Chaïm PERELMAN¹¹⁷. Cette démarche apparaît d'autant plus légitime que DWORKIN lui-même considérait que sa conception du droit n'était qu'une interprétation possible – certes

¹¹⁰ Présentation au Corps législatif et exposé des motifs, séance du 7 ventôse an XII (27 février 1804), dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, Videcoq, 1829, p. 129 et s.

¹¹¹ Pour d'autres illustrations en droit privé d'interprétations effectuées « sur la base de l'ensemble de normes présumé cohérent dans lequel s'insère la disposition qui prête à discussion », cons. X. DIEUX, « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », *J.T.*, 1991, p. 201 et s., spéc. p. 203 et s.

¹¹² Voy. *infra*, n°126 et s.

¹¹³ Voy. *infra*, n°128.

¹¹⁴ Voy. *infra*, n°129 et s.

¹¹⁵ Voy. *infra*, n°138 et s.

¹¹⁶ Voy. not. R. DWORKIN, *Law's Empire*, *o.c.*, p. 13.

¹¹⁷ Nous nous baserons principalement sur les idées développées dans C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979. Sur la pensée de cet auteur, voy. également B. FRYDMAN et M. MEYER (éd.), *Chaïm Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012. Pour un aperçu des autres auteurs représentatifs d'une « théorie de l'argumentation juridique », voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, *o.c.*, § 21, p. 179 et s.

la meilleure interprétation qu'il estimait pouvoir proposer –, laquelle pourrait être abandonnée au profit d'une interprétation qui rendrait mieux compte de la pratique du droit¹¹⁸.

La logique juridique de PERELMAN s'est construite en réaction au positivisme. Pour ce dernier, il existe une séparation étanche entre le domaine des faits et celui des valeurs. En effet, « *Le passage d'un jugement de fait à un jugement de valeur, de l'être au devoir être, ne pouvait pas être rationnel, car il ne relevait pas de la logique* »¹¹⁹. Dans le domaine des faits, des conclusions certaines et objectives peuvent être atteintes par le biais d'un raisonnement théorique, de type logico-déductif, tel qu'on le retrouve dans les sciences de la nature. En revanche, dans le domaine des valeurs, il n'y aurait de place que pour l'expression d'opinions ou encore le jeu de rapports de force. Tout jugement de valeur serait donc, par essence, irrationnel¹²⁰.

La théorie positiviste aboutit donc à « *ni[er] la possibilité d'un usage pratique de la raison* »¹²¹. Si le droit veut accéder à la scientificité, il doit dès lors refouler hors de son domaine tout jugement de valeur. Ce résultat est atteint en envisageant les normes juridiques comme un ensemble articulé sous la forme d'un système clos qui trouve sa justification ultime dans une « *norme fondamentale hypothétique* » dont le juriste s'interdit d'interroger la pertinence ou même l'existence¹²². Au sein de ce système, chaque norme – individuelle ou générale – trouve sa source dans la norme se trouvant à l'échelon immédiatement supérieur de la pyramide, jusqu'à remonter ainsi à la norme fondamentale. Dire le droit devient dès lors une démarche purement objective. Ainsi, le juge qui déclare une norme valable ne fait que constater qu'elle trouve son fondement dans une norme supérieure, elle-même reconnue valable sur la base du même critère, sans devoir prendre position sur le caractère juste ou moral de ces normes¹²³. Et si, d'aventure, le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation d'une

¹¹⁸ Voy. en ce sens R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 239 et s.

¹¹⁹ C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n°49, p. 99 et s.

¹²⁰ Voy. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, o.c., n°4, p. 24 et s. : « *En tant que les normes qui forment la base des jugements de valeur sont posées par des actes de volonté humaine simplement, et non par une volonté supra-humaine, les valeurs qui en découlent ont un caractère arbitraire. Divers actes de volonté humaine peuvent créer des normes qui se contredisent les unes les autres, en ce sens qu'elles fondent des valeurs opposées les unes aux autres. Ce qui est bon au regard de telles normes et de telles valeurs apparaîtra mauvais au regard de telles autres; par conséquent, les normes établies par des hommes, et non par une autorité supra-humaine, ne fondent que des valeurs relatives (...) sans qu'aucune possibilité existe de démontrer rationnellement que seule l'une de ces deux normes opposées peut être considérée comme valable, à l'exclusion de l'autre* ».

¹²¹ C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n°49, p. 100.

¹²² Voy. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, o.c., n°34, p. 255 et s.

¹²³ Les adversaires du positivisme lui ont souvent reproché de ne pas pouvoir ni même vouloir servir de rempart à la barbarie (voy. not. C. PERELMAN, *Logique juridique*, o.c., n°37, p. 70). C'est néanmoins sous la plume d'un fer de lance du positivisme qu'on en trouve la confirmation la plus éclatante. Ainsi, KELSEN n'hésitait pas à écrire – peu de temps encore après la seconde guerre mondiale – que « *le droit de certains Etats totalitaires autorise le gouvernement à enfermer dans des camps de concentration les personnes dont la mentalité et les tendances, ou la religion ou la race lui sont antipathiques, et à les contraindre aux travaux qu'il lui plaît, voire même à les tuer. Si énergiquement que l'on puisse condamner de telles mesures d'un point de vue moral, on ne peut cependant les considérer comme étrangères à l'ordre juridique de ces Etats* » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, o.c., p. 55 et s.; sur la question de savoir si le droit nazi était du droit, comp. la réponse beaucoup plus nuancée de R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 102 et s.). On notera cependant qu'une défense du positivisme juridique peut consister à démontrer que l'accession au pouvoir d'Hitler fut faite en violation des dispositions de la Constitution de la République de Weimar, de sorte qu'une application consécutive du positivisme aurait permis d'y résister (voy. en ce sens D. DEISEROTH, « *Die Legalitäts-Legende. Von Reichstagsbrand zum NS-Regime* », *Eurozine*, 4 mars 2008, www.eurozine.com, p. 5 et s.).

norme, il ne faut y voir aucune faille du système : au contraire, celui-ci accorde dans cette mesure au juge un pouvoir de décision souverain qui lui permettra de retenir l'interprétation de son choix par un acte de volonté discrétionnaire¹²⁴.

On le voit, cette vision du droit repose sur un pessimisme radical¹²⁵. Parce que, dans une société pluraliste qui a fait le deuil de la transcendance, aucune vision unique de la justice ou de la morale ne s'impose, le positivisme estime toute discussion inutile sur ces questions et cherche à les bannir définitivement de la sphère de la science en général et du droit en particulier. Or, c'est précisément ce point de départ qui forme l'objet de la critique de PERELMAN. Renouant avec la tradition aristotélicienne, il considère en effet que « *C'est en l'absence de techniques unanimement admises que le recours aux raisonnements dialectiques et rhétoriques s'impose, raisonnements visant à établir un accord sur des valeurs et leur application, quand celles-ci font l'objet d'une controverse* »¹²⁶. En d'autres termes, le constat de l'existence d'opinions divergentes sur les valeurs à préconiser ne constitue pas la fin, mais bien le début d'une discussion ayant pour but d'obtenir l'accord des participants sur la solution proposée¹²⁷. Sans être automatique ni même contraignant, un passage rationnel de la sphère des faits à celle des valeurs est donc possible¹²⁸. L'instrument retenu pour parvenir à cet accord sur les valeurs, c'est une théorie générale de l'argumentation baptisée Nouvelle rhétorique¹²⁹, conçue comme « *l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment* »¹³⁰.

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

¹²⁴ Voy. *infra*, n°30.

¹²⁵ Voy. not. A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *R.I.E.J.*, 2011, p. 94 et s., spéc. p. 99. On parle également de « nihilisme » (C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n°56, p. 114) ou de « positivisme dégrisé », par opposition au positivisme de COMTE, de DURKHEIM ou de GÉNY qui espéraient que l'étude du social puissent mener à une connaissance scientifique des valeurs (S. MESURE, « Positivisme », *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, p. 885 et s., spéc. p. 887).

¹²⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n°50, p. 102.

¹²⁷ *Ibid.*, n°50, p. 102.

¹²⁸ KELSEN en offre lui-même l'illustration dans le cas, il est vrai extrême, où une norme prescrirait que les hommes ne doivent pas mourir : une telle norme serait « *insensée; car nous savons par avance que c'est une loi naturelle que tous les hommes meurent et que tout homme mourra donc nécessairement. (...) Et c'est précisément en raison de ce défaut de toute possibilité d'efficacité causale qu'une semblable "norme" serait parfaitement dépourvue de signification* » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, p. 130). Sur la base d'un jugement de fait (les hommes sont mortels), cet auteur parvient donc – en contradiction avec sa « théorie pure » du droit – à énoncer un jugement de valeur (la norme qui interdirait de mourir serait insensée, dépourvue de signification – c'est-à-dire en réalité non valable), dont personne ne contestera sans doute le caractère raisonnable, et qui demeure pourtant logiquement indémontrable. En réalité, en défendant l'idée d'une séparation étanche du fait et des valeurs, KELSEN se montre nettement moins nuancé que son prédécesseur Max WEBER qui, tout en étant à l'origine du postulat de la neutralité axiologique des sciences, admettait toutefois que l'examen des faits puisse, indirectement et partiellement, permettre de justifier un jugement de valeur, notamment en vérifiant empiriquement l'adéquation des moyens mis en oeuvre pour atteindre le but choisi ou en mettant en évidence les conséquences non désirées d'une norme (voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 170 et, pour d'autres exemples de passage du domaine des faits à celui des valeurs, p. 173 et s.).

¹²⁹ C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n°56, p. 114.

¹³⁰ *Ibid.*, n°51, p. 106 (typographie italique omise).

I. Tout d'abord, l'étude de la rhétorique renforce l'intuition de DWORKIN selon laquelle *certaines interprétations sont meilleures que d'autres*. En effet, dans la conception positiviste, il n'y a de la place que pour des vérités et des erreurs : une norme est en effet soit valable soit non valable et, parmi toutes les interprétations légalement admissibles qui s'offrent au juge, il n'en est aucune qui ait de prééminence sur l'autre, le choix de l'une d'elles ne pouvant procéder que d'un acte de volonté. Au contraire, dans le domaine de la rhétorique, « *l'adhésion à une thèse peut être d'une intensité variable* »¹³¹, en fonction de la force des arguments avancés¹³². Il en résulte que toutes les interprétations possibles ne sont pas équivalentes, certaines étant plus convaincantes que d'autres. Aucune ne peut cependant accéder au statut de vérité : l'argumentation, n'étant jamais contraignante¹³³, ne peut produire que des énoncés vraisemblables¹³⁴.

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

En effet, depuis que la seconde guerre mondiale a fait prendre conscience « *qu'un Etat et sa législation pouvaient être iniques, et même criminels* », il apparaît indispensable de s'assurer que l'interprétation et l'application de la loi, tout en demeurant conformes au droit en vigueur, puissent en même temps être tenues pour justes ou, du moins, raisonnables¹³⁵. Or, « *Comme il s'agit de rendre les décisions de justice acceptables, le recours aux techniques argumentatives devient indispensable. Comme, d'autre part, il s'agit de motiver les décisions, en montrant leur conformité au droit en vigueur, l'argumentation judiciaire sera spécifique, car elle aura pour mission de montrer comment la meilleure interprétation de la loi se concilie avec la meilleure solution des cas d'espèces* »¹³⁶. En effet, « *la paix judiciaire n'est définitivement rétablie que lorsque la solution, qui est la plus acceptable socialement, s'accompagne d'une argumentation juridique suffisamment solide* »¹³⁷.

Dès lors, « *La dogmatique juridique ne peut pas éviter de prendre position dans les controverses, où des jugements de valeur opposés viennent à se heurter dans un cas d'espèce. Son rôle est de fournir des arguments qui permettront aux praticiens, et surtout aux juges, de choisir une position et de la motiver en droit* »¹³⁸.

Du reste, « *Chaque décision pouvant servir de précédent pour la solution ultérieure de cas de mêmes espèces, il y a lieu de montrer qu'elle peut remplir ce rôle, en s'insérant sans difficulté dans cette oeuvre collective que constitue la jurisprudence. Il ne suffit pas que la décision paraisse équitable, il faut encore qu'elle soit conforme au droit en vigueur, et acceptable comme telle, par ceux qui l'examineront* »¹³⁹.

¹³¹ *Ibid.*, n°51, p. 106.

¹³² *Ibid.*, n°54, p. 109.

¹³³ *Ibid.*, n°64, p. 125.

¹³⁴ Voy. également *infra*, n°32.

¹³⁵ *Ibid.*, n°38, p. 71 et n°71, p. 136.

¹³⁶ *Ibid.*, n°71, p. 137.

¹³⁷ *Ibid.*, n°74, p. 141.

¹³⁸ *Ibid.*, n°43, p. 81.

¹³⁹ *Ibid.*, n°87, p. 167. Voy. également n°94, p. 173 : « *Le droit se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conforme à ce qui lui paraît juste et raisonnable* ». Voy. de même la préface de J. GHESTIN à la thèse de C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. XIV, où le savant auteur, après avoir fait l'éloge de la thèse, poursuit en ces termes :

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

III. Enfin, l'un des principaux reproches adressés à la théorie de DWORKIN est qu'il néglige la *dimension collective du processus d'interprétation du droit*¹⁴⁰. En effet, la (re)construction de l'ordre juridique qu'il préconise à l'occasion de chaque interprétation est l'oeuvre d'un seul homme, un juge qu'il baptise « Hercules » pour souligner la difficulté surhumaine de sa tâche¹⁴¹. Or, dire le droit n'est pas une activité solitaire; sa dimension argumentative lui imprime au contraire le caractère d'une entreprise nécessairement *solidaire*¹⁴², dont on trouve déjà une certaine expression dans les écrits de PERELMAN¹⁴³. En effet, celui-ci insiste sur le caractère intersubjectif du raisonnement judiciaire¹⁴⁴, renforcé par la collégialité du siège¹⁴⁵ et l'existence préalable du débat entre les parties litigantes¹⁴⁶.

Cela étant, il faudrait aller beaucoup plus loin en mettant en évidence le caractère à la fois généralisé et permanent du dialogue qui s'instaure dans l'interprétation du droit¹⁴⁷. Ainsi, la motivation du juge s'adresse non seulement aux parties¹⁴⁸ ou aux juridictions supérieures chargées d'en contrôler la légalité¹⁴⁹, mais encore aux autres juges – spécialement dans les rapports entre cours suprêmes¹⁵⁰ – ou à la doctrine, et ce dans une perspective de création du droit¹⁵¹. Par ailleurs, il serait aisé de montrer l'existence d'un dialogue constant entre la jurisprudence (notamment au travers d'appels explicites¹⁵²) et le législateur (qui tantôt consolide¹⁵³,

« On peut (...) ne pas être d'accord avec sa vision personnelle du droit, déjà très affirmée, qui consiste parfois à préconiser des solutions déduites d'une pure et rigoureuse construction logique sans réellement se préoccuper de savoir si elles sont opportunes. Il semble que pour elle la recherche du juste, finalité première du droit, soit essentiellement celle de ce qui est logiquement exact. Or il est permis de penser que, si la cohérence du système juridique est essentielle, elle ne peut passer avant la recherche de solutions conciliant au mieux le juste, au sens de la justice commutative et distributive, et l'utile, qui sont les fins mêmes du droit ».

¹⁴⁰ Voy. not. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n°320, p. 658; F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 429 et s.

¹⁴¹ R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, p. 239.

¹⁴² Voy. dans le même sens F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 429, qui insistent sur « la nécessaire insertion de la démarche interprétative dans une pratique argumentative, elle-même comprise comme modalité de la communication ».

¹⁴³ Comp. cependant B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n°320, p. 658, pour qui PERELMAN aurait « négligé le procès et ses débats contradictoires, tout comme le débat démocratique d'ailleurs, pour laisser le juge dangereusement seul face à l'«auditoire universel» ».

¹⁴⁴ C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n°44, p. 83 et n°86, p. 161.

¹⁴⁵ *Ibid.*, n°87, p. 163.

¹⁴⁶ *Ibid.*, n°39, p. 72.

¹⁴⁷ Voy. en ce sens F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 430.

¹⁴⁸ S. MOSSERMANS, « Interprétation ou adaptation de l'obligation de motivation en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, p. 212 et s., n°13, p. 217.

¹⁴⁹ *Ibid.*, n°16, p. 217.

¹⁵⁰ Voy. not. P. MARTENS, « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect », *Imperat Lex. Liber Amicorum Paul Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 97 et s.

¹⁵¹ S. MOSSERMANS, o.c., *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, n°18, p. 219.

¹⁵² Voy. par exemple, à propos des comptes tiers d'avocat, Cass., 27 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n°79, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES, décision rendue comme à contre-cœur, « En l'absence d'une disposition légale spécifique ». Cette appel a été entendu par la loi du 21 décembre 2013 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le compte de qualité des avocats.

¹⁵³ Voy. par exemple, à propos de l'art. 1208, §4, du Code judiciaire, le Projet de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire (devenu la loi du 13 août 2011), *Doc. parl.*, Sén., s.o., 2010-2011, n°5-405/1, p. 9.

tantôt contrecarre¹⁵⁴ les inventions prétoriennes), entre la doctrine (qui n'hésite pas à proposer des réformes *de lege ferenda*) et le législateur (qui invoque fréquemment la doctrine dans les travaux préparatoires¹⁵⁵, voire adopte sous réserve d'adaptations mineures un projet de texte d'origine doctrinale¹⁵⁶), entre la jurisprudence (qui appuie sa motivation par une référence aux auteurs) et la doctrine (qui consacre une bonne part de son énergie à commenter et à critiquer la jurisprudence), et bien sûr enfin entre les auteurs de doctrine eux-mêmes, dont les controverses donnent toute sa saveur à l'étude du droit. L'ensemble de ces dialogues prennent systématiquement la forme d'un discours argumenté tentant de convaincre les autres acteurs que l'interprétation du droit retenue constitue la meilleure solution possible.

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

Ainsi, elle présente des points de convergence avec la *philosophie pragmatique classique*¹⁵⁷, spécialement dans la mesure où elle considère que la signification d'un concept est à rechercher essentiellement dans ses applications concrètes¹⁵⁸, fait valoir que les concepts juridiques, plutôt que d'être envisagés dans une logique binaire qui permettrait d'en tracer clairement les limites, représentent plutôt des « noyaux durs » de sens entourés de frontières floues et mouvantes¹⁵⁹, insiste sur le caractère évolutif du droit en général¹⁶⁰ et des concepts juridiques en particuliers, qui acquièrent de nouvelles significations sous la pression des circonstances¹⁶¹, souligne que les décisions juridiques ne constituent jamais une déduction relevant du domaine de la logique formelle mais qu'elles n'en sont pas pour autant arbitraires¹⁶², et que, dès lors, le droit, s'il ne se confond pas avec la morale, n'en constitue pas moins une lutte permanente en vue de construire un monde meilleur¹⁶³.

¹⁵⁴ Voy. par exemple, sur la question de savoir si l'introduction d'une requête en annulation d'un acte administratif devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat constitue une cause d'interruption de l'action en réparation du dommage causé par l'acte administratif attaqué, Cass., 16 février 2006, *Pas.*, 2006, n°98, et la solution contraire adoptée par le nouvel art. 2244 du Code civil, tel que modifié par la loi du 25 juillet 2008, en réaction à cette jurisprudence (voy. ainsi très clairement la discussion en commission, *Doc. parl.*, Sén., s.o., 2007-2008, n°4-10/3, p. 3; *adde* l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., s.o., 2007-2008, n°52-0832/004, p. 4 et s.). L'affaire ne s'arrête cependant pas là puisque, dans une affaire ultérieure, la Cour de cassation a donné une interprétation restrictive du champ d'application temporel de cette nouvelle règle (voy. Cass., 25 février 2010, *Pas.*, 2010, n°126).

¹⁵⁵ Voy. par exemple la Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le comportement incorrect des bénéficiaires et en vue d'autoriser la représentation de l'héritier renonçant (devenue la loi du 10 décembre 2012), *Doc. parl.*, Sén., s.o., 2010-2011, n°5-550/1.

¹⁵⁶ Parmi des exemples récents, voy. le Code de droit international privé, le projet de réforme du droit des sûretés mobilières ou encore le projet de Code de droit économique.

¹⁵⁷ Par opposition à la philosophie « néo-pragmatique » critiquée par DWORKIN, et qui se rattache plutôt au courant réaliste américain. Sur ces différentes utilisations du terme « pragmatisme », voy. S. HAACK, « On Legal Pragmatism: Where Does "The Path of the Law" Lead Us ? », *Am. J. Jurisp.*, 2005, vol. 50, p. 71 et s.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 75 et s., ce qui n'exclut pas pour autant l'intérêt d'une approche théorique de ces applications (*ibid.*, p. 85).

¹⁵⁹ Voy. S. HAACK, « The Pluralistic Universe of Law: Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21/4, p. 453 et s., spéc. p. 460 et s.; dans le même sens, H. HEINRICHS, *o.c.*, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n°39, p. 7; comp. la notion de paradigme, *supra*, n°17.

¹⁶⁰ S. HAACK, *o.c.*, *Ratio Juris*, 2008., p. 461 et s.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 466 et s.

¹⁶² *Ibid.*, p. 467 et s., spéc. p. 471.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 471 et s., spéc. p. 474 (« *each step in the evolution of the legal systems of the world can be seen as an experiment, on a small scale or a large — as part of a long, ongoing process of devising social arrangements, some of them more "inclusive," more conducive to human flourishing, and some less. From this perspective, judicial disagreements (...) look, not like a logic examination that several justices flunked, and not like an illustration of the arbitrary and irrational character of legal decision-making, but like just what they are: small-*

Nous adhérons également largement au modèle du *droit en réseau*, spécialement dans la mesure où il fait valoir que la validité d'une norme ne peut jamais s'apprécier exclusivement en terme de légalité mais inclut toujours une dimension d'effectivité et de légitimité¹⁶⁴ et que le raisonnement juridique ne relève ni de la pure répétition de la tradition ni de l'invention arbitraire, mais constitue l'exercice d'une liberté dans le respect de certaines contraintes¹⁶⁵.

Enfin, notre conception du droit s'inscrit à plus d'un titre dans une tradition de pensée forgée par des auteurs tels que H. DE PAGE, J. VAN RYN, P. FORIERS et P. VAN OMMESLAGHE et baptisée *Ecole de Bruxelles*, dont de récents travaux du Centre Perelman de Philosophie du Droit se sont attachés à souligner la spécificité¹⁶⁶. Parmi les traits caractéristiques de ce mouvement¹⁶⁷, on relèvera la méfiance envers les constructions théoriques dépourvues d'implications concrètes, un intérêt pour l'étude du « droit vivant » tel qu'il se construit en marge des textes légaux, une conception agonistique du droit se construisant par la lutte¹⁶⁸, et enfin la conviction que le droit est un art ou une technique plutôt qu'une science¹⁶⁹.

II. Implications pratiques

23. Objet de cette section. Fidèle à une approche pragmatique¹⁷⁰, nous voudrions maintenant mettre en évidence trois apports que la conception du droit adoptée a représenté pour notre recherche. Ceux-ci se rapportent à la méthode de traitement des sources du droit (spécialement en ce qui concerne la jurisprudence et la législation¹⁷¹), à l'idée d'une cohérence de l'ordre juridique construite par étapes et à la place des valeurs dans le raisonnement juridique.

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

Depuis la fin du XIX^e siècle, il est d'usage en effet d'accorder une place prépondérante dans les études doctrinales à la jurisprudence, et spécialement à celle de la Cour de cassation¹⁷². Celle-ci ne constitue cependant pas un bloc homogène. En effet, il arrive fréquemment

scale examples of the whole on-going Pushmepullyou process through which our legal system “struggles [...] to find the more inclusive order.” »).

¹⁶⁴ F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., ch. VI, p. 307 et s.

¹⁶⁵ *Ibid.*, ch. VII, p. 385 et s.

¹⁶⁶ Voy. à cet égard le cycle de conférences « Le Droit selon l'Ecole de Bruxelles », organisées du 5 février au 26 mars 2013 et réécoutables intégralement sur www.philodroit.be, ainsi que B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles », *Chaim Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, p. 229 et s.

¹⁶⁷ Voy. à cet égard l'exposé introductif de B. FRYDMAN lors de la conférence du 5 mars 2013 intitulée « Précurseurs, grandes figures et introduction à la conception du droit de l'Ecole de Bruxelles », ainsi que la synthèse effectuée par G. LEWKOWICZ lors de la conférence du 26 mars 2013 intitulée « L'Ecole de Bruxelles et le droit global ».

¹⁶⁸ Même si nous ne partageons pas toutes les opinions défendues dans cette étude, on peut se référer à cet égard à H. DE PAGE, *Droit naturel et Positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 40, pour qui la « lutte pour le droit » est la « théorie selon laquelle le droit n'est pas, mais se fait, et que tous, gouvernés comme gouvernants, nous avons dans cette lutte une place que nul ne peut désertier, si nous voulons faire triompher nos intérêts ou notre idéal ».

¹⁶⁹ Dans le même sens, H. HEINRICHS, o.c., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Einl., n°46, p. 8 (« *ars aequi et boni* »).

¹⁷⁰ Voy. *supra*, n°22.

¹⁷¹ La conception du droit adoptée présente également un grand intérêt pour la question de l'utilisation du droit comparé dans la recherche (voy. *infra*, n°34 et s.).

¹⁷² Voy. à ce propos P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, o.c., p. 95 et s.

que, parmi une série d'arrêts allant globalement dans le même sens, il y en ait certains qui se détachent en offrant des solutions différentes, et parfois incompatibles avec le reste de la jurisprudence. Quelle doit alors être l'attitude du chercheur ? L'intuition suggère à cet égard qu'aucune réponse univoque ne peut être apportée à cette question *a priori*, ainsi qu'en témoigne la distinction faite par la doctrine entre *décisions d'espèce* (dictées par les circonstances particulières de la cause et considérées comme dépourvues d'enseignement généralisable) et *décisions de principe*, susceptibles de fonder de nouveaux développements du droit.

C'est ainsi, par exemple, qu'un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011 relatif au sort des actes de disposition accomplis *pendente condicione* nous paraît plutôt constituer une décision d'espèce à laquelle il ne faut pas reconnaître une portée démesurée¹⁷³, alors qu'au contraire un arrêt du 15 septembre 1983 relatif à l'effet de la réalisation de la condition sur l'exigibilité de l'obligation nous semble constituer une décision fondamentale pour apprécier la portée de l'effet rétroactif de la condition entre parties¹⁷⁴.

Sur la distinction – pourtant bien ancrée dans la pratique du droit – entre décision d'espèce et décision de principe, le positivisme juridique n'est d'aucun secours. En effet, dès lors que la solution retenue par la Cour était juridiquement possible, le choix effectué en faveur d'une interprétation plutôt qu'une autre est pour le positiviste à la fois souverain et irrationnel, de sorte qu'il n'existe pas de critère permettant de distinguer les « grands » des « petits » arrêts¹⁷⁵.

Au contraire, la conception qui voit dans le droit la tentative de proposer de la pratique juridique la meilleure interprétation possible permet à la fois d'expliquer cette distinction et de justifier cette approche. A cet égard, deux idées avancées par DWORKIN nous paraissent importantes. Ainsi, nous avons vu qu'une interprétation doit s'efforcer de respecter au maximum les données existantes, mais qu'elle ne doit pas pour autant intégrer l'ensemble de celles-ci : il s'agira alors, au stade post-interprétatif, de proposer la correction de ces notes discordantes, considérées comme des décisions isolées¹⁷⁶. Par ailleurs, nous avons vu que la notion de cohérence devait s'apprécier autant de manière qualitative que quantitative¹⁷⁷. Un ensemble de décisions peuvent dès lors être considérées comme étant toutes d'espèces, là où un précédent unique suffit parfois à donner une nouvelle impulsion à l'ordre juridique¹⁷⁸. C'est donc l'aptitude d'une décision à s'intégrer harmonieusement dans le reste de l'ordre juridique qui permettra de considérer celle-ci comme étant de principe ou d'espèce.

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

¹⁷³ Voy. *infra*, n°201.

¹⁷⁴ Voy. *infra*, n°183.

¹⁷⁵ Voy. *supra*, n°20.

¹⁷⁶ Voy. *supra*, n°17.

¹⁷⁷ Voy. *supra*, n°18.

¹⁷⁸ C'est ainsi, par exemple, que toute la théorie de la caducité du contrat par disparition de son objet a été « inventée » ou « découverte » en Belgique par un auteur sur la base essentiellement d'un seul arrêt de cassation (voy. Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70 et s., note P.A. FORIERS) mais que, en raison du large assentiment qu'elle a immédiatement reçu dans la doctrine et la jurisprudence, elle a ensuite été hissée par la Cour de cassation au rang de principe général du droit (Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n°483, *R.W.*, 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN).

il cadre mal avec les principes fermement établis par la Cour en matière de nullité de la vente de la chose d'autrui.

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

En outre, cette approche offre également une réponse au *problème de l'exhaustivité* qui taraude le chercheur. On sait en effet qu'avec l'inflation du nombre des sources, auxquelles l'informatique a du reste considérablement facilité l'accès, il n'est sans doute plus possible, ni même souhaitable¹⁷⁹, d'en rendre compte exhaustivement. Une conception interprétative du droit permet à cet égard de prendre conscience du fait que toutes les sources ne présentent pas la même importance dans la construction du discours juridique. Une interprétation réussie doit en effet parvenir à intégrer et à expliquer les éléments considérés par les acteurs du système juridique comme étant les plus significatifs, à savoir en particulier la jurisprudence de la Cour de cassation et des autres cours suprêmes. En revanche, les décisions des juges du fond pourront plus facilement demeurer dans l'ombre, dès lors notamment que, n'ayant pas la même prétention à assurer l'unité de la jurisprudence, elles s'insèrent plus malaisément dans une conception globale et cohérente de l'ordre juridique.

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

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

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

En effet, les défauts de la méthode d'interprétation consistant à se fonder exclusivement sur l'intention historique du législateur sont bien connus¹⁸⁰ : le « législateur » n'est pas une personne unique mais un ensemble de personnes aux contours mal définis¹⁸¹, lesquelles ont

¹⁷⁹ On souligne à cet égard souvent que la thèse de doctorat n'est ni un manuel, ni un traité (voy. ainsi F. OST, « La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance », *Ann. dr. Louv.*, 2006, p. 5 et s., spéc. p. 17).

¹⁸⁰ Voy. not. dans le même sens B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, o.c., n°191, p. 398 et s.

¹⁸¹ R. DWORKIN, *Law's Empire*, o.c., p. 318, qui relève qu'à côté de l'intention des parlementaires qui ont voté le texte, se pose la question de savoir s'il faut également tenir compte de celles et ceux qui ont voté *contre* le texte, des membres de l'exécutif qui en ont rédigé le projet, de l'autorité (à savoir en Belgique le Roi) qui l'a sanctionné, des citoyens et lobbyings qui ont contribué à son adoption, et même de la décision ultérieure des autres parlementaires qui ont décidé de ne pas l'amender ou de ne pas l'abroger.

souvent des intentions contradictoires¹⁸² ou n'ont même pas envisagé la question que l'interprétation tente de résoudre¹⁸³.

Une conception interprétative permet cependant de dépasser ces difficultés. En effet, l'exercice consiste alors à proposer une interprétation de la loi qui offre la meilleure explication possible de son histoire législative, en tenant compte des impératifs de cohérence de l'ordre juridique et d'équité politique¹⁸⁴. Cette démarche impose de rechercher pour cette loi une justification qui soit en accord et irrigue tout le texte et qui, si possible, soit cohérente avec les autres lois en vigueur¹⁸⁵. L'équité politique impose également, dans une démocratie, de faire prévaloir sur les préférences personnelles de l'interprète la volonté de la population, telle qu'elle s'exprime en particulier dans les déclarations faites par les représentants du pouvoir législatif au cours de la procédure d'adoption du texte¹⁸⁶. En effet, les déclarations officielles d'intention, faites par les représentants du pouvoir législatif dans la forme canonique établie par la pratique législative (telles que les déclarations faites dans l'exposé des motifs ou par le rapporteur d'une commission parlementaire) constituent déjà, en soi, des décisions politiques devant être traitées comme des actes imputables à l'Etat¹⁸⁷, même s'ils n'ont pas la même force que le texte de la loi proprement dit¹⁸⁸. Dès lors, la recherche de l'intention du législateur ne s'arrête pas à un moment déterminé dans le temps, tel que le jour où la loi est adoptée : au contraire, l'interprète doit s'efforcer de replacer la loi dans un processus qui commence dès avant son adoption et se poursuit longtemps après celle-ci¹⁸⁹. En effet, l'interprétation proposée doit représenter la meilleure interprétation possible de l'ensemble de l'ordre juridique, qui inclut non seulement la loi à interpréter, mais également les lois ultérieures et les décisions rendues par les cours et tribunaux depuis son adoption¹⁹⁰.

Selon DWORKIN, cette démarche constitue la meilleure interprétation possible de la pratique judiciaire américaine relative à la question de l'interprétation des lois¹⁹¹. Sans qu'il soit possible de rentrer ici dans les détails, on pourrait montrer qu'elle correspond également largement à la pratique judiciaire belge. Ainsi, il est admis que les travaux préparatoires d'une loi postérieure puissent être utilisés pour interpréter une loi antérieure¹⁹² et, en droit européen, il n'est pas rare qu'un texte ancien soit interprété à la lumière

¹⁸² *Ibid.*, p. 320 et s. Une application de cette idée est que « l'intention » d'un parlementaire qui vote en faveur d'un texte peut à son tour être subdivisée entre ses espoirs et ses attentes quant à la manière dont il sera interprété, lesquelles ne coïncident pas nécessairement (*ibid.*, p. 321 et s.).

¹⁸³ *Ibid.*, p. 325 et s.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 338.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 338.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 341.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 343.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 343 et s., où la le texte de la loi est comparé à une promesse à valeur performative tandis que la déclaration d'intention constitue plutôt une interprétation contemporaine de ce texte.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 348.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 349.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 316.

¹⁹² Voy. F. DUMON, « La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions », *J.T.*, 1975, p. 546; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, n°421, p. 482; Cass., 15 juin 1956, *Pas.* 1956, I, p. 1133; pour une application plus récente, voy. les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL avant Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n°512, p. 2100 (interprétation de l'art. 29bis, §1^{er}, al. 2, de la loi du 21 novembre 1989 à la lumière de sa modification, non applicable *ratione temporis*, par la loi du 19 janvier 2001).

d'un texte nouveau¹⁹³. Plus largement, le droit privé regorge d'exemples d'interprétation dynamique de textes classiques¹⁹⁴.

La conception interprétative du droit permet donc d'éviter de choisir de mécaniquement entre une signification ancienne et une signification renouvelée d'un texte, mais plutôt de choisir au cas par cas entre ces deux possibilités afin de proposer la lecture la plus harmonieuse possible de l'ensemble des matériaux disponibles. A cet égard, il nous paraît également légitime de tenir compte, dans l'interprétation du Code civil, de matériaux antérieurs aux travaux préparatoires proprement dit – à savoir le contenu de l'Ancien droit et du droit romain –, mais qui ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration du texte. En effet, pour offrir la meilleure explication possible du Code, il importe de resituer celui-ci dans le contexte le plus large possible, tout en restant cependant conscient des évolutions et des ruptures pouvant intervenir dans sa signification en fonction des époques. En d'autres termes, l'étude de la tradition nous paraît présenter pour l'interprète une richesse indéniable sans qu'il doive pour autant se laisser enchaîner par cet héritage¹⁹⁵.

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

Le premier concerne la notion de dommage contractuel prévisible. A cet égard, une analyse des écrits de POTHIER permet de montrer sans peine que les articles 1630, 1645 et 1646 du Code civil ne constituaient, dans l'esprit du législateur, qu'une application des principes généraux énoncés aux articles 1150 et 1151, qui reposaient à l'origine sur la distinction entre dommage intrinsèque et dommage extrinsèque¹⁹⁶. Au début du XX^e siècle, la jurisprudence de la Cour de cassation a cependant rompu le lien de filiation entre ces deux ensembles de dispositions en interprétant désormais les articles 1150 et 1151 en ce sens qu'un dommage contractuel est réparable dès qu'il est prévisible dans son principe, ce qui permet

¹⁹³ Pour un exemple frappant, voy. C.J.U.E. (gr. ch.), 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, C-585/08, point 43. Dans cette affaire, la Cour de justice était appelée à interpréter l'art. 15.3 du règlement Bruxelles I (datant du 22 décembre 2000). Cette disposition vise les « *contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement* ». La Cour de justice a cependant relevé que le considérant n°7 du règlement Rome I n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (datant du 17 juin 2008, donc largement postérieur au règlement Bruxelles I) prévoyait que son interprétation devait être « cohérente » par rapport au règlement Bruxelles I. Dès lors, elle a considéré qu'il fallait « *interpréter ledit article 15, paragraphe 3, en tenant compte de la disposition correspondante figurant dans le règlement n° 593/2008 et de se référer à la notion de voyage à forfait auquel ce dernier règlement renvoie* ». Cette décision est d'autant plus remarquable que la notion de voyage à forfait diffère de celle utilisée à l'art. 15.3 du règlement (voy. à cet égard le point 37 de l'arrêt). La Cour de justice n'a donc pas hésité à interpréter le règlement Bruxelles I à la lumière de développements ultérieurs qui contredisaient sa lettre. Un tel raisonnement n'a au demeurant rien d'exceptionnel. Ainsi, la Cour de justice a également déjà interprété la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 à la lumière du règlement Bruxelles I qui l'a remplacée, même si ce dernier était en l'espèce inapplicable *ratione temporis* (voy. ainsi C.J.C.E., 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, C-167/00, point 49).

¹⁹⁴ On pense par exemple au développement de la théorie des troubles de voisinage sur la base de l'art. 544 du Code civil, de la responsabilité du fait des choses sur la base de l'art. 1384, de la résolution unilatérale sur la base de l'art. 1184, etc. Pour un exemple récent, voy. C.C., 17 décembre 2009, n°197/2009, point B.11.2 (« *Lors de la rédaction du Code judiciaire en 1967, le droit à l'aide sociale et le droit au revenu d'intégration sociale n'existaient donc pas sous la forme qui est la leur aujourd'hui, et les tribunaux n'avaient pas compétence pour connaître des refus d'octroi de ces allocations. Cette circonstance peut expliquer qu'ils ne soient pas explicitement cités parmi les exceptions au droit de cantonner prévues par l'article 1404 du Code. Il n'en demeure pas moins qu'en raison de l'objectif de garantir le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine qu'ils poursuivent, ils peuvent être considérés comme des créances vitales et urgentes de nature alimentaire, de sorte que l'exclusion du droit de cantonner leur soit applicable* »). Ce dernier extrait est également intéressant car il montre comment un texte ancien peut être interprété à la lumière d'un principe – à la savoir le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine – considéré désormais comme une valeur essentielle dans l'ordre juridique.

¹⁹⁵ Voy. dans le même sens P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1986, p. 47 et s., n°13 et s., p. 56 et s.

¹⁹⁶ Voy. à ce propos *infra*, n°385.

d'assurer la réparation aussi bien du dommage intrinsèque que du dommage extrinsèque. Dès lors que cette interprétation est désormais bien ancrée dans la jurisprudence actuelle, il nous paraît injustifié d'en recommander l'abandon au nom d'une fidélité mal placée à une intention historique d'un législateur vieux de deux cents ans. En revanche, il nous semble que la consultation de la tradition demeure utile dans la mesure où elle permet de mettre en évidence les liens entre le droit de la vente et le droit commun des obligations. Dès lors, contrairement à la solution défendue par la doctrine actuelle, qui ne voit plus dans les articles 1630, 1645 et 1646 que des textes d'exception, il serait possible de proposer une relecture de ces dispositions de manière à en aligner leur sens sur l'interprétation contemporaine des articles 1150 et 1151, et ce de manière à restaurer la cohérence de l'ordre juridique¹⁹⁷.

La tradition peut cependant se voir reconnaître un rôle encore plus actif. Il en va particulièrement ainsi dans des domaines ayant connu peu d'évolutions jurisprudentielles et où les analyses anciennes s'avèrent dès lors mieux à même d'offrir une explication cohérente de l'ordre juridique actuel. C'est ainsi, par exemple, que nous nous garderons d'accueillir sans réserve la thèse doctrinale qui prétend voir dans l'article 1682 du Code civil l'expression d'un principe général de compensation forfaitaire entre les fruits de la chose et les intérêts du prix en cas d'annulation du contrat¹⁹⁸. En effet, comme nous le verrons, un tel principe ne repose sur aucune justification convaincante, ni sur le plan de la cohérence de l'ordre juridique, ni sur celui de l'opportunité des conséquences. En revanche, la lecture de POTHIER permet de dégager une autre interprétation de ce texte en y voyant essentiellement une application du principe en vertu duquel le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, consacré par l'article 549 du Code civil. Cette lecture, qui assure à la fois le respect des origines historiques du texte, la cohérence actuelle de l'ordre juridique et l'équité de la solution, nous paraît dès lors constituer la meilleure interprétation possible.

26. Deuxième apport – Caractère progressif de la construction juridique. Un autre apport de la conception interprétative du droit est de mettre en évidence le fait que le sens d'un texte n'est pas une donnée préexistante qu'il s'agirait de découvrir, mais plutôt le produit d'une construction¹⁹⁹. Or, celle-ci peut difficilement être achevée d'un coup, mais se réalise plutôt par étapes successives. En effet, pour proposer une explication convaincante de la pratique juridique, l'interprète progresse en cercles concentriques du plus simple vers le plus complexe²⁰⁰. Ainsi il s'efforce, dans un premier temps, de dégager une règle isolée, puis progresse ensuite par étape en élargissant à chaque fois la perspective de manière à s'assurer de la cohérence de cette règle, d'abord avec l'institution dans laquelle elle s'inscrit, puis avec la branche du droit considérée, et enfin, dans la mesure du possible, avec l'ensemble de l'ordre juridique²⁰¹. DWORKIN décrit cette approche en y voyant l'expression d'un principe de « priorité locale » (*local priority*)²⁰². Celui-ci présente un triple intérêt pour notre recherche.

I. D'abord, il nous incite à nous méfier de la facilité consistant à justifier une solution en la présentant comme une règle ou une institution *sui generis*. Cette approche, qui ne peut mener à terme qu'à la fragmentation du droit, est en effet insatisfaisante dès lors qu'elle renonce explicitement à rechercher la cohérence d'une solution avec le reste de l'ordre juridique²⁰³. En revanche, si les solutions particulières se multiplient, il est alors parfois possible – et souhaitable – d'y trouver une logique sous-jacente qui permet d'expliquer cette anomalie locale. On parvient ainsi à dégager un nouveau noyau de cohérence au sein d'un ensemble plus vaste, comme en témoigne l'émergence de disciplines dotées d'une autonomie (relative), telles que

¹⁹⁷ Voy. *infra*, n°386.

¹⁹⁸ Voy. *infra*, n°258.

¹⁹⁹ Voy. *supra*, n°17.

²⁰⁰ R. DWORKIN, *Law's Empire*, *o.c.*, p. 250.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 251 et s.

²⁰² *Ibid.*, p. 250.

²⁰³ Pour des cas où nous écartons cette approche, voy. par exemple, à propos du mandat incontesté, *infra*, n°128; à propos de l'art. 1338, al. 3, du Code civil, *infra*, n°107.

le droit commercial, le droit de la consommation, le droit des assurances, etc. L'enjeu interprétatif peut alors consister, dans un second temps, à montrer que cette apparente diversité se ramène en réalité à un principe commun demeuré jusque là informulé²⁰⁴. La difficulté consiste en ce cas à donner à ce principe une portée suffisamment précise pour qu'il conserve son caractère opérationnel²⁰⁵.

II. Ensuite, l'idée que l'interprétation du droit se construit en cercles concentriques constitue une première confirmation intuitive de la thèse que nous défendons, à savoir que la rétroactivité constitue une notion fonctionnelle dont la portée varie en fonction du contexte dans lequel elle est utilisée²⁰⁶. En effet, si l'interprétation d'une règle dépend prioritairement de son contexte immédiat (par exemple, le droit des nullités), on ne s'étonnera pas que sa portée puisse être différente lorsqu'elle est interprétée dans un autre contexte (par exemple, dans le domaine de la ratification ou de la condition résolutoire). Notre recherche aura donc pour objet de vérifier si, sur la base des matériaux juridiques disponibles (législation, jurisprudence et doctrine), cette intuition se vérifie en pratique.

III. Enfin, le principe de priorité locale nous permet également de saisir les limites de la thèse complémentaire que nous proposons de défendre, à savoir que le principe constitutionnel d'égalité peut être utilisé afin d'harmoniser le régime de la rétroactivité dans les différentes institutions qui y font appel²⁰⁷. En effet, si le principe d'égalité permet certes d'opérer des rapprochements et des corrections tendant à supprimer les incohérences les plus flagrantes dans l'ordre juridique, il ne parviendra sans doute pas à gommer entièrement toutes les particularités des différentes utilisations de la rétroactivité, pour le même motif que des institutions aussi variées que la nullité, la ratification ou la condition résolutoire peuvent malaisément être

²⁰⁴ Voy. par exemple X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995. Cette remontée vers les principes fait également écho à la formule de L. SIMONT selon laquelle « le grand spécialiste doit d'abord être un excellent généraliste » (« Préface » à P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. V). On notera cependant que cette démarche s'inscrit à rebours d'une des tendances actuelles du droit allant au contraire dans le sens d'une fragmentation toujours accrue de la législation « qui, à la limite, conférerait à chaque chômeur, à chaque délinquant, à chaque site son régime juridique spécifique » (F. OST. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, o.c., p. 151 et, pour une illustration de cette tendance, A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimisation du droit domanial*, Bruxelles, la Charte, 2013, n°555 et s., p. 642 et s.).

²⁰⁵ Voy. dans le même sens H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, o.c., n°33, p. 43 (« il ne faut pas favoriser la paresse des plaideurs et des juges en les dispensant, par la théorie de l'enrichissement sans cause, de rechercher quelles sont les véritables bases juridiques d'une action. Si on entrait dans cette voie, tout le Code civil pourrait être supprimé et remplacé par deux articles : l'article 1382 et un article relatif à l'enrichissement sans cause »); J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. I, o.c., n°206, p. 231 et s. (« les notions de lésion, de nécessité, de bonne foi, d'abus de droit pourraient expliquer la plupart des règles juridiques. C'est pourquoi il faut leur réserver un rôle technique sous peine de les voir se diluer ou entraîner des abus »); P. VAN OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2000, p. 147 et s., n°4, p. 149 et s. (« on peut certes créer des concepts à caractère général englobant diverses situations et tenter de les synthétiser. Encore faut-il qu'il en résulte un régime unique cohérent et non point une collection de systèmes particuliers. (...) [A défaut, la théorie proposée] n'a donc aucun effet explicatif, et, partant, elle ne présente guère d'intérêt »). Comp. le refus de la Cour de cassation d'admettre que le contrat puisse être modifié au nom de l'équité (Cass., 7 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n°452) ou, en dehors des cas d'abus de droit, que la bonne foi puisse être invoquée aux fins de restreindre l'exercice des droits tirés du contrat (voy. *infra*, n°141).

²⁰⁶ Voy. *supra*, n°6.

²⁰⁷ Voy. *supra*, n°6.

réduites à l'expression d'un principe commun. Nous verrons, du reste, que la Cour constitutionnelle est bien consciente de cette limite du principe d'égalité²⁰⁸.

27. Troisième apport – Place des valeurs dans le raisonnement juridique. Enfin, la conception du droit comme un processus à la fois interprétatif et argumentatif a pour conséquence de redonner une place aux appréciations d'ordre axiologique dans le raisonnement juridique²⁰⁹. Ce rôle assigné aux valeurs est double²¹⁰.

D'une part, celles-ci se voient reconnaître une *fonction correctrice*. Comme on l'a vu, le juriste ne peut plus se contenter de proposer une solution conforme à la loi; il faut encore que cette solution apparaisse raisonnable, acceptable²¹¹. Dès lors, le caractère absurde, voire simplement déraisonnable d'une solution pourrait être l'indice qu'elle doit être reconsidérée sur le plan juridique, en faisant par exemple appel à des mécanismes correcteurs tels que l'abus de droit, les droits de l'homme ou les principes généraux du droit.

D'autre part, les valeurs peuvent également exercer une *fonction complétive*. En effet, nous avons vu que dans la recherche de la meilleure interprétation, le juriste devra se laisser guider par le souci de proposer une solution en harmonie non seulement avec le reste de l'ordre juridique, mais également avec les valeurs de justice, d'équité politique et du procès équitable²¹². Ces valeurs permettront donc d'orienter l'interprétation notamment en présence d'une règle obscure ou d'une lacune²¹³.

Reprenons ainsi le cas de la nullité des contrats successifs²¹⁴. Comme nous l'avons déjà indiqué, la question, dont la solution est incertaine sur le plan de la pure technique juridique, peut se ramener à un conflit de valeurs entre le respect de la légalité (qui impose d'effacer rétroactivement toutes les conséquences de l'acte illégal) et celui de la sécurité juridique (qui implique plutôt de ne prononcer l'annulation que pour l'avenir). La conception interprétative nous offre cependant désormais une orientation pour résoudre ce conflit²¹⁵. En effet, celui-ci ne doit pas être tranché *in abstracto*, mais bien dans le contexte du droit des nullités. Or, nous verrons que, sauf circonstances tout à fait particulières, celui-ci tend à faire prévaloir les exigences de la légalité sur celles de la sécurité juridique. C'est ainsi qu'il ne connaît pas à notre sens de principe de compensation forfaitaire des intérêts et du prix²¹⁶ et que la règle *In pari causa*, au demeurant facultative, ne peut être appliquée que lorsque des considérations impérieuses d'intérêt général le commandent²¹⁷. Les équilibres en présence sont à cet égard tout à fait différents de ceux en cause dans le contexte de la résolution pour inexécution qui, au contraire de la nullité, ne vise pas à réparer la violation de la loi, mais seulement l'atteinte portée aux intérêts d'un créancier privé²¹⁸. En revanche, si,

²⁰⁸ Voy. *infra*, n°71.

²⁰⁹ Voy. à ce propos X. DIEUX, *o.c.*, *J.T.*, 1991, p. 205 et s.

²¹⁰ Comp. dans le même sens la double fonction, de contrôle supérieur et supplétive, assignée au droit naturel par P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », *La pensée juridique de Paul Foriers*, v. I, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 411 et s., spéc. p. 418.

²¹¹ Voy. *supra*, n°21, II.

²¹² Voy. *supra*, n°18.

²¹³ Les rapports entre valeurs et interprétation sont d'ailleurs complexes puisque, bien souvent, le constat de l'existence d'une lacune de l'ordre juridique procèdera du caractère déraisonnable des solutions qu'il prévoit (voy. sur ce point P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *La pensée juridique de Paul Foriers*, v. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 527 et s., spéc. p. 541). La fonction correctrice des valeurs peut ainsi s'allier à leur fonction complétive.

²¹⁴ Voy. *supra*, n°14.

²¹⁵ Pour plus de détails, voy. *infra*, n°262.

²¹⁶ Voy. *infra*, n°258.

²¹⁷ Voy. *infra*, n°280.

²¹⁸ Sur cette différence fondamentale entre les deux institutions, voy. *infra*, n°378.

progressant en cercles concentriques²¹⁹, on examine les rapports entre légalité et sécurité juridique dans un contexte plus général, tel que celui de l'article 159 de la Constitution et des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle, on constate également que le principe de sécurité juridique ne peut aboutir à contrecarrer systématiquement l'application du principe de légalité²²⁰.

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

III. Objection possible : le spectre du jugement de valeur

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

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

29. Les valeurs font déjà partie du droit positif. Tout d'abord, l'étude du droit positif – entendu comme l'ensemble des « *règles de droit en vigueur dans un Etat donné, à une période donnée* »²²¹ – révèle qu'un nombre très important de règles constituent la traduction directe en termes juridiques de valeurs de type moral ou politique. Si l'on ne craint pas l'oxymore²²², on peut y voir l'émergence d'un « *droit naturel positif* »²²³, à condition de garder à

²¹⁹ Voy. *supra*, n°26.

²²⁰ Voy. *infra*, n°241, III.

²²¹ P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel », *La pensée juridique de Paul Foriers*, v. I, o.c., p. 425.

²²² B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles », *Chaim Perelman (1912-2012)*, o.c., p. 229 et s., spéc. p. 239.

²²³ P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel », *La pensée juridique de Paul Foriers*, v. I, o.c., p. 425 (contribution datant de 1963). On observera que, vers la même époque, R. DWORKIN mettait en évidence dans le droit l'existence de principes (*principles*) qui se distinguent des règles (*rules*) par le fait que, plutôt que de proposer une solution binaire (légal/illégal), le principe (tel que celui selon lequel nul ne peut tirer profit d'un mal qu'il a commis) vise plutôt à orienter et à justifier la solution d'un litige, étant entendu qu'il peut céder face à d'autres principes concurrents (tels que le principe de légalité des peines, ou le souci de consolider avec le temps les situations acquises) auxquels on attribue dans un cas déterminé un poids plus important (R. DWORKIN, « The Model of Rules », *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, p. 14 et s., spéc. p. 22 et s.). Des mots tels que « raisonnable », « fautivement », « légitime », « abusif » ou « proportionné » peuvent ainsi être utilisés pour rapprocher la règle rigide du principe (voy. *ibid.*, p. 28). Le bien-fondé de cette thèse sera partiellement reconnu par HART et donnera lieu à la scission entre positivistes « exclusifs », qui maintiennent une distinction stricte entre droit et morale, et positivistes « inclusifs », qui admettent que le droit puisse inclure des règles morales par référence

l'esprit que celui-ci ne prétend nullement se fonder sur une vague conception de la « nature des choses »²²⁴.

Dès lors, il n'est plus loisible aux positivistes de se retrancher derrière une séparation étanche, et largement fantasmée, entre droit et valeurs. Même en prétendant se limiter à l'étude du droit *tel qu'il est* (plutôt que tel qu'il devrait être), ils sont contraints de reconnaître l'existence de règles aussi variées que les droits de l'homme consacrés par la Constitution et les traités internationaux²²⁵, les principes généraux du droit²²⁶ ou encore des mécanismes correcteurs tels que l'abus de droit, l'ordre public international, ou l'apparence²²⁷ – autant de règles dont la dimension axiologique est aussi indéniable que leur positivité.

« *Le juge n'est donc plus l'exécutant d'un système de lois, mais l'arbitre d'un conflit de valeurs, exprimées par des principes, qui appartiennent désormais eux aussi au droit positif et ont officiellement droit de cité dans les cours et les tribunaux* »²²⁸. Si le juriste entend étudier le droit tel qu'il est, il doit donc nécessairement être prêt à affronter des jugements de valeur. Ceux-ci occupent du reste une position centrale dans les décisions des cours suprêmes, telles bien sûr la Cour européenne des droits de l'homme, mais également la Cour de justice de l'Union européenne²²⁹, la Cour constitutionnelle²³⁰ et la Cour de cassation²³¹.

(voy. à ce propos A. BAILLEUX, « “Hart vs. Dworkin” and its Progeny », *R.I.E.J.*, 2007, *o.c.*, p. 194 et s.).

²²⁴ Sur le rôle – limité – que celle-ci peut encore être appelée à jouer dans le raisonnement juridique, voy. *infra*, n°328.

²²⁵ Comp. P. FORIERS, « Le juriste et le droit naturel », *La pensée juridique de Paul Foriers*, v. I, *o.c.*, p. 428, pour qui « *le droit naturel positif est ce qui survit à la personnalité du droit des diverses époques et affirme la permanence nécessaire de certaines valeurs humaines* ».

²²⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique*, *o.c.*, n°45, p. 86.

²²⁷ Voy. en ce sens C. PERELMAN, *Logique juridique*, *o.c.*, n°42, p. 79 et s. (à qui les deux premiers exemples sont empruntés).

²²⁸ B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles », *Chaim Perelman (1912-2012)*, *o.c.*, p. 240.

²²⁹ Voy., de manière tout à fait emblématique, le dispositif de C.J.U.E. (gr. ch.), 4 mai 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, décidant que l'art. 71 du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens que les dispositions de l'art. 31 de la CMR continuent à s'appliquer dans les relations entre Etats membres « *à condition qu'elles présentent un haut degré de prévisibilité, facilitent une bonne administration de la justice et permettent de réduire au maximum le risque de procédures concurrentes, et qu'elles assurent, dans des conditions au moins aussi favorables que celles prévues par ledit règlement, la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale et la confiance réciproque dans la justice au sein de l'Union (favor executionis)* ». Le juge de renvoi se trouve ainsi véritablement contraint de porter sur les règles de la CMR un jugement au regard des valeurs énumérées par cet arrêt.

²³⁰ Voy. not., sur la mise en oeuvre du principe constitutionnel d'égalité, *infra*, n°62 et s.

²³¹ Voy. sur ce point la recherche doctorale d'I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence*, *o.c.*, n°404 et s., p. 467 et s., qui conclut, sur la base d'une analyse détaillée des mercuriales des procureurs généraux et des conclusions précédant les arrêts de la Cour de cassation rendus en audience plénière depuis 1954, qu'il existe une doctrine officielle de la Cour sur le revirement de jurisprudence aux termes de laquelle l'erreur de droit ne suffit pas à justifier celui-ci, mais suppose en outre l'existence d'un fait nouveau, constitué par une absence de paix juridique ou l'évolution des faits et des valeurs, l'opportunité du revirement étant alors appréciée au regard de certains objectifs tels que le respect de l'intention du législateur, la mise en conformité avec un ordre juridique supérieur, la cohérence, la sécurité juridique, la justice et le raisonnable et la prise en compte de l'évolution des faits ou des valeurs. Comme le relève cet auteur, certains de ces critères impliquent indéniablement un jugement de valeur (*ibid.*, n°420, p. 481). — Plus récemment, une recherche empirique menée en France a révélé que, parmi les « travaux préparatoires » (avis de l'avocat général, rapport du conseiller rapporteur ou du rapporteur public) de 364 arrêts rendus par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat, sélectionnés en raison du caractère novateur ou important de la question de droit à trancher, pas moins de 25% d'entre eux comportent expli-

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

A cet égard, KELSEN reconnaît qu'une norme offre toujours plusieurs possibilités d'interprétation à l'autorité chargée de l'appliquer, que cette indétermination soit involontaire ou intentionnelle. Ainsi, « *La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire* »²³². Dans le cadre ainsi tracé, l'autorité choisit de retenir une interprétation plutôt qu'une autre par un acte de volonté souveraine²³³, étant entendu qu'« *il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres* »²³⁴, elles « *sont toutes d'égale valeur* »²³⁵. Mais alors, quel paramètre conduit l'autorité à « vouloir » telle interprétation plutôt que telle autre ? Il lui est permis, à cet égard, de se référer à « *d'autres normes* » telles que les « *normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux que l'on a coutume de désigner par les slogans : biens du peuple, intérêt de l'Etat, progrès, etc...* ». Toutefois – et c'est là l'essentiel –, « *Sur la validité et la possibilité d'établir ces normes ou ces "valeurs", on ne peut rien dire du point de vue du droit positif* »²³⁶.

Au fond, on serait tenté de conclure que le positivisme juridique a pour effet de soustraire le cœur même du raisonnement juridique à l'emprise des juristes. En effet, dès qu'une question d'interprétation se pose, elle doit être tranchée par un jugement de valeur de l'autorité, qui peut sans doute faire l'objet d'une analyse sociologique, économique ou autre; au juriste, en revanche, il n'est permis ni de le critiquer, ni même d'en parler²³⁷.

Nous avouons n'être nullement convaincu par cette vision des choses. En effet, elle repose entièrement sur l'idée que le jugement de valeur serait par définition irrationnel, de sorte qu'il rendrait toute discussion inutile. Or, comme on l'a vu, il existe bien une logique des jugements de valeur, qui prend la forme d'une discussion argumentée ayant pour but d'obtenir l'adhésion

citement des arguments d'opportunité (voy. à ce propos E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts* (dir. P. DEUMIER), Paris, Dalloz, 2013, p. 217 et s., qui y voit, p. 218, une confirmation des thèses de C. PERELMAN).

²³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, n°45, p. 454.

²³³ *Ibid.*, n°46, p. 459 et s.

²³⁴ *Ibid.*, n°45, p. 458.

²³⁵ *Ibid.*, n°45, p. 457.

²³⁶ *Ibid.*, n°46, p. 460.

²³⁷ Pour une illustration très didactique de cette attitude, voy. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public, o.c.*, p. 125, qui, analysant le principe de neutralité axiologique, expose : « (...) on peut aussi choisir sciemment de privilégier telle position juridique parce que cette position correspond d'avantage à nos aspirations, pourvu que ce choix axiologique ne soit pas mobilisé ensuite dans le cadre de l'argumentation scientifique. En d'autres termes, vouloir privilégier une position juridique parce qu'on l'estime préférable en raison d'un jugement de valeurs ne constitue pas en tant que tel un argument scientifique. Ainsi, on peut parfaitement défendre la thèse de l'illicéité d'une intervention militaire parce qu'on estime cette intervention profondément choquante et injustifiée sur le plan moral, mais défendre cette thèse en n'exprimant que des arguments qui s'appuient sur le droit positif existant. La neutralité axiologique ne vise ainsi que le raisonnement exprimé, non les arrière-pensées ou plus généralement les impressions que le chercheur peut légitimement ressentir ». Comp. O. CORTEN, « Le droit international comme sport de combat », *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, p. 169 et s., où le même auteur déclare « osciller » entre une « posture relativiste à tendance cynique [et une] vision universalisante à tendance utopiste », cette dernière présentant de nombreux points communs avec l'approche que nous défendons puisque, si elle reconnaît que les « juristes contestataires ne pourront démontrer que leur interprétation est, objectivement et scientifiquement, la seule correcte », « Ils pourront néanmoins tenter de convaincre leur auditoire (...) que leur interprétation est la "meilleure", dans le sens où elle peut s'appuyer sur une argumentation plus convaincante ».

de son auditoire à la thèse défendue²³⁸. Le constat d'un désaccord sur les valeurs ne constitue donc pas le terme, mais bien le point de départ de la discussion. Compte tenu du rôle fondamental que les jugements de valeur occupent dans l'interprétation de la règle de droit – ce que les positivistes reconnaissent également –, il importe dès lors que cette discussion soit menée de la manière la plus transparente et la plus approfondie possible.

De manière plus radicale, on peut même faire valoir qu'en postulant l'irrationalité des jugements de valeur, le positivisme se condamne de lui-même. En effet, exiger que l'étude du droit se fasse dans le respect du principe de neutralité axiologique constitue déjà, en soi, un jugement de valeur²³⁹ dont le positivisme est, de son propre aveu, incapable de justifier (rationnellement) le fondement²⁴⁰. De même, tout l'édifice du positivisme juridique repose sur l'hypothèse d'une norme fondamentale qui commanderait d'obéir à la Constitution et aux normes prises conformément à celle-ci, et ce quel que soit leur contenu²⁴¹. Or, puisqu'il s'agit d'un choix²⁴², pourquoi retenir ce principe fondateur plutôt qu'un autre ?²⁴³ Comme on le voit, les assises du positivisme juridique sont donc bien fragiles. A l'inverse, la conception interprétative du droit peut trouver en elle-même sa propre justification puisqu'elle se présente comme la meilleure interprétation possible du droit tel qu'il est pratiqué²⁴⁴, de même que la conception argumentative du droit, ayant réhabilité le rôle de la raison pratique, est en mesure d'établir son caractère raisonnable par le biais d'une argumentation²⁴⁵.

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

En effet, parmi les valeurs prises en compte au sein de la communauté actuelle des juristes, la sécurité juridique et le refus de l'arbitraire occupent une place éminente, de sorte que, s'il entend convaincre son auditoire, l'interprète de la règle de droit ne pourra se contenter d'avancer sa conception personnelle de la morale mais devra, au contraire, montrer qu'elle se concilie avec l'ordre juridique existant²⁴⁶. Le même constat s'impose si, plutôt que sur la na-

²³⁸ Voy. *supra*, n°20.

²³⁹ K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 171; voy. dans le même sens R. DWORKIN, *Law's Empire, o.c.*, p. 259 et s., qui souligne qu'interdire à l'interprète de se fonder sur des valeurs est déjà, en soi, une position politique.

²⁴⁰ Voy. dans le même sens la réfutation du relativisme de Protagoras par Socrate dans PLATON, *Théétète*, 171a et s. Sur l'interprétation de ce passage, cons. not. F. BURNYEAT, « Protagoras and Self-Refutation in Plato's Theaetetus », *Phil. Rev.*, 1976, vol. 85/2, p. 172 et s.; L. CASTAGNOLI, « Protagoras Refuted. How Clever is Socrates' "Most Clever" Argument at Theaetetus 171a-c? », *Topoi*, 2004, vol. 23, p. 3 et s.; Z. GIANNOPOULOU, « In and Out of Worlds: Socrates' Refutation of Protagorean Relativism in Theaetetus 170a-171c », *Anc. Phil.*, 2011, vol. 31, p. 275 et s.; pour une approche plus générale du problème, voy. C. SWOYER, « Relativism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (éd. E.N. ZALTA), Winter 2010, <http://plato.stanford.edu>, point 5.9 et s.

²⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, o.c.*, n°34, p. 255 et s., spéc. p. 294.

²⁴² KELSEN le reconnaît implicitement en faisant valoir « qu'une norme fondamentale se rapporte, de façon immédiate, à une Constitution déterminée » et que « La norme fondamentale que l'on attribue à un certain ordre juridique n'est donc pas le produit d'une pure et libre invention » (*ibid.*, n°34, p. 266). Le choix de la norme fondamentale n'est donc pas purement arbitraire, certes; il n'en constitue pas pour autant une nécessité logique.

²⁴³ Comp. la manière dont Socrate raille Protagoras en lui demandant pourquoi, plutôt que l'homme, le cochon, le babouin ou la grenouille ne seraient pas la mesure de toute chose (PLATON, *Théétète*, 161c). Comp. également R. DWORKIN, *o.c.*, *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, p. 40 et s., qui conteste jusqu'à la possibilité d'identifier une norme fondamentale de l'ordre juridique.

²⁴⁴ Voy. *supra*, n°16 et s.

²⁴⁵ Voy. *supra*, n°20 et s.

²⁴⁶ Voy. C. PERELMAN, *Logique juridique, o.c.*, n°44, p. 83 et s.; dans le même sens, H. DÖLLE, *o.c.*, *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 409.

ture argumentative du discours juridique, on insiste sur sa dimension interprétative. En effet, nous avons vu que le choix de la meilleure interprétation possible doit tenir compte non seulement de considérations de justice, mais également d'équité politique²⁴⁷. Or, précisément, celle-ci commande au juge, dans une démocratie, de ne pas chercher à imposer systématiquement sa conception personnelle de la justice au reste de la société²⁴⁸, sans tenir compte des arbitrages effectués dans l'exercice du pouvoir législatif et dans la somme des précédents judiciaires²⁴⁹. Dans cette mesure, on peut considérer que l'appel aux valeurs n'occupe, dans le raisonnement juridique, qu'un *rôle marginal*²⁵⁰.

Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'annulation des contrats successifs²⁵¹, l'arbitrage que nous proposons entre les exigences de la légalité et celles de la confiance légitime des parties dans la stabilité des prestations faites en exécution d'un contrat non encore déclaré nul correspond certes à la conception que nous nous faisons, pour le dire brièvement, des rapports que doivent entretenir l'intérêt général et l'intérêt privé. Mais l'important réside plutôt dans la capacité à démontrer et à convaincre que cette appréciation subjective s'insère harmonieusement dans le schéma d'ensemble constitué par les solutions admises en droit positif. Si, par exemple, nous avions défendu l'idée que l'annulation des contrats successifs valait toujours pour l'avenir afin de préserver les attentes légitimes des parties, il nous aurait été beaucoup plus difficile d'expliquer pour quels motifs, en revanche, la règle *In pari causa* est considérée par la Cour de cassation comme étant simplement facultative, de même que la loi n'exclut les restitutions qu'en faveur de l'incapable, en outre à certaines conditions (article 1312 du Code civil), et du possesseur de bonne foi, et seulement à l'égard des fruits (article 549 du Code civil) : il s'agit là d'autant de solutions particulières qu'il serait malaisé de justifier si l'on devait admettre l'existence d'un principe général aux termes duquel la sécurité juridique l'emporterait toujours pour le passé sur le respect de la légalité. Comme on le voit, la sélection d'une interprétation implique certes un choix de l'interprète, mais celui-ci s'effectue néanmoins dans un cadre partiellement contraignant.

Ces contraintes auxquelles tout interprète de la règle de droit est soumis ne sont certes pas absolues, mais elles montrent en tout cas que le positivisme a tort de voir dans l'interprétation la manifestation d'une volonté souveraine et arbitraire. La meilleure preuve en est que, dans leurs décisions, les juges se refusent presque toujours à reconnaître le caractère discrétionnaire du choix qu'ils font en faveur d'une interprétation plutôt qu'une autre, même dans les cas difficiles où aucune réponse ne s'impose avec la force de l'évidence, mais s'efforcent au contraire de montrer que cette décision s'inscrit dans une tradition passée, comme en témoignent notamment les conclusions des avocats généraux près la Cour de cassation qui veillent à resituer l'affaire à trancher par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour. Prétendre que l'existence de cette pratique juridique antérieure n'exercerait aucune contrainte réelle – fût-elle de nature sociale ou psychique – sur les juges, c'est en réalité prêter à chacun de ceux-ci l'intention de tromper systématiquement leur auditoire sur les motifs véritables de leurs décisions, ce qui ne constitue décidément pas une interprétation convaincante de la pratique juridique²⁵².

32. Le droit n'est pas un discours de vérité. Dans cette section, nous nous sommes efforcé de répondre à l'accusation selon laquelle la reconnaissance du rôle joué par les valeurs dans le raisonnement juridique entraînerait inévitablement l'interprète sur le terrain de l'irrationnel. Cette présentation s'avère trompeusement simple dès lors, d'une part, qu'il existe une

²⁴⁷ Voy. *supra*, n°18.

²⁴⁸ Voy. R. DWORKIN, *Law's Empire*, *o.c.*, p. 249 et s.

²⁴⁹ Voy. R. DWORKIN, *o.c.*, *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, p. 38.

²⁵⁰ Voy. déjà *supra*, n°27.

²⁵¹ Voy. *supra*, n°27.

²⁵² Comp. dans le même sens R. DWORKIN, *Law's Empire*, *o.c.*, p. 159 et s.

logique des jugements de valeur, et que, d'autre part, la liberté de l'interprète s'exerce dans le cadre d'un certain nombre de contraintes posées par l'ordre juridique existant.

Cela étant, il est indéniable qu'il demeure une part irréductible de subjectivité dans tout choix d'une interprétation. Comme on l'a dit, la logique des jugements de valeurs ne permet pas de produire des vérités éternelles, mais seulement des réponses vraisemblables et provisoires²⁵³.

Cette conclusion modeste implique sans doute de renoncer à voir dans le droit une science²⁵⁴, si on entend par là une discipline construite sur le modèle des sciences de la nature. Encore cette conclusion n'apparaît-elle pas inéluctable dès lors, d'une part, que même les sciences empiriques ne parviennent pas à évacuer toute subjectivité²⁵⁵ et que, d'autre part, il n'existe pas de définition obligatoire de la science²⁵⁶. On ne perdra pas de vue, au demeurant, qu'au-delà de ses implications méthodologiques, l'étiquette de « science » présente surtout des enjeux en termes d'autorité²⁵⁷ et de prestige dans les rapports avec d'autres disciplines²⁵⁸.

Quoi qu'il en soit, s'il s'agit du prix à payer, il ne nous paraît pas trop élevé pour que le droit parvienne enfin à réconcilier autorité et raison²⁵⁹.

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

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

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

²⁵³ Voy. *supra*, n°20 et s.

²⁵⁴ Voy. déjà *supra*, n°22.

²⁵⁵ Voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 171, qui soulignent que le choix d'un sujet de recherche, la définition de l'élément empirique au travers duquel la théorie se rapporte à la réalité, la décision de ne pas recourir à telle ou telle technique (comme l'expérimentation sur des êtres vivants) et l'utilisation des résultats de la recherche ne sont jamais exempts de jugements de valeur.

²⁵⁶ K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 9, p. 83, qui relèvent que, parmi les définitions possibles, il en est une à caractère formel ou institutionnel, qui considère comme scientifique les disciplines reconnues comme telles par le passé et actuellement, c'est-à-dire en pratique toutes les disciplines enseignées à l'université. Voy. également, pour un appel à la tradition, § 20, p. 176. Cet examen de l'usage du mot « science » dans la pratique se justifie d'autant plus si l'on voit dans celle-ci, à l'instar du droit, un concept interprétatif (comp. *supra*, n°16).

²⁵⁷ K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 9, p. 79.

²⁵⁸ K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 20, p. 176

²⁵⁹ Sur le divorce entre autorité et raison qui remonte au XVII^e siècle, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, ch. V, p. 225 et s.

philosophique, économique ou autre – permettent à notre sens de retenir une interprétation parmi d'autres.

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

§ 2. Conception du droit comparé²⁶⁰

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

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

I. Rôle assigné au droit comparé

35. Choix d'une approche normative et pratique. Comme toute discipline intellectuelle, le droit comparé vise, dans un premier temps, à dégager de nouvelles connaissances²⁶¹. Celles-ci sont cependant susceptibles d'être utilisées à des fins fort variées²⁶². Or, la méthode utilisée étant intimement liée aux buts poursuivis par la comparaison²⁶³, il convient d'abord de préciser en quoi ceux-ci consistent avant de s'interroger sur la méthode mise en oeuvre pour les atteindre.

²⁶⁰ Je remercie vivement le Professeur Isabelle RORIVE pour le temps qu'elle a bien voulu consacrer à la relecture de cette section et pour ses suggestions constructives. La responsabilité des propos tenus demeure évidemment la mienne.

²⁶¹ Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974, n°111, p. 286 et s.; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, n°1, p. 5; voy. également R. MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 339 et s., p. 364, qui met en évidence la fonction épistémologique de la méthode fonctionnelle en droit comparé.

²⁶² Dans cette mesure, on considère parfois que la comparaison des droits n'est pas une discipline ou une science autonome, étant toujours mise au service du but retenu (voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 5 et s.).

²⁶³ Voy. en ce sens J. DE CONINCK, « The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?* », *RabelsZ*, 2010, p. 318 et s., qui précise que la méthode qu'elle préconise concerne la comparaison à des fins explicatives plutôt que normatives (p. 320) et que c'est dans ce cadre que sont formulées les critiques qu'elle adresse à la méthode fonctionnelle utilisée à des fins heuristiques et argumentatives (p. 340 et s.). Pour d'autres auteurs, cependant, la méthode du droit comparé serait indépendante de son application : voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 9.

Parmi les objectifs multiples assignés au droit comparé, une ligne schématique peut être tracée²⁶⁴. D'une part, le droit comparé peut être utilisé dans un but à la fois théorique et descriptif ou explicatif : il s'agit alors de constater les ressemblances et les différences existant entre plusieurs systèmes juridiques, pour ensuite s'interroger sur leurs causes. D'autre part, la méthode comparative peut être appréhendée dans une perspective pratique et normative : il s'agit en ce cas de rechercher comment un problème spécifique peut être résolu de la manière la plus appropriée dans un environnement social et économique donné.

Ces deux approches du droit comparé peuvent être considérées comme également légitimes, en ce sens qu'il n'existe aucun critère contraignant qui imposerait d'adopter une démarche plutôt qu'une autre : il s'agit essentiellement d'un choix du chercheur²⁶⁵. Il est donc légitime de recourir au droit comparé dans un but essentiellement normatif et pratique²⁶⁶, même si ce n'est évidemment pas la seule approche possible²⁶⁷. Cette utilisation du droit comparé nous paraît parfaitement convenir à la conception du droit qui sous-tend notre recherche²⁶⁸, et c'est dès lors celle que nous adopterons.

Nous n'adhérons donc pas à la position des auteurs qui semblent considérer que le droit comparé perdrait toute légitimité dès qu'il est utilisé, non à des fins « scientifiques » (c'est-à-dire descriptives ou explicatives), mais normatives ou pratiques²⁶⁹. La question se ramène en fait au point de savoir si le droit en général – et le droit comparé en particulier – peut, ou devrait, prétendre au statut de science, telle que conçue sur le modèle des sciences de la nature²⁷⁰.

Du reste, on aurait tort d'opposer de manière manichéenne une comparaison théorique et objective à une comparaison instrumentalisée à finalités pratiques; en effet, la comparaison, dès lors qu'elle requiert une compréhension du droit étranger, suppose nécessairement une interprétation préalable de celui-ci, c'est-à-dire un travail de reconstruction²⁷¹. Cette activité est donc toujours dans une certaine mesure subjective, dès lors qu'elle implique une évaluation et des choix²⁷².

A cet égard, on avance parfois que le comparatiste serait tenu de restituer le droit étranger dans toute la complexité de ses « formants » (parmi lesquels il faudrait distinguer la règle légale, la règle doctrinale, la règle qui peut être extraite des exemples de la doctrine, la règle que les cours énoncent dans les motifs

²⁶⁴ K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (trad. T. WEIR), 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1998, p. 11; voy. également J. DE CONINCK, *o.c.*, *RabelsZ*, 2010, p. 342 (qui préfère le terme « explicatif » à « descriptif »); M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 7 et s., spéc. p. 18.

²⁶⁵ Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 5.

²⁶⁶ Voy. sur cette approche H. DÖLLE, *o.c.*, *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 406 et s.; J.M. SMITS, « Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 513 et s.

²⁶⁷ On remarquera que ce débat traverse actuellement toutes les sciences humaines, confrontées à « une partition polémique entre deux modèles : chaque discipline présente des courants revendiquant comme seul mode légitime de scientificité l'exercice de la raison expérimentale ou, à l'inverse, celui de la raison interprétative (...) L'opposition devient un lieu d'affrontement en légitimité entre ce qui, finalement, relève davantage d'un côté d'une sensibilité scientifique et expérimentale et, de l'autre, d'une sensibilité herméneutique et littéraire » (J.-M. BERTHELOT, « Epistémologie des sciences humaines », *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F., 2006, p. 378 et s., spéc. p. 380).

²⁶⁸ Voy. à ce propos *supra*, n°13 et s.

²⁶⁹ Voy. en ce sens O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Rev. int. dr. comp.*, 2001, p. 275 et s., spéc. p. 287; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *o.c.*, n°1, p. 8; F.R. VAN DER MENSBRUGHE, « L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit », *Ann. dr. Louv.*, 2006, p. 41 et s.

²⁷⁰ Sur cette question, voy. *supra*, n°32.

²⁷¹ M.-C. PONTTHOREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 10.

²⁷² M.-C. PONTTHOREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 13.

et la règle que les cours appliquent), fussent-ils contradictoires, et ce afin de demeurer « *objectif* »²⁷³. On peut toutefois se demander si de telles précautions sont bien suffisantes pour atteindre la neutralité prônée. Pourquoi, en effet, s'en tenir à la règle que « *les cours* » énoncent ? Dès lors que la jurisprudence représente un ensemble de décisions souvent contradictoires, du moins pleines de nuances, pourquoi privilégier telle décision plutôt que telle autre ? A vouloir tout dire, sans omettre le moindre élément reflétant la complexité du droit étranger, le comparatiste ne se réduit-il pas dans les faits au silence ?

En outre, la comparaison comporte toujours une dimension argumentative, dans la mesure où il importe de justifier les critères de la comparaison (par exemple, la mise en évidence des différences ou au contraire des similitudes)²⁷⁴. Comme le droit national²⁷⁵, le droit comparé constitue donc une discipline présentant un caractère nettement interprétatif et argumentatif²⁷⁶, ce qui n'implique pas pour autant qu'elle procède de choix arbitraires²⁷⁷.

II. Légitimité et limites du recours au droit comparé

36. Objections à l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation du droit national.

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

I. La première objection tient aux limites des enseignements qui peuvent être retirés de la méthode comparative. Celle-ci permet certes de prendre conscience des différentes manières dont un problème peut être juridiquement résolu; en revanche, elle peine à fournir des critères permettant de *décider si l'une des solutions envisagées est meilleure que les autres*²⁷⁸. Un tel choix ne peut donc être effectué que sur la base d'autres critères que ceux offerts par la seule comparaison²⁷⁹.

Pour prendre un exemple, nous verrons que les ordres juridiques belge, allemand, français et néerlandais partagent le souci de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition que le débiteur pourrait accomplir tant que la condition suspensive demeure pendante. Diverses solutions techniques peuvent être apportées à ce problème. Ainsi, en droits belge et français, cette protection est atteinte en conférant à la réalisation de la condition un effet rétroactif (article 1179 du Code civil), de sorte que la chose, censée avoir quitté dès l'origine le patrimoine du débiteur, ne pouvait plus être aliénée par celui-ci au préjudice des droits du créancier²⁸⁰. Les droits allemand et néerlandais aboutissent cependant à un résultat identique sans recours à la technique de la rétroactivité par le biais d'une disposition légale expresse frappant directement d'inefficacité l'acte de disposition litigieux²⁸¹. Comme on le voit, le droit comparé permet donc de relativiser la solution retenue en droit belge, non seulement en montrant que la rétroactivité n'est pas le seul mécanisme possible pour atteindre le but visé, mais surtout en faisant prendre conscience que cette rétroactivité possède une justification en réalité assez limitée, ce qui pourrait

²⁷³ Voy. R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, o.c., n°14 et s., p. 15 et s.

²⁷⁴ M.-C. PONTHEAU, o.c., *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 19.

²⁷⁵ Voy. à ce propos *supra*, n°16 et s.

²⁷⁶ Voy. R. MICHAELS, « Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – a Response to Julie de Coninck », *RabelsZ*, 2010, p. 351 et s., spéc. p. 356 et s.; R. MICHAELS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 366.

²⁷⁷ *Comp. supra*, n°28 et s.

²⁷⁸ Voy. R. MICHAELS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 374 et s.

²⁷⁹ R. MICHAELS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 379 et s.

²⁸⁰ Voy. *infra*, n°174.

²⁸¹ Voy. *infra*, n°175 et s.

conduire à en donner une interprétation mesurée²⁸². En revanche, la méthode comparée ne suffit pas, en soi, à choisir entre la formule de la rétroactivité et celle de la disposition légale expresse. Pour effectuer ce choix, d'autres paramètres doivent donc entrer en considération, tels que la cohérence globale de l'ordre juridique, le principe de sécurité juridique (en ce compris le respect de la législation et de la jurisprudence existantes), le caractère plus ou moins souhaitables des effets collatéraux de la solution retenue, l'élégance technique de celle-ci, etc.²⁸³

Comme on le voit, cette objection n'en est pas véritablement une. Elle ne remet en effet pas en cause la possibilité de recourir au droit comparé pour guider l'interprétation du droit national, mais souligne simplement que la méthode comparée est incapable d'offrir des solutions toutes faites et « objectivement » ou « scientifiquement » meilleures. Le comparatiste se trouve en fin de compte confronté à la même difficulté que le juriste de droit interne appelé à choisir entre plusieurs interprétations possibles d'une norme, et devra dès lors se fonder sur les mêmes critères de décision que celui-ci²⁸⁴. Par conséquent, dès qu'un choix existe entre plusieurs interprétations possibles, un jugement de valeur posé au terme d'une discussion argumentée sera nécessaire pour les départager²⁸⁵. Le mérite du droit comparé est cependant d'élargir le champ de la réflexion en étendant aussi bien la gamme des interprétations possibles que celles des arguments pris en considération.

II. La seconde objection est plus radicale et se ramène, pour faire bref, à l'idée de *souveraineté nationale*. L'argument a surtout été avancé dans le contexte du contentieux constitutionnel aux Etats-Unis²⁸⁶. Ainsi, alors que la Cour suprême se réfère parfois au droit étranger pour conforter une interprétation de la Constitution américaine²⁸⁷, d'autres sont au contraire d'avis qu'un tel recours au droit comparé serait illégitime, le juge américain se devant d'appliquer le droit voté par le peuple américain et lui seul²⁸⁸.

Même si le contexte européen n'est pas exactement le même, compte tenu notamment de l'existence d'un projet politique commun et de la mise en place de juridictions supranationales, telles que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de

²⁸² Voy. en ce sens *infra*, n°181.

²⁸³ Voy. *infra*, n°180.

²⁸⁴ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 47.

²⁸⁵ Voy. *supra*, n°28 et s.

²⁸⁶ Sur cette question, voy. not. T. ANNUS, « Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments », *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 300 et s.; J.C. DAMMANN, « The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation », *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 513 et s.; T. GROPP, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 47 et s.; J.M. SMITS, o.c., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 529.

²⁸⁷ Voy. en particulier US Supreme Court, 1^{er} mars 2005, *Roper v Simmons*, 543 US 551 (2005), spéc. p. 578 (« *The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. (...) It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom* »).

²⁸⁸ Voy. en particulier la prise de position du juge à la Cour suprême A. SCALIA, « Commentary », *St Louis Univ. L.J.*, 1995-1996, vol. 40, p. 1119 et s., spéc. p. 1122 (« *in the last analysis, we judges of the American democracies are servants of our peoples, sworn to apply, without fear or favor, the laws that those people deem appropriate. We are not some international priesthood empowered to impose upon our free and independent citizens supra-national values that contradict their own. If "international norms" had controlled our forefathers, democracy would never have been born here in America* ») ainsi que son opinion dissidente dans l'affaire *Roper v Simmons* citée à la note précédente, spéc. p. 607 et s., spéc. p. 622 et s. Pour une reformulation plus nuancée et plus précise de cet argument, voy. J.C. DAMMANN, o.c., *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 531 et s.

l'homme, capables de rapprocher les différents systèmes juridiques nationaux en se servant parfois elles-mêmes du droit comparé comme instrument d'harmonisation²⁸⁹, et même si le domaine du droit privé apparaît moins sensible que celui du droit public, on ne peut nier, cependant, que les règles du Code civil comportent également une dimension politique certaine. Si l'on admet que le juge, le cas échéant conseillé par les parties et la doctrine, interprète les dispositions nationales à la lumière du droit étranger, ne risque-t-on pas alors de permettre que la volonté du législateur – à supposer que celle-ci constitue véritablement le critère décisif de l'interprétation²⁹⁰ – soit insidieusement subvertie ? L'objection apparaît suffisamment sérieuse pour être examinée attentivement²⁹¹.

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

I. Le premier argument vise à rencontrer l'objection selon laquelle le juge national usurperait, ce faisant, le rôle du législateur. On fait valoir à cet égard que le juge national, confronté à une obscurité ou à une lacune de la loi, est tenu de la dissiper en raisonnant comme si le législateur avait été amené à trancher lui-même la question²⁹². Or, souligne-t-on, le législateur se livre de plus en plus fréquemment à une analyse de droit comparé avant d'adopter une nouvelle législation²⁹³. Le juge national confronté à un problème d'interprétation de son droit devrait donc en faire de même²⁹⁴. L'argument est inventif, mais il nous paraît dans l'ensemble assez faible, les deux prémisses sur lesquelles il repose pouvant en effet être aisément discutées²⁹⁵.

²⁸⁹ Voy. par exemple, sur la portée de la notion de « *matière contractuelle* » dans la Convention de Bruxelles, les conclusions de M. l'avocat général F.G. JACOBS avant C.J.C.E., 17 juin 1992, C-26/91, point 17 et s. Sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. not. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 505 et s.

²⁹⁰ Ce dont il est du reste permis de douter : voy. *supra*, n°25.

²⁹¹ Il ne nous paraît pas possible d'y échapper, comme le proposent certains auteurs, en faisant valoir qu'elle ne concernerait que le cas où le droit comparé est utilisé à des fins normatives (J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 527; voy. dans le même sens T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 318), puisqu'il s'agit précisément de la démarche que nous proposons d'adopter.

²⁹² On se réfère fréquemment, à cet égard, à l'art. 1^{er}, al. 2, du Code civil suisse : « *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* ». On notera que l'art. 5 du Code judiciaire belge est moins spécifique puisqu'il n'indique pas comment le juge est censé dépasser l'obscurité ou la lacune à laquelle il est confronté.

²⁹³ Pour un exemple récent, voy., à propos de la réforme du droit des sûretés mobilières, l'Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., s.o., 2012-2013, n°53-2463/001, p. 10 (qui prend comme point de départ le souci de « *contribuer à l'harmonisation du droit en Europe en essayant d'adhérer le plus possible aux évolutions qui s'y produisent. Le droit comparé a donc joué un rôle important dans la réalisation du projet* »).

²⁹⁴ K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *o.c.*, p. 18; K. ZWIEGERT, « *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode* », *RabelsZ*, 1949-1950, p. 5 et s., spéc. p. 9.

²⁹⁵ S'agissant de la majeure, il est piquant en effet que le rôle du juge soit défini par référence au droit suisse, donc en ayant recours au droit comparé, alors que précisément la légitimité de ce recours forme l'enjeu de la question. Par ailleurs, s'agissant de la mineure, il serait aisé de démontrer l'écart entre la pratique et l'attitude du législateur idéal qui se livrerait à un examen systématique du droit étranger avant d'adopter une loi. Le législateur comparatiste apparaît ainsi comme une présomption encore plus improbable que celle du législateur rationnel.

II. Le deuxième argument est de nature politique et présente le droit comparé comme un instrument utile dans la perspective d'une *harmonisation européenne progressive* du droit privé²⁹⁶. L'idée est en effet qu'entre plusieurs interprétations possibles du droit national, le juge devrait retenir celle qui permet d'assurer son rapprochement avec les autres droits européens, et ce dans une perspective d'harmonisation future. A nouveau, la force de cet argument apparaît faible, dès lors que le caractère désirable de ce processus d'harmonisation est loin de faire l'unanimité²⁹⁷.

III. Un troisième argument est d'ordre économique : confronté à une question juridique nouvelle, il serait *plus efficace* pour le juge national, et donc moins coûteux (en termes d'efforts, de temps, etc.), d'examiner et le cas échéant de s'inspirer des solutions déjà développées à l'étranger, lorsque le même problème y a déjà donné lieu à des réflexions approfondies et y a été résolu de manière satisfaisante²⁹⁸.

IV. Une autre réfutation consiste à faire valoir que l'argument tiré du droit étranger a une simple *valeur doctrinale*, comparable à celle de l'opinion avancée par un auteur national²⁹⁹. Or, le rôle de la doctrine comme source (certes auxiliaire) du droit est aujourd'hui bien acquis³⁰⁰. En effet, « *Le théoricien ne dispose d'aucun pouvoir, en dehors de celui que lui assure sa capacité de persuader* »³⁰¹. C'est précisément le même rôle qui peut être reconnu au droit comparé : la solution développée en droit étranger pourra être retenue par le juge national, non parce qu'elle s'imposerait à lui pour des motifs institutionnels, mais seulement dans la mesure où le juge se sera – ou aura été – persuadé qu'elle est digne d'être consacrée. Le droit comparé est ainsi doté d'une valeur persuasive et non obligatoire³⁰².

V. Cet argument peut être doublé d'un autre de nature *pragmatique* : même si le succès du recours au droit comparé varie d'un cas à l'autre, on constate néanmoins qu'il intervient fréquemment dans la pratique judiciaire belge et étrangère, spécialement dans les conclusions des avocats généraux³⁰³. Cette donnée empirique confirme qu'il est légitime pour le chercheur de faire usage du droit comparé lorsqu'il tente d'interpréter le droit national.

Ainsi, on sait que le ministère public près la Cour de cassation de Belgique se réfère fréquemment à la jurisprudence de la Cour de cassation de France. Fait sans doute plus méconnu, nous avons recensé au cours de la période 2000-2012 pas moins de 29 affaires sur les questions les plus variées, mais souvent

²⁹⁶ J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 528; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *o.c.*, p. 20.

²⁹⁷ Voy. J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 525, qui oppose le modèle de la concurrence entre les ordres juridiques (*regulatory competition*); comp. également les nombreuses discussions entourant la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (voy. à ce propos et comp. les 106 contributions publiées dans le cadre de l'étude de faisabilité effectuée par la Commission européenne, accessibles sur http://ec.europa.eu/justice/contract/files/publication_2011_en.zip).

²⁹⁸ Voy. J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 527.

²⁹⁹ Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 318; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 86.

³⁰⁰ Voy. not. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, *o.c.*, p. 5 et s.

³⁰¹ R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *o.c.*, n°26, p. 58.

³⁰² J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520; comp. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 319, qui précise que c'est l'argument emprunté au droit comparé, et non le droit comparé lui-même, qui a une valeur persuasive. Cette dernière vision nous paraît cependant négliger que le fait qu'une solution soit retenue en droit comparé est parfois invoqué en tant que tel, comme argument d'autorité, sans référence aux arguments justifiant cette solution étrangère (voy. *infra*, n°41, III).

³⁰³ Voy. à ce propos J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 522.

complexes ou novatrices, où les conclusions du ministère public se réfèrent à une décision du Hoge Raad, du Bundesgerichtshof ou du Bundesverfassungsgericht³⁰⁴, sans compter les affaires où les conclusions comportaient des développements de droit comparé sans néanmoins de référence directe à la jurisprudence étrangère³⁰⁵.

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

³⁰⁴ Voy. Cass., 22 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n°630, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. LECLERCQ (renonciation par un Etat à son immunité d'exécution sur des biens diplomatiques); Cass., 13 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n°610, *A.C.*, 2012, n°610, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER (preuve illicite); Cass., 21 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n°478, *A.C.*, 2012, n°478, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS (eurovignette); Cass., 14 juin 2012, *Pas.*, 2012, n°384, *A.C.*, 2012, n°384, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (interprétation des traités); Cass., 8 mars 2012, *Pas.*, 2012, n°158, *A.C.*, 2012, n°158, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (autorité de la chose décidée en référé); Cass., 16 décembre 2011, *Pas.*, 2011, n°693, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES (monopole de représentation des avocats à la Cour de cassation en matière disciplinaire); Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n°650, *A.C.*, 2011, n°651, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER (preuve illicite); Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n°650, *A.C.*, 2011, n°650, avec les conclusions de M. l'avocat général M. TIMPERMAN (délai raisonnable); Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n°615, *A.C.*, 2011, n°615, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (enlèvement international d'enfant); Cass., 27 mai 2011, *Pas.*, 2011, n°355, *A.C.*, 2011, n°355, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (responsabilité du transporteur de marchandises par route); Cass., 11 mars 2011, *Pas.*, 2011, n°192, *A.C.*, 2011, n°192, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS (eurovignette); Cass., 24 juin 2010, *Pas.*, 2010, n°453, avec les conclusions de M. l'avocat général C. VANDEWAL (principe d'égalité devant les charges publiques); Cass., 30 mars 2010, *Pas.*, 2010, n°231, *A.C.*, 2010, n°231, avec les conclusions de M. l'avocat général P. DUINSLAEGER (preuve illicite); Cass., 13 janvier 2010, *Pas.*, 2010, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH (jurisprudence *Salduz*); Cass., 9 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n°19, *A.C.*, 2009, n°19, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS (douanes et accises); Cass., 9 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n°458, avec les conclusions de M. l'avocat général M. TIMPERMAN (enregistrement d'une conversation téléphonique); Cass., 5 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n°452, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (renvoi après cassation); Cass., 22 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n°575, *A.C.*, 2007, n°575, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS (fraude à la loi fiscale); Cass., 18 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n°415, *A.C.*, 2007, n°415, avec les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF, alors premier avocat général (extradition); Cass., 22 juin 2007, *Pas.*, 2007, n°346, *A.C.*, 2007, n°346, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS (acquiescement tacite); Cass., 30 mars 2007, *Pas.*, 2007, n°160, *A.C.*, 2007, n°160, avec les conclusions de M. l'avocat général D. THUIS (responsabilité en cas d'exécution d'une décision accordant une pension provisionnelle après divorce); Cass., 7 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n°466, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES (cause illicite unilatérale); Cass., 5 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n°452, avec les conclusions de M. l'avocat général M. TIMPERMAN (art. 54 de l'Accord de Schengen); Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n°499, avec les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF, alors avocat général (preuve illicite); Cass., 25 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n°454, *A.C.*, 2003, n°454, avec les conclusions de M. l'avocat général G. BRESSELEERS (protection des résumés par le droit d'auteur); Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n°294, avec les conclusions de M. le juge J. SPREUTELS, alors avocat général (dommage consistant en la perte de rémunérations provenant d'un travail au noir); Cass., 30 mai 2002, *Pas.*, 2002, n°328, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE (responsabilité du transporteur de marchandises par route); Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, n°275, avec les conclusions de M. l'avocat général T. WERQUIN (amendes administratives); Cass., 6 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n°600, avec les conclusions de M. le procureur général J. DU JARDIN (dommage consistant en une prestation volontaire).

³⁰⁵ Voy. par exemple Cass., 1^{er} juin 2006, *Pas.*, 2006, n°306, avec les conclusions de M. le procureur général M. DE SWAEF (responsabilité du pouvoir législatif); Cass., 2 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n°375, avec les conclusions de M. l'avocat général A. HENKES (répétibilité). La liste des arrêts concernés n'est donc nullement exhaustive. A titre purement indicatif, on relèvera que la Cour rend en moyenne environ 3.000 arrêts par an, dont seule

De manière générale, des éléments de droit comparé pourront plus facilement être intégrés dans la signification d'un texte juridique si l'on a de celle-ci une conception ouverte et dynamique, qui ne se limite pas au sens que son auteur a entendu initialement lui attribuer³⁰⁶.

Certains auteurs proposent ainsi de justifier le recours au droit comparé par un appel explicite au droit naturel : il serait du devoir de l'interprète de préconiser une lecture du texte inspirée du droit comparé lorsque cette lecture permet de consacrer une solution plus juste que celle qui aurait pu être atteinte sur la seule base de considérations empruntées à l'ordre juridique interne³⁰⁷. Comme tout appel à un droit naturel désincarné, cette approche apparaît cependant peu convaincante en pratique³⁰⁸.

Comme nous l'avons déjà indiqué, il nous paraît préférable d'intégrer les aspirations à plus de justice dans le raisonnement juridique en concevant celui-ci comme un processus à la fois interprétatif et argumentatif, conformément aux idées de DWORKIN et de PERELMAN³⁰⁹. Dans cette optique, la référence au droit comparé doit se comprendre comme un argument utilisé pour renforcer l'adhésion de l'auditoire – à savoir la communauté juridique nationale – à la solution proposée³¹⁰. L'argument de droit comparé ne sera donc reçu que s'il s'intègre harmonieusement dans le système national³¹¹. En outre, le recours au droit comparé sera d'autant plus justifié lorsque certaines questions ont donné lieu à des réflexions plus abondantes ou plus approfondies dans d'autres ordres juridiques, déjà confrontés aux mêmes problèmes³¹². Ainsi, « *le recours à "l'argument de droit comparé" permet au juge d'offrir une vision plus*

une fraction est publiée (voy. à cet égard le *Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation de Belgique*, p. 97).

³⁰⁶ Voy. en ce sens M.-C. PONTHEUREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 21; adde T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 348.

³⁰⁷ Voy. J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 528.

³⁰⁸ Voy. J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 526 et s., qui relève que toutes les questions ne reçoivent pas nécessairement une réponse en droit naturel (à supposer qu'il existe) et que l'histoire démontre que la convergence entre les systèmes juridiques ne se fait pas nécessairement dans la direction de la solution la plus juste.

³⁰⁹ Voy. *supra*, n°13 et s. Dans un ordre d'idées différent, J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 551 et s., a tenté de justifier l'utilisation du droit comparé comme argument d'autorité dans l'interprétation du droit national par le recours à la théorie de l'éthique de la discussion développée par J. HABERMAS. Il fait valoir à cet égard, de manière un peu théorique, d'une part, que la décision rendue par un tribunal étranger peut présenter une valeur particulière si elle a été rendue à la suite d'une procédure respectant les règles de l'éthique de la discussion et que, d'autre part, la décision d'un tribunal national acquiert une valeur supérieure si elle compense les contraintes imposées à la discussion, notamment en terme de nombres de participants, par la prise en considération des décisions étrangères.

³¹⁰ Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 343 et s.; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 532.

³¹¹ J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520; voy. également J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 554 (pour qui l'argument tiré du droit étranger ne sera reçu que si celui qui s'en prévaut parvient à démontrer que le droit étranger concerne la même question et se base sur des considérations également applicables en droit national) ainsi que K. SCHADBACH, « The Benefits of Comparative Law: A Continental European View », *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 331 et s., p. 422; comp. également *supra*, n°31. On ne se laissera donc pas abuser par l'argument *ad absurdum* avancé par le juge SCALIA (US Supreme Court, 1^{er} mars 2005, *Roper v Simmons*, 543 US 551 (2005), spéc. p. 627 *in fine*), selon lequel le recours au droit comparé dans une affaire obligerait automatiquement le juge à accepter en bloc toutes les solutions étrangères dans d'autres affaires.

³¹² Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 87; B. MARKESINIS, « Foreign Law Inspiring National Law. Lessons from *Greatorex v. Greatorex* », *Camb. L.J.*, 2002, vol. 61, p. 386 et s., spéc. p. 403; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 353 et s.

*complète des réponses possibles à un problème juridique donné et donc de nourrir l'idée que la recherche de la vérité en matière de justice n'existe pas; que seule compte l'adhésion »*³¹³.

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

I. Le cas le plus simple est évidemment celui où une règle étrangère a été directement *importée* dans l'ordre juridique national (*legal transplant*). Dans un tel cas de figure, le recours au droit comparé apparaît évident, dans la mesure où il permet de mieux comprendre le but et la portée de la norme reçue³¹⁴. Il ne s'agit de rien d'autre, au fond, que de rechercher la volonté du législateur national en examinant la manière dont est interprétée à l'étranger la règle dont il a voulu s'inspirer.

Encore faut-il faire preuve de prudence en la matière. On a vu, en effet, que l'intention historique du législateur ne saurait lier à perpétuité les interprètes du texte³¹⁵. Plus le temps passe, et plus la norme importée est dès lors susceptible d'acquérir une portée propre, autonome de celle dont elle est inspirée. C'est ainsi, par exemple, que l'interprétation de certains articles du Code civil belge a pu s'éloigner au fil du temps de celle des dispositions équivalentes, demeurées pourtant identiques, du Code civil français³¹⁶.

II. Hors cette hypothèse, on considère généralement que le droit comparé ne peut être utilisé dans le processus d'interprétation du droit national que pour autant que ce dernier s'avère *obscur ou lacunaire*³¹⁷.

Cette opinion apparaît cependant réductrice. Nous avons vu, en effet, que la reconnaissance d'une lacune dans l'ordre juridique découle souvent d'un sentiment d'insatisfaction éprouvé à l'égard des solutions prévues par les textes en vigueur³¹⁸. Dès lors, il faut admettre le recours au droit comparé, même en présence d'un « texte clair »³¹⁹, lorsque celui-ci contredit de manière insupportable les règles fondamentales de la justice³²⁰. De manière plus générale, le droit comparé permet donc d'exercer une fonction de contrôle par rapport aux solutions découlant

³¹³ M.-C. PONTHEUREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 22.

³¹⁴ Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, *o.c.*, n°122, b), p. 334; J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 520 et s.; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 80; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 519; pour une illustration, voy. Cass., 6 juillet 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 285.

³¹⁵ Voy. *supra*, n°25.

³¹⁶ Voy. not. à ce propos E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

³¹⁷ Voy. en ce sens L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, *o.c.*, n°122, b), p. 332 et s.; H. DÖLLE, *o.c.*, *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 406; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 518; K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *o.c.*, p. 18; dans un sens similaire, J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 555, pour qui l'argument d'autorité tiré du droit étranger ne devrait se voir reconnaître qu'un rôle auxiliaire, lorsqu'aucune des thèses en présence ne peut être justifiée par un argument plus fort, donc principalement dans les *hard cases*.

³¹⁸ Voy. *supra*, n°27. De manière plus générale, on relève que l'analyse de droit comparé a souvent pour origine un sentiment d'insatisfaction éprouvé à l'égard de la manière dont un problème est résolu dans le système juridique national du chercheur (K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *o.c.*, p. 34).

³¹⁹ Sur les limites de cette expression, voy. not. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *o.c.*, n°186, p. 387 et s.

³²⁰ K. ZWIEGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 10.

des méthodes d'interprétation ordinaires du droit national³²¹. En revanche, il ne suffirait pas que la solution étrangère apparaisse simplement meilleure pour que les règles du droit national puissent être écartées à son profit³²².

En définitive, le recours au droit comparé se voit ainsi enserré dans les mêmes limites que celles que nous avons assignées aux valeurs dans le raisonnement juridique³²³ : il pourra exercer à la fois une *fonction complétive* en cas d'obscurité du droit national et une *fonction correctrice* lorsque les solutions prévues par celui-ci apparaissent injustes, étant entendu que son rôle ne pourra néanmoins s'exercer que de manière marginale. En effet, l'exigence de cohérence de l'ordre juridique national fera obstacle à ce que l'utilisation du droit comparé aboutisse à remettre en cause les principes fondamentaux de cet ordre juridique³²⁴.

III. Utilisations possibles du droit comparé

39. Fil conducteur. De manière générale, les comparatistes insistent sur le fait que la méthode du droit comparé permet d'obtenir une meilleure connaissance du droit national³²⁵. Encore les différentes manières dont cette connaissance peut se décliner sont-elles fort variées, même si l'on se limite – comme nous avons décidé de le faire – à une approche normative et pratique, visant à interpréter le droit national *de lege lata* (c'est-à-dire sans le préalable d'une réforme législative). Afin d'en donner la présentation la plus systématique possible, nous proposons de prendre pour fil conducteur les propos par lesquels le Professeur ZIMMERMAN synthétisait l'intérêt que l'étude du droit romain peut présenter pour le juriste contemporain :

« [Roman law] constitutes, in its ensemble, such a high level of cultural achievement that it will always retain its character as model for the rational solution of legal conflicts. The problems raised, the arguments advanced and the solutions founds by the Roman lawyers have in many instances, over the centuries, maintained both their topicality and their educational value »³²⁶.

De la même manière, nous entendons montrer que l'étude du droit comparé présente une utilité pour le juriste national en raison des *questions* qu'elle suscite, des *arguments* qu'elle suggère et même, parfois, des *solutions* qu'elle fournit³²⁷.

40. Questions suscitées par le droit comparé. Le premier intérêt du droit comparé est qu'il permet au juriste de se poser un certain nombre de questions sur son système juridique³²⁸.

³²¹ K. ZWEIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 17.

³²² K. ZWEIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 10.

³²³ Voy. *supra*, n^{os}27 et 31.

³²⁴ K. ZWEIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 16 et s.

³²⁵ Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, *o.c.*, n^o113, p. 290 et s.; M.-C. PONTTHOREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 13; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 335.

³²⁶ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, O.U.P., 1996, p. viii. Le rapprochement ici effectué entre étude du droit romain (et de l'histoire du droit en général) et droit comparé se justifie par les liens étroits entre ces disciplines (voy. sur ce point K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 367; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *o.c.*, p. 8). On observera cependant une différence importante entre ces disciplines dans la mesure où le droit romain est sans doute plus facilement présenté comme modèle, là où le droit étranger est parfois utilisé comme repoussoir (voy. par exemple *infra*, n^o41, II).

³²⁷ Pour d'autres typologies, voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 311 et s.; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 525.

³²⁸ K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 346.

I. Ainsi, le droit comparé permet tout d'abord au juriste de mettre en perspective et de *relativiser* les solutions consacrées par son ordre juridique, en lui donnant à voir qu'elles ne constituent pas la seule manière possible de résoudre un problème donné³²⁹.

Comme illustration, nous avons déjà indiqué comment le souci d'assurer la protection du créancier *pendente condicione* contre les actes de dispositions du débiteur pouvait être atteint sans recours à la technique de la rétroactivité³³⁰.

II. La comparaison du droit national avec des droits étrangers permet également au juriste d'identifier et d'isoler les *traits distinctifs de son système national*, dont il n'aurait peut-être pas pris conscience autrement³³¹. A l'inverse, l'examen minutieux des systèmes juridiques étrangers permet parfois de se rendre compte que les différences que l'on pensait irréductibles s'avèrent en pratique fort ténues³³².

C'est ainsi, par exemple, que la confrontation du droit belge aux droits allemand et néerlandais permet de caractériser le système belge de transfert de la propriété comme un système à la fois moniste et causal, par opposition à un système dualiste et abstrait³³³. Toutefois, les nombreuses entorses admises en droit belge à l'effet de la nullité envers les tiers³³⁴, d'une part, et les exceptions réservées en droit allemand au principe d'abstraction³³⁵, d'autre part, aboutissent à rapprocher fortement en pratique les deux régimes.

III. Le droit comparé peut également de susciter dans l'esprit du juriste des *questions nouvelles* d'interprétation de son droit auxquelles il n'aurait peut-être pas pensé sur la base des seules sources nationales³³⁶.

Ainsi, par exemple, si la doctrine belge a souvent examiné l'incidence de la perte fortuite de la chose sur les rapports de restitution consécutifs à l'annulation d'un contrat, elle est toujours partie du présupposé que le contrat avait été exécuté de part et d'autre avant le prononcé de l'annulation. Or, la consultation de la doctrine allemande permet de prendre conscience qu'il n'en est pas toujours ainsi en pratique et que les hypothèses où une seule des parties a exécuté ses obligations au moment où l'annulation est prononcée (*Vorleistung*) suscitent des difficultés particulières d'application de la théorie des risques³³⁷.

IV. Enfin, le droit comparé permet parfois d'élaborer une *présentation systématique* novatrice du droit national³³⁸.

³²⁹ Voy. sur ce point les explications détaillées de H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *Rev. dr. int. comp.*, 2000, p. 503 et s.; dans le même sens, T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 314; L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, *o.c.*, n°113, p. 290 et s.; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 93; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 344.

³³⁰ Voy. *supra*, n°36, I.

³³¹ R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 92.

³³² H. MUIR WATT, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.*, 2000, n°29 et s., p. 524 et s.

³³³ Voy. *infra*, n°176, II.

³³⁴ Voy. *infra*, n°296 et s.

³³⁵ Voy. *infra*, n°237, III.

³³⁶ Voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 91; H. MUIR WATT, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.*, 2000, n°29, p. 524; X. THUNIS, « Comparer : de la réaction spontanée à l'outil méthodique », *Ann. dr. Louv.*, 2006, p. 25 et s., spéc. p. 38, qui relève que la comparaison avec le droit étranger peut être utilisée comme « *Stimulant de l'imagination du chercheur* ».

³³⁷ Voy. *infra*, n°269.

³³⁸ Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *o.c.*, p. 88; H. DÖLLE, *o.c.*, *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 406; H. MUIR WATT, *o.c.*, *Rev. dr. int. comp.*, 2000, n°29, p. 524; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 358. On rappellera ainsi que c'est la traduction du traité de ZACHARIAE par AUBRY et RAU qui a constitué l'événement déclencheur permettant à la doctrine française d'exposer les règles du droit civil en se détachant pour la première fois de l'ordre des articles du Code civil (voy. à ce propos C. BOCQUET « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariae, Aubry et Rau », *La traduction juridique: Histoire, théorie(s)*

Ainsi, la consultation des sources allemandes nous suggérera une présentation nouvelle de la théorie des risques en distinguant plus nettement risque de la chose, risque de la prestation et risque de la contre-prestation³³⁹.

41. Arguments puisés dans le droit comparé. Au-delà des questions qu'il peut susciter, le droit comparé peut également être la source d'arguments avancés en vue de privilégier une interprétation du droit national par rapport à une autre³⁴⁰. Il est possible à cet égard de distinguer trois grandes hypothèses.

I. Tout d'abord, un argument peut être *emprunté tel quel* à un droit étranger, utilisé alors comme source d'inspiration³⁴¹.

Ainsi, par exemple, la question se pose de savoir si, en droit belge, il faut reconnaître au juge le pouvoir de réduire une obligation contractuelle illicite dans les limites légales (par exemple, une durée maximale fixée par la loi), ou s'il n'a d'autre choix que d'annuler purement et simplement la clause litigieuse. En faveur de la première branche de cette alternative, on peut faire valoir que la réduction n'est, au fond, qu'une forme particulière de nullité partielle, de sorte que, si cette dernière est admise en droit positif, il doit en aller de même de la réduction. Or, un tel argument est directement emprunté au droit allemand où la question s'est posée en des termes identiques³⁴².

II. Ensuite, à défaut de pouvoir véritablement revêtir la blouse blanche de l'expérimentateur, le chercheur en droit peut utiliser les systèmes juridiques étrangers comme *laboratoire social*, afin de tenter d'anticiper les conséquences – positives ou négatives – de l'adoption de telle ou telle interprétation du droit national³⁴³.

Ainsi, par exemple, se pose la question de savoir si les dommages-intérêts alloués en droit belge en cas de résolution du contrat pour inexécution visent à replacer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été correctement exécuté (réparation de l'intérêt positif) ou si, au contraire, ils visent seulement à le mettre dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu du tout (réparation de l'intérêt négatif). Or, l'étude du droit comparé montre que les rares ordres juridiques ayant opté en ce cas pour la réparation de l'intérêt négatif, soit ont fini par abandonner ce système (droit allemand), soit ne l'appliquent plus guère en pratique, les parties préférant en règle solliciter l'exécution forcée du contrat (droit suisse)³⁴⁴. Ce constat empirique dissuade évidemment l'interprète du droit belge de consacrer une solution dont il peut d'emblée craindre qu'elle finisse par être rejetée par la pratique.

III. Enfin, il arrive que le droit étranger soit invoqué, non en raison du caractère convaincant des raisonnements qu'il a élaborés ou des résultats pratiques qu'il a permis d'atteindre, mais en tant qu'*argument d'autorité*³⁴⁵. En ce cas, la valeur de l'argument est assurément plus faible, d'autant que la majorité des Etats n'adoptent pas toujours la solution la plus juste³⁴⁶. Il

et pratique, Actes du colloque international organisé par l'École de traduction et interprétation de l'Université de Genève et l'Association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes à l'Université de Genève, les 17, 18 et 19 février 2000, accessible sur <http://bit.ly/17EiQmC>).

³³⁹ Voy. *infra*, n°264, I.

³⁴⁰ J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 520.

³⁴¹ Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 315; K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 353; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 525, 527 et 536.

³⁴² Voy. *infra*, n°315.

³⁴³ Voy. T. ANNUS, *o.c.*, *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 336 et s.; J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 520; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 135; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 526.

³⁴⁴ Voy. *infra*, n°394.

³⁴⁵ Voy. à ce propos J.C. DAMMANN, *o.c.*, *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 521; J.M. SMITS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 526.

³⁴⁶ K. ZWIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 14.

n'en demeure pas moins que cet argument a également sa place dans le débat d'idées, spécialement lorsqu'il permet d'assurer une plus grande harmonie des solutions sur le plan international³⁴⁷.

Ainsi, un autre argument en faveur de la réparation de l'intérêt positif en cas de résolution pour inexécution du contrat est le fait que ce système a été adopté dans la plupart des ordres juridiques, y compris par la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises³⁴⁸.

42. Solutions offertes par le droit comparé. Dernier apport à l'interprétation du droit national, le droit comparé peut également fournir au chercheur un certain nombre de solutions toutes faites³⁴⁹. Celles-ci sont de deux ordres.

I. D'une part, le droit comparé peut suggérer un certain nombre de *solutions substantielles*, qu'il est parfois souhaitables d'importer telles quelles dans le droit national. Si la démarche se rencontre souvent dans le cadre d'une réforme législative, elle est également envisageable sous la forme d'une interprétation jurisprudentielle du droit positif, pour autant, comme on l'a dit, que cette relecture du droit national soit en harmonie avec l'ordre juridique existant et permette ainsi de le présenter sous un jour meilleur³⁵⁰.

Ainsi, par exemple, nous suggérerons de transposer en droit belge la solution prévue par l'article 6:211 du NBW, en vertu duquel la restitution par équivalent ne peut être admise lorsque la prestation à restituer ne peut légalement être évaluée en argent (par exemple, l'accomplissement d'un meurtre), en fondant néanmoins cette solution sur les règles belges relatives aux conditions de recevabilité de l'action en justice³⁵¹.

II. D'autre part, l'étude du droit comparé est également intéressante en raison des *solutions méthodologiques* qu'elle peut fournir³⁵². Nous entendons par là non pas une solution à un problème juridique concret, mais plutôt les formes que le raisonnement juridique peut emprunter pour résoudre ce problème. A cet égard, la conception du droit que nous avons adoptée doit beaucoup aux réflexions de DWORKIN, qui ont été formulées dans un contexte de *common law*³⁵³. La distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle, sur laquelle repose notre recherche, a elle-même été suggérée par l'étude du droit étranger³⁵⁴. L'apport du droit comparé ne s'arrête cependant pas là.

A. Ainsi, par exemple, il apparaît souhaitable de s'inspirer de l'usage que la doctrine et la jurisprudence allemandes font du raisonnement par *analogie*³⁵⁵. Certes, cette figure n'est pas inconnue du juriste belge³⁵⁶, mais elle ne semble cependant guère répandue dans la pratique. Or, il nous semble que l'analogie pourrait s'avérer utile en permettant de dépasser une logique souvent binaire : elle permet en effet, tout en constatant qu'une situation sort du champ

³⁴⁷ Comp. *supra*, n°37, II.

³⁴⁸ Voy. *infra*, n°394.

³⁴⁹ Voy. K. ZWIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, o.c., p. 15; K. SCHADBACH, o.c., *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 350.

³⁵⁰ Voy. *supra*, n°38.

³⁵¹ Voy. *infra*, n°286.

³⁵² Voy. K. SCHADBACH, o.c., *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 370 et s.

³⁵³ Voy. *supra*, n°16 et s.

³⁵⁴ Voy. *supra*, n°5.

³⁵⁵ Voy. en ce sens K. SCHADBACH, o.c., *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 372 et s.

³⁵⁶ Voy. not. P. FORIERS, « L'interprétation par analogie en droit belge », *La pensée juridique de Paul Foriers*, v. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 813 et s.

d'application formel d'une règle, d'en étendre l'application à des situations similaires au regard des objectifs poursuivis par cette règle plutôt que d'aboutir au même résultat au prix d'une interprétation souvent artificielle des termes de la règle.

Ainsi, par exemple, il ne fait pas de doute que l'article 549 du Code civil, inséré au titre relatif au droit de propriété, ne vise à prémunir le possesseur de bonne foi que contre les actions réelles en revendications des fruits introduites par le véritable propriétaire. Néanmoins, parce que cette disposition est, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, fondée sur l'idée que le possesseur de bonne foi de la chose a pu légitimement consommer les fruits au jour le jour et qu'il serait dès lors injuste de lui imposer les rendre ultérieurement, il nous paraît légitime d'étendre, par analogie, l'application de cette dispositions aux actions personnelles en restitution des fruits formées contre ce même possesseur³⁵⁷.

Réciproquement, la règle *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, conçue à l'origine comme s'appliquant exclusivement à l'action personnelle en restitution (« *repetitio* »), nous paraît devoir être étendue à l'action réelle en revendication si on veut lui garantir un effet utile, dès lors que le créancier de la chose dispose en principe de ces deux types d'actions pour en obtenir la restitution³⁵⁸.

B. A l'inverse de l'analogie qui a pour but d'étendre le champ d'application de la règle, le droit allemand utilise également couramment la figure de la « *réduction téléologique* » (*teleologische Reduktion*), méthode d'interprétation qui consiste à restreindre la portée d'une disposition légale dont la lettre va au-delà de l'objectif poursuivi par l'auteur de la norme³⁵⁹. Si ce type de raisonnement n'est pas totalement inconnu du juriste belge, il ne reçoit cependant pas en Belgique d'appellation spécifique, ce qui empêche sans doute d'en reconnaître toute l'utilité.

Ainsi, comme nous l'avons déjà indiqué, la doctrine belge s'accorde aujourd'hui généralement à reconnaître que le but de l'effet rétroactif de la condition prévu à l'article 1179 du Code civil est assez limité, puisqu'il vise essentiellement à protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition accomplis à son préjudice par le débiteur *pendente condicione*³⁶⁰. Pourtant, de nombreux auteurs répugnent à tirer toutes les conséquences de ce constat, et se sentent ainsi contraints de tenir la condition pour rétroactivement réalisée au jour de la conclusion du contrat en toutes circonstances, même si cela doit entraîner des conséquences jugées indésirables sans aucun lien avec le souci de protection du créancier conditionnel³⁶¹. La figure de la réduction téléologique nous paraît ici être de nature à jouer un rôle émancipateur salutaire par rapport à la lettre du texte. Elle permet en effet de reconnaître que si l'effet rétroactif de la condition va au-delà de l'objectif que lui assignait le législateur, il n'y a aucun motif rationnel de la prendre au pied de la lettre.

IV. Considérations méthodologiques

43. Approche fonctionnelle. Comme on l'a dit, le choix d'une méthode est intimement lié aux buts poursuivis par la comparaison³⁶². Dès lors que nous ne prétendons pas rechercher les causes des différences entre les systèmes juridiques³⁶³, mais que nous entendons surtout nous y référer dans la perspective pratique et normative de parfaire notre interprétation du droit national, il paraît possible de s'en tenir à une approche fonctionnelle classique³⁶⁴. L'idée de base est que, pour être féconde, la méthode comparative se doit de comparer des choses compa-

³⁵⁷ Voy. *infra*, n°257.

³⁵⁸ Voy. *infra*, n°281.

³⁵⁹ Voy. K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 78, p. 621.

³⁶⁰ Voy. *supra*, n°36, I.

³⁶¹ Voy. à ce propos *infra*, n°181.

³⁶² Voy. *supra*, n°35.

³⁶³ Voy. not. à ce propos R. COTTERRELL, « Comparative Law and Legal Culture », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 709 et s.

rables, à savoir celles qui, au sein des différents systèmes juridiques, remplissent la même fonction³⁶⁵. Une telle démarche implique nécessairement de dépasser une approche nominaliste³⁶⁶. Au demeurant, il faut être conscient qu'en se concentrant sur la fonction commune de plusieurs règles ou institutions, le comparatiste laisse nécessairement de côté d'autres fonctions de celles-ci³⁶⁷.

C'est ainsi, par exemple, que la ratification du droit belge n'est pas exactement la *Genehmigung* du droit allemand, laquelle concerne également des hypothèses qui, en droit belge, seraient abordées sous l'angle de la confirmation, de la régularisation ou de la condition³⁶⁸. Les deux institutions ne peuvent donc être utilement comparées qu'en laissant ces autres fonctions de côté et en se concentrant sur la problématique commune à ces deux institutions, à savoir l'approbation donnée par le représenté à un acte accompli par un représentant ayant agi sans pouvoir.

44. Choix des points de comparaison. I. Le choix des systèmes juridiques avec lesquels le droit national sera comparé dépend à nouveau directement des objectifs poursuivis par la comparaison³⁶⁹. En effet, dès lors que celle-ci s'inscrit dans la perspective pratique d'une meilleure interprétation du droit national, la comparaison pourra se limiter aux Etats dont le système juridique présente une proximité suffisante avec le droit national sur le plan des principes consacrés et des techniques mises en oeuvre³⁷⁰. Dès lors, même si l'étude de la *common law* est assurément riche en enseignements, elle présente cependant des différences techniques telles qu'il est plus naturel pour le juriste belge qui entend faire porter sa recherche sur des questions de droit des contrats de se tourner prioritairement vers d'autres systèmes juridiques³⁷¹, en particulier de la même famille romano-germanique³⁷², dont les apports pourront être plus facilement intégrés dans l'ordre juridique national. En outre, lorsqu'une règle ou un ensemble de règles – tel que le Code civil – est directement emprunté à un autre ordre juridique, il est logique de s'y rapporter pour tenter d'en mieux cerner la portée³⁷³. Enfin, de manière générale, la tendance actuelle est de limiter le nombre de systèmes juridiques pris en considération afin de permettre d'effectuer une comparaison plus approfondie³⁷⁴.

³⁶⁴ Sur les différentes significations de la fonction, voy. l'analyse détaillée de R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 339 et s.

³⁶⁵ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law, o.c.*, p. 34.

³⁶⁶ F.R. VAN DER MENSBRUGGHE, *o.c.*, *Ann. dr. Louv.*, 2006, p. 49. Comp. dans le même sens, à propos de la qualification en droit international privé, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n°191, p. 240.

³⁶⁷ Voy. R. MICHAELS, *o.c.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 371. Ainsi, si le droit des assurances et le droit de la responsabilité remplissent une fonction équivalente de réparation du dommage, il n'en est pas de même si l'on envisage la fonction de dissuasion des comportements illicites, celle de règlement des litiges, etc.

³⁶⁸ Voy. *infra*, n°116.

³⁶⁹ R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 7.

³⁷⁰ Voy. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 7; voy. également K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 362; plus nuancé, K. ZWEIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 13, pour qui seul compterait la proximité culturelle, à l'exclusion de la proximité technique.

³⁷¹ R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 131; comp. cependant K. ZWEIGERT, *o.c.*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 13.

³⁷² Voy. en ce sens R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 84; comp. la position plus nuancée de K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 364.

³⁷³ Voy. *supra*, n°38, I.

³⁷⁴ M.-C. PONTHEUREAU, *o.c.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 13; voy. déjà R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 129.

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

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

A cet égard, on sait que plusieurs projets de réforme du droit français des contrats sont actuellement en cours. Ainsi, entre 2005 et 2009, plusieurs textes à la fois complémentaires et concurrents se sont succédés, à savoir un Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription parrainé par l'Association Henri Capitant (ci-après le « Projet Catala »)³⁷⁵ et deux projets de réforme du droit des contrats, l'un élaboré sous l'égide de l'Académie des Sciences morales et politiques (ci-après le « Projet Terré »)³⁷⁶, l'autre par la Chancellerie (ci-après le « Projet de la Chancellerie »)³⁷⁷. Aucun de ces projets n'ayant à ce jour abouti, nous ne nous y sommes donc référé qu'avec parcimonie³⁷⁸.

Le choix de l'étude des *droits allemand et néerlandais* se justifie quant à lui par la proximité relative que ces systèmes – de par leurs origines romaines communes – entretiennent avec le droit belge, par l'influence qu'ils exercent sur celui-ci³⁷⁹ et, enfin, par la richesse des solutions qui y sont développées et qui peuvent dès lors servir de source d'inspiration au juriste belge. A cet égard, point n'est besoin d'insister sur la richesse des analyses développées en droit allemand³⁸⁰. Quant au droit civil néerlandais, il offre l'image d'un système à la fois jeune – le *Nieuw Burgelijk Wetboek* (NBW) n'étant entré en vigueur qu'en 1992 – et flexible,

³⁷⁵ Le texte en fut remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 et a été édité par la Documentation française (<http://bit.ly/15GdNeq>).

³⁷⁶ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009. Voy. à ce propos D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats », *Rev. contrats*, 2009, p. 471 et s.

³⁷⁷ La dernière version, qui date de mai 2009, est accessible sur <http://bit.ly/19ICTTR>.

³⁷⁸ A l'heure de clôturer ce manuscrit, un nouveau texte de la Chancellerie daté du 23 octobre 2013 et intitulé « Avant-projet de réforme du droit des obligations » a été rendu public (<http://bit.ly/1hdtUbd>); cons. à ce propos D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291 et s. S'agissant d'un document de travail au devenir encore incertain, nous avons préféré ne pas y faire référence dans la suite de cette étude.

³⁷⁹ Voy. not. les arrêts de la Cour de cassation cités *supra*, n°37, V. Les références au NBW se rencontrent du reste fréquemment dans la doctrine belge, il est vrai principalement du Nord du pays. Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que des concepts qui, même s'ils n'ont pas toujours été consacrés en tant que tels, exercent néanmoins une influence fondamentale sur la pensée juridique belge contemporaine – tels que les notions d'acte juridique, d'imprévision ou de *rechtsverwerking*, toutes absentes du Code civil – trouvent leur source première dans le droit allemand, bien qu'ils aient parfois pénétré dans l'ordre juridique belge par le détour du droit français (voy. à ce propos R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, o.c.*, p. 132 et s.) ou du droit néerlandais (voy. en ce sens l'élégante formule de N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009, n°26, p. 11 : « Voor België vormt Nederland een toegangspoort voor Duitse invloeden »). Dans un domaine plus proche de notre sujet d'étude, on relèvera ainsi que tant la nullité partielle que la conversion des actes nuls font l'objet de dispositions expresses dans le BGB et dans le NBW, dont l'étude permettra donc de mieux cerner ces concepts « importés » en droit belge (voy. *infra*, n°306 et s.). Fait peu connu, on signalera également que la conception de la nullité comme « droit de critique » a été empruntée par JAPIOT au droit allemand et fut ainsi introduite en droit français avant d'être accueillie en droit belge (voy. *infra*, n°88).

³⁸⁰ Sur ce que l'importance des enseignements qui peuvent être retirés de l'étude d'un système juridique est fonction du degré de sophistication de ce système, voy. K. SCHADBACH, *o.c.*, *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 364 et s., spéc. p. 365 et s. où le droit allemand est donné en exemple, y compris par des auteurs d'autres nationalités.

empreint de considération d'équité qui ne vont pas sans rappeler le succès croissant du principe de bonne foi dans notre droit. Sa souplesse le rend cependant à nos yeux plus difficile à exploiter par un juriste étranger. On sait en effet que de nombreuses dispositions du NBW comportent des clauses d'exception, qui permettent d'en écarter l'application lorsque les circonstances ou l'équité le commandent³⁸¹. Si de telles clauses permettent peut-être d'atteindre une plus grande justice dans la solution des cas individuels, elle présente toutefois à nos yeux l'inconvénient de compliquer la formulation de règles à valeur générale susceptibles d'inspirer l'interprétation du droit belge³⁸².

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

III. Au-delà de ces influences principales, il nous arrivera également de faire des incursions ponctuelles dans d'autres systèmes juridiques, tels que le droit suisse. Nous nous référons enfin à certains *instruments de droit uniforme*, tels que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après la « CVIM »)³⁸³, le projet de cadre commun de référence (ci-après le « DCFR »)³⁸⁴, la proposition de règlement

³⁸¹ Voy. par exemple les art. 3:42, 3:53, 6:207, 6:210 et 6:211 du NBW.

³⁸² Comp. la tentation casuistique évoquée *supra*, n°5, III.

³⁸³ Sur cet instrument, cons. not. M. FALLON et D. PHILIPPE, « La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998, p. 17 et s.; V. HEUZÉ, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, L.G.D.J., 2000; J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3^e éd., The Hague, Kluwer, 1999, www.cisg.law.pace.edu; H. HONSELL (éd.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer-Verlag, 2010; S. KRÖLL, L. MISTELIS et P. PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München, Beck, 2011; K.H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausanne, CEDIDAC, 1993; R. PEETERS, « Overzicht van rechtspraak van het Weens Koopverdrag in België », *R.D.C.*, 2003, p. 111 et s.; P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER (éd.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4^e éd., München, Beck, 2004; UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, United Nations, 2012, www.uncitral.org; H. VAN HOUTTE, J. ERAUW et P. WAUTELET (éd.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 1997; H. VAN HOUTTE, « Het Weens Koopverdrag in het Belgisch recht », *R.D.C.*, 1998, p. 344 et s.; N. WATTÉ, « La vente internationale de marchandises : bilan et perspectives », *R.D.C.*, 1991, p. 366 et s.; P. WAUTELET, « Une nouvelle convention pour la vente internationale de marchandises », *R.G.D.C.*, 1998, p. 389 et s. Voy. également les informations disponibles sur <http://www.cisg.law.pace.edu/>.

³⁸⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier, 2009. L'édition abrégée (*Outline Edition*) est accessible sur le site de la Commission européenne (<http://bit.ly/dUca4w>). Une édition complète (*Full Edition*) en six volumes est également disponible et sera celle citée dans la suite de cette étude. Les auteurs du DCFR l'ont spécialement conçu comme une source possible d'inspiration dans l'élaboration du droit national des contrats pouvant contribuer à une harmonisation européenne informelle du droit privé (Introduction, n°8). Sur le DCFR, cons. not. F. EMMERT, « The Draft Common Frame of Reference (DCFR). The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code civil and the BGB », Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper No. 2012-08, <http://ssrn.com>; F. MÖSLEIN, « Legal Innovation in European Contract Law: Within and Beyond the (Draft) Common Frame of Reference », EUI Working Paper RSCAS 2009/07, <http://ssrn.com>; R. SCHULZE, « Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire », *Rev. contrats*, 2008, p. 922 et s.; J. SMITS, « The Draft-Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward », *E.R.C.L.*, 2008, p. 271 et s.; C. VON BAR, « Das Europäische Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens. Ein "Werkzeugkasten" für das Europäische Privatrecht – oder doch mehr? », *T.P.R.*, 2009, p. 1850 et s.

relatif à un droit commun européen de la vente (ci-après la « proposition de DCEV »)³⁸⁵, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2010 (ci-après les « Principes d'Unidroit 2010 »)³⁸⁶ et enfin, dès lors qu'il a largement inspiré la réforme du droit des sûretés réelles mobilière effectuée par la loi du 11 juillet 2013, le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après le « Guide CNUDCI »)³⁸⁷.

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

³⁸⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final. La littérature relative à ce projet d'instrument est déjà abondante et parfois fort critique : voy. not. C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *JCP G*, 2011, p. 2456 et s.; J.-S. BERGÉ, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *Rev. contrats*, 2012, p. 569 et s.; C. DELFORGE, « Les ventes transfrontières aux consommateurs et aux P.M.E. belges bientôt régies par un "Code" européen de la vente en lieu et place du Code civil ? Quelques réflexions critiques à propos de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 », *J.T.*, 2012, p. 753 et s.; H. EINDENMÜLLER, N. JANSEN, E.-M. KIENINGER, G. WAGNER et B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.*, 2012, p. 34 et s.; V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G*, 2012, p. 1225 et s.; C. JELOSCHKEK, « (Uit)eindelijk een optioneel instrument voor Europees contractenrecht », *N.T.E.R.*, 2012, p. 186 et s.; G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G*, 2012, p. 912 et s.; M. PIERS et C. VANLEENHOVE, « Gemeenschappelijk Europees kooprecht », *NjW*, 2012, p. 2 et s.; R. ZIMMERMAN, « Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrecht », *JZ*, 2012, p. 269 et s. Pour un commentaire détaillé de la proposition de DCEV, cons. R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck, Hart et Nomos, 2012.

³⁸⁶ Le texte complet des Principes avec commentaires et illustrations est disponible sur www.unidroit.org. Voy. également les informations disponibles sur www.unilex.info ainsi que le numéro spécial de la *Revue de droit uniforme*, 2011, p. 517 et s. On notera que le préambule des Principes prévoit expressément qu'« Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national » (voy. également le commentaire, p. 6).

³⁸⁷ Ce Guide, édité en 2011, est disponible sur www.cnuhci.org. Sur son influence sur la loi du 11 juillet 2013, voy. l'Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., s.o., 2012-2013, n°53-2463/001, p. 11.

Conclusions générales

« Zum Schluß unsrer Studie bleibt noch eine letzte Fiktion, eine grundsätzliche Täuschung aufzulösen. Alle “Erklärungen”, alle Psychologie, alle Versuche des Verstehens bedürfen ja der Hilfsmittel, der Theorien, der Mythologien, der Lügen; und ein anständiger Autor sollte es nicht unterlassen, am Schluß einer Darstellung diese Lügen nach Möglichkeit aufzulösen »⁵²⁵⁶.

— H. HESSE, *Der Steppenwolf*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999 (1^{ère} éd. 1955), p. 68

582. Objet de la présente partie. A l’orée de notre recherche, nous avançons l’idée qu’il ne suffisait pas d’envisager la rétroactivité comme une notion conceptuelle, dont la signification serait fixée « en amont », de manière abstraite, par l’ordre juridique, et dont il suffirait ensuite de tirer toutes les conséquences dans les différentes institutions qui y ont recours⁵²⁵⁷. Au contraire, nous avons choisi de défendre la thèse selon laquelle la rétroactivité ne peut se comprendre qu’en l’envisageant « depuis l’aval », c’est-à-dire en partant de cas particuliers où l’ordre juridique y fait appel en vue d’atteindre un objectif précis. La rétroactivité acquiert ainsi une dimension fonctionnelle, dans la mesure où la fonction qu’elle occupe en conditionne nécessairement les effets. Ce n’est que dans un second temps qu’il a été possible, en remontant le cours du fleuve – qui coule du général vers le particulier –, de construire une conception plus cohérente de la rétroactivité, et ce avec l’aide privilégiée du principe constitutionnel d’égalité. Celui-ci apparaît comme un instrument opérationnel pour réaliser les rapprochements souhaitables entre les différentes institutions dotées d’un effet rétroactif.

L’essentiel de notre étude a servi à vérifier notre thèse en droit positif belge. Il importe d’abord d’en synthétiser les enseignements (§1^{er}). Nous pourrions ensuite proposer quelques considérations théoriques sur la notion de rétroactivité, tout en nous efforçant de ne pas retomber dans le piège d’une approche conceptuelle (§2).

§ 1. Synthèse des résultats de la recherche

583. Notions-clefs : rétroactivité et égalité. A titre préliminaire, nous avons tenté de cerner plus précisément la notion de rétroactivité. Avant d’envisager celle-ci dans une perspective fonctionnelle, nous nous sommes interrogé sur la définition que la rétroactivité reçoit dans une approche purement conceptuelle.

Nous avons constaté que cette notion est perçue par la doctrine, tantôt comme une simple image didactique dépourvue de conséquences juridiques propres, tantôt comme une fiction de portée limitée, tantôt encore comme une réalité juridique invitant à l’interprétation extensive. Ces différentes analyses, si elles permettent de mieux saisir la pensée des auteurs, ne suffisent

⁵²⁵⁶ Traduction libre : au terme de notre étude, il demeure encore une dernière fiction, une illusion fondamentale à dissiper. Toutes les « explications », toute psychologie, toute tentative de comprendre ont besoin d’outils, de théories, de mythologies, de mensonges; et un auteur honnête ne devrait pas s’abstenir, à la fin d’un exposé, de dissiper ces mensonges dans la mesure du possible.

⁵²⁵⁷ Voy. *supra*, n°6.

pas à épuiser la question de la signification de l'effet rétroactif⁵²⁵⁸. Nous avons ainsi proposé une double définition de la rétroactivité qui permet de mieux distinguer les situations où des effets juridiques sont véritablement reportés en arrière dans le temps (rétroactivité au sens strict) de celles où un résultat pratique identique est atteint, le cas échéant, par un autre procédé technique (rétroactivité au sens large)⁵²⁵⁹.

Nous nous sommes ensuite penché sur le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et sur la manière dont il pourrait être appliqué pour infléchir les effets de la rétroactivité en droit des contrats. Après avoir retracé les étapes du raisonnement généralement suivi par la Cour constitutionnelle, nous avons examiné deux questions présentant une acuité particulière pour notre propos, à savoir la prétendue absence de portée matérielle du principe d'égalité et les réticences du juge *a quo* à combler les lacunes de la loi mises au jour par la Cour⁵²⁶⁰. Nous sommes ainsi arrivé à la conclusion qu'une décision de la Cour constitutionnelle exprimée en des termes suffisamment précis autorisait le juge *a quo* à corriger les éventuelles discriminations causées par l'effet rétroactif – ou, le cas échéant, les insuffisances de celui-ci – en droit des contrats.

Nous avons alors entamé l'étude des interactions entre la notion de rétroactivité et le principe constitutionnalité d'égalité à travers la théorie générale du contrat. Guidé par le souci de ne soumettre au principe constitutionnel d'égalité que des situations suffisamment comparables, nous avons dès lors réparti les différentes institutions concernées en trois grandes catégories, en fonction du rôle assigné à l'effet rétroactif : la perfection des « droits inachevés » (I), la disparition des « droits effacés » (II) et la plasticité des « droits remodelés » (III).

I. Droits inachevés

584. Notion de « droits inachevés ». Par « droits inachevés », nous entendons les hypothèses où l'efficacité d'un acte juridique, encore incomplète lors de la formation de celui-ci, est consolidée par un événement ultérieur qui le met à l'abri de la critique. Plus précisément, notre examen a porté sur la confirmation des actes nuls, la ratification des actes sans pouvoir, la réalisation de la condition suspensive et la défaillance de la condition résolutoire.

585. Confirmation des actes nuls. L'effet rétroactif classiquement attribué à la confirmation s'est rapidement avéré illusoire. En effet, depuis l'avènement de la théorie moderne des nullités, l'acte nul, même de nullité absolue, sortit dès sa conclusion des effets identiques à l'acte valable, sous la seule réserve de son risque d'anéantissement rétroactif en cas d'exercice de l'action en nullité⁵²⁶¹. Puisque l'obligation produit déjà tous ses effets, sa confirmation ne change rien à la situation passée; il est donc superflu de la qualifier de rétroactive⁵²⁶². 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 rétroactivité de la confirmation, mais plutôt l'expression du caractère relatif de cet acte qui, comme toute renonciation, ne peut éteindre un droit que dans le patrimoine de son auteur⁵²⁶³.

⁵²⁵⁸ Voy. *supra*, n°46 et s.

⁵²⁵⁹ Voy. *supra*, n°58 et s.

⁵²⁶⁰ Voy. *supra*, n°61 et s.

⁵²⁶¹ Voy. *supra*, n°89.

⁵²⁶² Voy. *supra*, n°95.

⁵²⁶³ Voy. *supra*, n°108.

586. Ratification des actes accomplis sans pouvoir. La ratification s'est avérée être un terrain fertile pour notre réflexion, en raison à la fois des contours parfois difficiles à tracer de son régime et de la coexistence de règles apparemment contradictoires – ou au moins concurrentes – en droit positif.

Ainsi, on ne peut se contenter d'affirmer que la ratification équivaldrait à un mandat donné *a priori* et qu'elle devrait dès lors rétroagir, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits acquis des tiers. En effet, le fondement avancé est apparu comme insuffisant, dès lors qu'il fait une part trop importante à la volonté du représenté dans le mécanisme de la représentation. Mieux vaut admettre que l'effet rétroactif de la ratification se justifie par le souci de respecter la volonté exprimée par le tiers ayant consenti à traiter avec le représentant sans pouvoir⁵²⁶⁴.

Par ailleurs, un examen serré de la jurisprudence de la Cour de cassation a permis de cerner l'existence de plusieurs catégories de tiers et de préciser la notion de droit acquis. On distingue ainsi (i) le tiers qui consent à traiter avec le représentant et doit dès lors subir intégralement l'effet rétroactif de la ratification; (ii) le véritable tiers, qui peut opposer à celle-ci la protection de ses droits acquis; (iii) et le tiers, à la fois cocontractant du représenté et destinataire d'un acte unilatéral émis par le représentant, tel un congé, qui jouit à notre sens de la même protection⁵²⁶⁵. 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 travail⁵²⁶⁶.

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. Celui-ci fait défense au tiers qui a contracté avec le représentant de contester ultérieurement ses pouvoirs. Il n'autorise le tiers, destinataire d'un acte unilatéral adressé par le représentant, à soulever l'excès de pouvoir commis par ce dernier qu'à la condition de réagir dans un délai raisonnable⁵²⁶⁷. 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 large⁵²⁶⁸.

587. Réalisation de la condition suspensive et défaillance de la condition résolutoire. Le mécanisme de la condition retient pour sa part depuis longtemps l'attention de la doctrine. L'obligation conclue sous condition suspensive n'est pas dénuée d'existence; valablement formée, elle voit certes ses effets principaux suspendus, mais constitue d'ores et déjà à la fois une valeur patrimoniale à la conservation de laquelle le créancier conditionnel peut veiller et une obligation que le débiteur conditionnel se doit de respecter de bonne foi⁵²⁶⁹.

L'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive découle de l'article 1179 du Code civil, formulé dans les termes les plus larges. En dépit de ceux-ci, doctrine et jurisprudence l'ont cependant maintenu dans des limites très étroites. Entre parties, les exceptions à la rétroactivité admises en matière d'exigibilité de l'obligation, de prise de cours des délais im-

⁵²⁶⁴ Voy. *supra*, n°145 et s.

⁵²⁶⁵ Voy. *supra*, n°151 et s.

⁵²⁶⁶ Voy. *supra*, n°161.

⁵²⁶⁷ Voy. *supra*, n°126 et s.

⁵²⁶⁸ Voy. *supra*, n°138.

⁵²⁶⁹ Voy. *supra*, n°169 et s.

pératifs, de perception des fruits et de charge des risques sont tellement nombreuses que l'effet rétroactif de la condition se trouve réduit à néant⁵²⁷⁰. Cette exclusion de la rétroactivité dans les rapports entre parties nous a paru pouvoir être expliquée par la figure, empruntée au droit allemand, de la « réduction téléologique »⁵²⁷¹. Cette méthode d'interprétation consiste à limiter les effets d'une norme de manière à ce qu'ils n'excèdent pas le but de celle-ci.

En réalité, la rétroactivité de la condition suspensive ne se justifie que dans les rapports avec les tiers, où elle est alors dictée par le souci de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition accomplis *pendente condicione* par le débiteur au mépris de ses engagements⁵²⁷². La pratique, encouragée par la doctrine et la jurisprudence, a cependant été au-delà de ce but premier en tirant parti de l'effet rétroactif du transfert de propriété pour mettre au point des mécanismes préférentiels visant à prémunir le créancier conditionnel contre une situation de concours sur le patrimoine de son débiteur⁵²⁷³.

Quant à la défaillance de la condition résolutoire, elle a ceci de commun avec la confirmation qu'elle se borne à mettre, pour l'avenir, une obligation qui produisait déjà tous ses effets à l'abri d'un risque d'anéantissement rétroactif⁵²⁷⁴. Nous avons dès lors repoussé, à son propos, toute idée de rétroactivité au sens technique du terme.

588. Caractère fonctionnel de la rétroactivité. Ce tour d'horizon des « droits inachevés » a permis de confirmer le caractère à la fois variable et adaptable de la rétroactivité⁵²⁷⁵.

Dans le domaine de la confirmation et de la défaillance de la condition résolutoire, la rétroactivité n'est qu'une image didactique utilisée pour faire mieux saisir la portée de règles pré-existantes mais qui est dépourvue, en soi, de toute portée technique.

A l'inverse, dans le domaine de la ratification et de la réalisation de la condition suspensive, la rétroactivité est dotée d'effets juridiques propres. Ceux-ci sont toutefois taillés sur mesure en fonction des objectifs pour lesquels elle a été instituée. Ainsi, dans le cadre de la ratification, la rétroactivité vise à donner son plein effet à l'accord négocié entre le représentant et le tiers contractant. Dès lors, afin de respecter les termes de cet accord, celui-ci doit entrer en vigueur au moment où ce tiers contractant a émis la volonté de s'engager, et non à la date ultérieure à laquelle le représenté se décide à ratifier, date sur laquelle ce tiers n'a aucune prise. La jurisprudence a toutefois estimé que ce souci de protéger le tiers contractant, qui a volontairement traité avec un représentant sans pouvoir, n'implique pas de soumettre aux conséquences de l'effet rétroactif les véritables tiers, lesquels pourront donc lui opposer leurs droits acquis. En revanche, en cas de réalisation de la condition suspensive, la logique de la rétroactivité est tout autre. L'objectif est en effet ici de protéger le créancier conditionnel contre les actes de disposition conclus par le débiteur avec des tiers. Pour atteindre son but, la rétroactivité doit donc nécessairement porter atteinte aux droits acquis de ces tiers, mais elle se trouve à l'inverse dépourvue de toute justification dans les rapports entre parties.

⁵²⁷⁰ Voy. *supra*, n°182 et s.

⁵²⁷¹ Voy. *supra*, n°181.

⁵²⁷² Voy. *supra*, n°193 et s.

⁵²⁷³ Voy. *supra*, n°195 et s.

⁵²⁷⁴ Voy. *supra*, n°206 et s.

⁵²⁷⁵ Voy. *supra*, n°210.

L'examen de ces différentes institutions a donc montré qu'en droit positif, la rétroactivité n'est pas une formule toute faite de valeur invariante, mais que sa portée est au contraire indissociable du contexte dans lequel elle est utilisée.

589. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité. Sur la base de ces analyses, nous avons enfin voulu mettre à l'épreuve le principe constitutionnel d'égalité en examinant dans quelle mesure la différence de traitement des tiers – dont les droits acquis sont protégés en cas de ratification mais en revanche menacés par l'avènement de la condition suspensive – est susceptible de justification objective et raisonnable⁵²⁷⁶.

Nous avons abouti à la conclusion que tel est bien le cas en ce qui concerne, à tout le moins, l'hypothèse où le tiers tient ses droits d'une convention passée au mépris des engagements pris antérieurement, selon le cas, sous condition ou par un représentant sans pouvoir. En effet, l'effet rétroactif de la condition ne porte en pratique atteinte aux droits acquis de ce tiers que s'il s'est avéré négligent ou de mauvaise foi, ce qui suffit à justifier la différence de traitement par rapport à l'hypothèse d'une ratification. Dans les autres hypothèses, à de rares exceptions près, ratification et condition suspensive aboutissent à des solutions identiques à l'égard de ce tiers, dont les droits échappent à l'emprise de l'effet rétroactif⁵²⁷⁷.

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 débiteur⁵²⁷⁸. Sans doute cette utilisation répond-elle à un certain besoin de la pratique et s'inscrit-elle dans une évolution appelée de ses vœux par une fraction importante de la doctrine. Toutefois, si l'on s'inscrit dans une approche fonctionnelle – comme le veut la loi du 11 juillet 2013 réformant le droit des sûretés réelles mobilières –, il n'apparaît pas justifiable que le créancier conditionnel se voie reconnaître une protection supérieure à celle dont jouit le bénéficiaire d'une sûreté traditionnelle, telle qu'un gage ou une hypothèque. Aussi l'utilisation de l'effet rétroactif de la condition à des fins de sûretés ne nous paraît-elle admissible que pour autant que la condition ait été révélée aux tiers par le biais d'une mesure de publicité adéquate (transcription dans le registre de la conservation des hypothèques, dépossession ou enregistrement dans le registre des gages)⁵²⁷⁹.

Plus largement, l'examen de cette question a servi d'illustration aux virtualités que recèle l'application du principe constitutionnel d'égalité dans le domaine du droit privé en général et de la rétroactivité en particulier.

II. Droits effacés

590. Notion de « droits effacés ». Une part substantielle de notre étude a été consacrée à l'étude des « droits effacés ». Nous visons par là les cas où le droit s'efforce de faire disparaître les conséquences d'une situation juridique considérée comme indésirable. En nous concentrant sur le domaine de la théorie générale du contrat, nous avons ainsi passé en revue l'effet rétroactif attribué à l'annulation des actes juridiques illégaux, à la résolution des contrats synallagmatiques en raison de leur inexécution, à la réalisation de la condition résolutoire et enfin à la défaillance de la condition suspensive.

⁵²⁷⁶ Voy. *supra*, n°211 et s.

⁵²⁷⁷ Voy. *supra*, n°216.

⁵²⁷⁸ Voy. *supra*, n°217 et s.

⁵²⁷⁹ Voy. *supra*, n°223.

591. Nullité des actes illicites. Au-delà même de son effet rétroactif, la nullité peut être vue comme une notion qui, envisagée à l'époque classique dans une perspective essentiellement conceptuelle (la nullité étant l'état objectif d'un acte auquel une condition de validité fait défaut), est devenue dans la théorie moderne une notion à caractère fonctionnel (la méconnaissance d'une norme appelant, de la part de l'ordre juridique, une réaction à la fois adaptée et proportionnée à l'objectif de rétablissement de la légalité)⁵²⁸⁰. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que la rétroactivité, perçue à l'origine comme un attribut purement logique de la nullité, représente plutôt désormais une forme de renforcement de la sanction⁵²⁸¹.

Ainsi conçu, l'effet rétroactif de la nullité se prête à toutes les modulations. Dans les rapports entre parties, elle impose certes, en principe, à chacune d'elles de restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat nul⁵²⁸². Mais l'objectif du rétablissement de la légalité ne l'emporte pas nécessairement sur toutes les autres considérations.

Il en va spécialement ainsi lorsqu'il entre, sur des points d'importance secondaire, en conflit avec les exigences de la sécurité juridique. Citons en ce sens les exemples du possesseur de bonne foi dispensé de restituer les fruits⁵²⁸³ ou de l'acquéreur de la chose qui continuera en principe à en supporter les risques⁵²⁸⁴, nonobstant l'annulation du contrat. En revanche, lorsqu'il est question des effets principaux de la nullité, le principe de légalité l'emportera en règle sur le respect des attentes légitimes. C'est ainsi que l'effet rétroactif imposera aux parties à un contrat successif de se restituer, le cas échéant en valeur, les prestations dont elles ont bénéficié⁵²⁸⁵ et que, dans les rapports avec les tiers, le principe demeure celui de l'inefficacité des transferts de propriété opérés en exécution d'un contrat nul⁵²⁸⁶.

Le respect de la sécurité juridique ne constitue pas la seule valeur avec laquelle le principe de légalité peut se trouver en conflit. L'effet rétroactif de la nullité peut également se trouver tempéré par un souci de protection d'une partie faible (restitutions dues par les incapables⁵²⁸⁷), par des considérations impérieuses d'intérêt général (fondement de la règle *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*⁵²⁸⁸, dont la compatibilité avec le principe de légalité applicable en matière pénale a cependant été mise en doute⁵²⁸⁹) ou encore, dans certaines limites, par le principe de l'autonomie de la volonté (figures de la nullité partielle, de la réduction et de la conversion des actes nuls⁵²⁹⁰). A l'inverse, par l'effet de ce dernier principe ainsi que celui de la caducité, la nullité d'un contrat peut se propager à d'autres actes qui lui sont liés par l'objet ou par la cause⁵²⁹¹.

⁵²⁸⁰ Voy. *supra*, n°240.

⁵²⁸¹ Voy. *supra*, n°241.

⁵²⁸² Voy. *supra*, n°243 et s.

⁵²⁸³ Voy. *supra*, n°257.

⁵²⁸⁴ Voy. *supra*, n°267.

⁵²⁸⁵ Voy. *supra*, n°262.

⁵²⁸⁶ Voy. *supra*, n°294.

⁵²⁸⁷ Voy. *supra*, n°287 et s.

⁵²⁸⁸ Voy. *supra*, n°278 et s.

⁵²⁸⁹ Voy. *supra*, n°283.

⁵²⁹⁰ Voy. *supra*, n°306 et s.

⁵²⁹¹ Voy. *supra*, n°325 et s.

592. Résolution des contrats synallagmatiques pour cause d'inexécution. C'est une autre logique qui préside à la définition de l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution⁵²⁹². Tout comme la nullité, celle-ci constitue une sanction instituée par le droit positif dont la rétroactivité vient renforcer l'efficacité. L'objectif poursuivi est cependant différent. Plutôt que de tendre au rétablissement de la légalité, la résolution vise uniquement à restaurer l'équilibre rompu par l'exécution asymétrique d'un contrat en soi valable. Dès lors que l'accord de volonté ne forme pas l'objet des critiques, on conçoit que l'effet rétroactif de la résolution puisse être moins étendu que celui de la nullité : il ne s'agit pas, en effet, d'effacer l'ensemble des conséquences du contrat, mais seulement le déséquilibre de son exécution.

L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution est similaire à celui de la nullité en ce qui concerne le maintien du droit aux fruits⁵²⁹³, l'application de la théorie des risques⁵²⁹⁴, les conséquences sur les actes de disposition et d'administration accomplis dans l'intervalle⁵²⁹⁵ ou encore la survie d'une partie de l'acte résolu⁵²⁹⁶. Il en va autrement dans le domaine des contrats successifs, où la jurisprudence limite les effets de la résolution à l'avenir⁵²⁹⁷. La différence se fait également sentir en ce qui concerne les dommages et intérêts complémentaires aux restitutions : en cas de nullité, ceux-ci visent en principe à replacer les parties dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu (réparation de l'intérêt négatif)⁵²⁹⁸; en cas de résolution pour inexécution par contre, cette indemnité tend à faire comme si le contrat avait été correctement exécuté (réparation de l'intérêt positif)⁵²⁹⁹, ce qui aboutit à nuancer fortement l'application des règles relatives à l'étendue des restitutions.

593. Réalisation de la condition résolutoire et défaillance de la condition suspensive. Envisagée dans le domaine de la condition, la rétroactivité des « droits effacés » produit des effets encore moins étendus que dans le cadre de la nullité et de la résolution pour inexécution.

Ainsi, la réalisation de la condition résolutoire constitue, à bien des égards, le miroir de la réalisation de la condition suspensive : si la loi lui reconnaît un effet rétroactif, c'est essentiellement en vue de protéger le débiteur conditionnel (tel le vendeur à réméré) contre les actes de disposition que son cocontractant pourraient accomplir à son préjudice *pendente condicione*. L'effet rétroactif de la condition résolution se déploie donc essentiellement dans les rapports avec les tiers⁵³⁰⁰.

Enfin, la défaillance de la condition suspensive se trouve en principe dépourvue de tout effet rétroactif. On le comprend aisément si l'on se souvient que la condition suspensive a pour effet de suspendre l'exigibilité de l'obligation jusqu'à la survenance de l'événement dont elle dépend. Lorsque la condition vient à défaillir, cette perspective se trouve définitivement écartée. Comme auparavant, l'obligation continue donc à ne produire aucun effet, sans qu'il appa-

⁵²⁹² Voy. *supra*, n°374 et s.

⁵²⁹³ Voy. *supra*, n°425.

⁵²⁹⁴ Voy. *supra*, n°447.

⁵²⁹⁵ Voy. *supra*, n°463 et s.

⁵²⁹⁶ Voy. *supra*, n°478 et s.

⁵²⁹⁷ Voy. *supra*, n°428 et s.

⁵²⁹⁸ Voy. *supra*, n°344.

⁵²⁹⁹ Voy. *supra*, n°393 et s.

⁵³⁰⁰ Voy. *supra*, n°498 et s.

raison nécessaire de voir dans cette situation l'expression d'une forme de rétroactivité : celle-ci constitue tout au plus, dans ce contexte, une image didactique⁵³⁰¹.

594. Caractère fonctionnel de la rétroactivité. Des développements qui précèdent, il ressort que, tout comme dans le domaine des « droits inachevés », la rétroactivité des « droits effacés » obéit à une logique fonctionnelle⁵³⁰². En effet, le point commun entre les différentes institutions examinées ne doit pas être recherché dans une définition abstraite et invariante de l'effet rétroactif. Au contraire, celui-ci présente des variations extrêmement importantes en fonction du but et du contexte dans lequel il est utilisé : effets d'une amplitude maximale lorsqu'il vise, dans l'intérêt général, à réparer l'atteinte portée à la loi blessée; effets d'une ampleur déjà moindre quand il ne s'agit plus, dans l'intérêt privé du créancier lésé, que de rétablir l'équilibre synallagmatique rompu par l'inexécution du débiteur; effets limités aux rapports avec les tiers lorsqu'il est question de protéger le débiteur sous condition résolutoire contre une catégorie bien précise d'actes, accomplis au préjudice de ses droits par le créancier conditionnel; enfin, absence de tout effet juridique autonome et simple image didactique dans le cadre de la défaillance de la condition suspensive.

Entre les extrêmes de cette palette, quelle unité la notion de rétroactivité conserve-t-elle encore, si ce n'est l'aptitude à s'adapter en chaque circonstance à la fonction qui est la sienne ?

595. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité. Tout comme dans le domaine des « droits inachevés », nous avons également confronté au principe constitutionnel d'égalité la question de l'étendue de l'effet rétroactif dans les rapports avec les tiers⁵³⁰³. Cet examen a donné lieu à des résultats contrastés.

Dans le domaine de la nullité, nous avons abouti à la conclusion que l'opposabilité de l'effet rétroactif n'apparaît pas en soi critiquable⁵³⁰⁴. Certes, celui-ci peut, spécialement en matière immobilière, s'avérer imprévisible pour les tiers, le système belge de la publicité foncière n'ayant pas pour effet de purger les actes transcrits de leurs vices. Mais l'atteinte ainsi portée aux attentes légitimes des tiers au nom de l'intérêt général nous a paru conforme à l'équilibre généralement trouvé dans l'ordre juridique belge entre les exigences du principe de légalité et celles de la sécurité juridique.

Le même constat, en revanche, ne peut être dressé en ce qui concerne la résolution pour inexécution⁵³⁰⁵. Dans ce cas, en effet, la lecture des travaux préparatoires tant du Code civil que de la loi hypothécaire a montré que le législateur était soucieux de faire en sorte que l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution ne s'avère pas imprévisible pour les tiers. Les moyens mis en œuvre par le législateur ne sont cependant pas à la hauteur des objectifs annoncés. Dans cette mesure, il nous a paru possible d'identifier une atteinte au principe constitutionnel d'égalité qui ne peut être réparée qu'en écartant l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution dans les rapports avec les tiers de bonne foi, toutes les fois que ceux-ci ne disposent pas d'une voie alternative raisonnable pour protéger leurs droits.

⁵³⁰¹ Voy. *supra*, n°529.

⁵³⁰² Voy. *supra*, n°535.

⁵³⁰³ Voy. *supra*, n°542 et s.

⁵³⁰⁴ Voy. *supra*, n°545 et s.

⁵³⁰⁵ Voy. *supra*, n°550 et s.

Enfin, l'analyse de l'effet rétroactif de la condition résolutoire nous a conduit à formuler une conclusion en demi-teinte⁵³⁰⁶. A l'égard des tiers s'étant vu conférer un droit réel sur la chose acquise sous condition résolutoire, l'effet rétroactif de celle-ci ne nous a pas paru critiquable, dès lors que ces tiers ont pu être avertis de la précarité de leurs droits par le registre de la conservation des hypothèques. A l'égard, en revanche, des créanciers de l'acquéreur sous condition résolutoire, la situation apparaît plus délicate dès lors que l'effet rétroactif aboutit à conférer au vendeur sous condition résolutoire un traitement préférable dans le concours des droits. Tout comme pour la condition suspensive, l'effet rétroactif de la condition résolutoire utilisé à des fins de sûretés ne nous paraît admissible que pour autant que la condition ait été révélée aux tiers par le biais d'une mesure de publicité adéquate.

III. Droits remodelés

596. Consécration de la rétroactivité conventionnelle. Dans une troisième et dernière partie, nous nous sommes intéressés au phénomène de la rétroactivité conventionnelle, à savoir la possibilité pour les parties à un contrat de conférer spontanément à leur accord un effet rétroactif.

Nous avons analysé plusieurs institutions où les parties se voient déjà reconnaître le pouvoir de modaliser l'effet rétroactif prévu par la loi (en particulier dans le domaine de la condition)⁵³⁰⁷ et d'autres où la volonté des parties constitue le déclencheur d'effets rétroactifs (nullité et résolution amiables, *mutuus dissensus* et antidate)⁵³⁰⁸. Nous sommes arrivés à la conclusion que le droit positif reconnaît effectivement la possibilité de la rétroactivité conventionnelle. Celle-ci se fonde sur le principe de l'autonomie de la volonté et, dans ses rapports avec les tiers, sur une application bien comprise du principe de l'opposabilité des effets externes des conventions⁵³⁰⁹. La liberté reconnue aux parties n'est toutefois pas illimitée; nous nous sommes dès lors attachés à identifier les contraintes dans lesquelles la rétroactivité conventionnelle se trouve enserrée⁵³¹⁰.

A leur manière, les « droits remodelés » ont aussi confirmé le caractère fonctionnel de la rétroactivité⁵³¹¹. Sa signification se trouve également définie par sa fonction plutôt que par une définition abstraite donnée *a priori*. Cependant, à la différence des « droits inachevés » ou des « droits effacés », cette fonction est cette fois entièrement fixée par la volonté des parties, qui constitue le fondement même de la rétroactivité conventionnelle.

Enfin, l'influence du principe constitutionnel d'égalité dans ce domaine nous a paru plus modeste bien qu'elle ne soit pas inenvisageable⁵³¹².

⁵³⁰⁶ Voy. *supra*, n°557.

⁵³⁰⁷ Voy. *supra*, n°561 et s.

⁵³⁰⁸ Voy. *supra*, n°564 et s.

⁵³⁰⁹ Voy. *supra*, n°571 et s.

⁵³¹⁰ Voy. *supra*, n°574 et s.

⁵³¹¹ Voy. *supra*, n°580.

⁵³¹² Voy. *supra*, n°581.

§ 2. Réflexions sur la figure de la rétroactivité

597. Inconvénients de la rétroactivité conceptuelle. Au cours de notre étude, nous nous sommes efforcé de démontrer qu'une approche fonctionnelle de la notion de rétroactivité constitue la meilleure interprétation possible du droit positif, à la fois la plus cohérente et la plus équitable⁵³¹³. Force est cependant de reconnaître qu'une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence continue à s'en tenir à une perspective plus conceptuelle, en recherchant la portée de la rétroactivité dans un examen de sa « nature » ou de son « essence », définies en des termes abstraits. Aussi ne paraît-il pas inutile d'indiquer, dans une perspective transversale, les principaux inconvénients d'une telle démarche que notre recherche a permis d'identifier. Ceux-ci sont au nombre de trois.

I. Le premier inconvénient de la rétroactivité définie en termes conceptuels est qu'elle se révèle souvent *ambiguë*, en ce sens qu'elle s'avère généralement insuffisante pour déterminer les conséquences juridiques précises d'un acte ou d'un fait juridique⁵³¹⁴. Loin de permettre de résoudre le problème, la rétroactivité conceptuelle contribue donc à l'obscurcir.

Nous en avons vu une première illustration en abordant la question de savoir si l'acheteur de mauvaise foi est tenu, en cas d'annulation du contrat de vente, d'une *indemnité représentant la jouissance de la chose* dont il a bénéficié⁵³¹⁵. La Cour de cassation de France a en effet donné une réponse négative à cette question « *en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente* ». La doctrine française a cependant souligné toute la faiblesse de cette justification, en montrant que la seule référence à l'effet rétroactif de l'annulation ne suffit pas, en soi, à trancher le problème. En effet, si la rétroactivité impose de défaire ce qui a été fait, on peut certes considérer, d'une part, que le vendeur ne s'est jamais engagé à fournir à l'acheteur la jouissance de la chose (mais seulement sa propriété), de sorte que, réciproquement, celui-ci ne pourrait être tenu de la restituer. Il s'agirait donc uniquement d'effacer les conséquences juridiques que l'acte a produites. Mais, d'autre part, défaire ce qui a été fait peut également se comprendre dans le sens de replacer les parties dans la même situation de fait que si le contrat nul n'avait jamais été conclu. Dans cette seconde perspective, il faudrait dès lors indemniser le vendeur pour la jouissance de la chose, puisqu'il en aurait bénéficié s'il ne l'avait pas vendue. On voit qu'une définition abstraite de la rétroactivité est impuissante à dicter un choix entre ces deux solutions *a priori* également soutenables.

La même ambiguïté est perceptible dans le traitement de la *théorie des risques* en cas d'annulation du contrat⁵³¹⁶. Deux systèmes opposés ont en effet pu être défendus au nom de l'effet rétroactif de la nullité : versement au créancier de la restitution d'une indemnité compensatoire de la valeur de la chose perdue *casu*; ou, au contraire, libération du débiteur de la restitution avec maintien intégral de l'obligation du créancier de restituer le prix de la chose. Au demeurant, si l'on cherchait vraiment à faire comme si le contrat nul n'avait jamais été conclu, une troisième solution serait encore possible. En fait, la reconstitution du passé n'impliquerait-elle pas d'envisager la possibilité que le vendeur ait eu le temps de vendre la chose dans l'intervalle à un autre acheteur, ce qui lui aurait permis de faire peser les risques sur un tiers ? En outre, dans l'attente de la revente de la chose, n'aurait-il pas souscrit une assurance pour couvrir le risque de sa perte accidentelle ? Comme on le voit, une définition abstraite de l'effet rétroactif – faire comme si le contrat nul n'avait pas été conclu – ne suffit pas à choisir entre ces différentes options.

⁵³¹³ Sur le choix de la meilleure interprétation, voy. *supra*, n°16 et s.

⁵³¹⁴ Voy. ainsi, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *Questions spéciales en droit des contrats*, n°39, p. 105 (pour qui la rétroactivité « *est à double sens et permet, en forçant le trait sans doute, de dire tout et son contraire* »); à propos de l'idée de remise en état, T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n°891 et s., p. 644 et s.; à propos de la charge de la vétusté et de l'obsolescence de la chose à restituer, M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, o.c.*, p. 251.

⁵³¹⁵ Voy. *supra*, n°259.

⁵³¹⁶ Voy. *supra*, n°266 et s.

Cette observation ne doit pas surprendre. Depuis longtemps, en effet, l'argument fondé sur la « nature » ou sur « l'essence » d'un concept juridique (en l'occurrence, la rétroactivité) a été dénoncé comme étant un « crypto-argument », c'est-à-dire un argument utilisé pour en dissimuler d'autres, qui permettent seuls de comprendre la solution retenue⁵³¹⁷. L'approche fonctionnelle vise au contraire à replacer ces intérêts sous-jacents au coeur du débat afin de permettre la discussion argumentée la plus transparente et la plus convaincante possible⁵³¹⁸.

II. Ensuite, le principal problème de la rétroactivité conceptuelle est qu'elle entraîne souvent des conséquences *excessives*, jugées indésirables.

On se souvient, à cet égard, que même les auteurs qui voient dans l'effet rétroactif de la condition suspensive une réalité juridique monolithique n'ont pas osé aller jusqu'au bout de leur logique, considérant par exemple que le débiteur conditionnel serait tenu de verser au créancier une indemnité pour la jouissance de la chose dont il a bénéficié *pendente condicione*⁵³¹⁹.

De manière plus générale, les très nombreuses exceptions élaborées par la doctrine et la jurisprudence au régime de la rétroactivité (sort des fruits, des contrats successifs, des actes d'administration, théorie des risques, nullité partielle, etc.) ont été rendues nécessaires pour contrecarrer les conséquences parfois extrêmes qu'une approche abstraite de celle-ci menaçait d'engendrer. Or, nous avons vu qu'une conception fonctionnelle de l'effet rétroactif – qui s'interroge sur les motifs pour lesquels celui-ci a été institué – s'interdit de lui prêter des conséquences allant au-delà de son but. Elle permet souvent de réintégrer ces « exceptions » dans une interprétation bien comprise de la rétroactivité.

A nouveau, cette dérive de l'approche conceptuelle n'a rien de neuf. On sait en effet depuis longtemps – même si on l'oublie tout aussi facilement – que les concepts ont la fâcheuse tendance à développer une dynamique propre et, ainsi, à générer des effets allant bien au-delà des motifs pour lesquels on les a introduits⁵³²⁰.

III. Enfin, dans les cas les plus extrêmes, une approche rigide de la rétroactivité entraîne parfois des conséquences *paradoxales*, c'est-à-dire logiquement contradictoires.

Ainsi, on a déjà cité cette décision qui, dans le cas d'un bail à ferme où le preneur avait cédé son droit de préemption en convenant avec le cessionnaire de mettre fin au bail sous la condition suspensive de l'acquisition de ce bien par le cessionnaire, considère qu'à la suite de l'exercice du droit de préemption, le bail a pris rétroactivement fin, en sorte qu'il n'existait aucun droit de préemption à céder !⁵³²¹

De même, nous avons critiqué cet arrêt de la Cour de cassation de France ayant décidé que l'action en résolution pour inexécution introduite par une partie avait pour effet de faire disparaître le contrat, en ce compris la clause résolutoire expresse sur laquelle s'était fondée l'autre partie pour résoudre antérieurement le même contrat⁵³²². En prenant ainsi la rétroactivité au pied de la lettre et en refusant d'admettre que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse justifier certaines limites au principe, comme la survie de clauses séparables dans l'intention des parties (telle la clause résolutoire expresse), la Haute juridiction s'enferme dans un cercle vicieux. Poussée jusqu'à son comble, cette approche devrait en effet conduire à priver les clauses résolutoires expresses de toute efficacité : car, une fois le contrat résolu sur cette base, se trouverait rétroactivement anéantie la clause même qui a permis cette résolution⁵³²³.

⁵³¹⁷ Voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 7, V, p. 73; voy. également T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n°891, p. 645.

⁵³¹⁸ Sur cette approche argumentative, voy. *supra*, n°20 et s.

⁵³¹⁹ Voy. *supra*, n°178.

⁵³²⁰ Voy. à ce propos K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 71, IV, p. 71 et s.

⁵³²¹ Voy. *supra*, n°178.

⁵³²² Voy. *supra*, n°355.

⁵³²³ Voy. *supra*, n°52. De la même manière, une application aveugle de l'effet rétroactif conduirait à rendre impossible la résolution judiciaire, puisqu'il aboutirait à effacer l'inexécution contractuelle qui l'a justifiée (T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution, o.c.*, n°706, p. 506).

Une approche fonctionnelle, au contraire, ne s'expose à aucune de ces critiques. Ne devant pas s'en tenir à une définition abstraite de la rétroactivité, elle peut rechercher, sur la base des objectifs poursuivis par le recours à cette technique et des intérêts en présence, la manière de lever les ambiguïtés relevées. Elle peut aussi tempérer les conséquences de l'effet rétroactif jugées excessives par le procédé de la réduction téléologique⁵³²⁴. Enfin, elle refuse de s'engager dans des raisonnements paradoxaux où la logique juridique perd tout contact avec la vie pratique.

598. Rétroactivité et causalité. En dépit des inconvénients relevés, il est à craindre que doctrine et jurisprudence se laissent encore longtemps séduire par une approche conceptuelle de la rétroactivité, en prêtant à celle-ci des effets allant au-delà du but pour lequel elle a été instituée. Nous avons à cet égard observé à plusieurs reprises l'attraction que l'idée de rétroactivité pouvait exercer sur les esprits⁵³²⁵. Tout se passe comme si, en effet, dès qu'on admet que tel événement est réputé s'être produit dans le passé, on se sentait soudain contraint d'en tirer toutes les conséquences, même les plus absurdes ou les plus indésirables, celles-ci étant perçues comme inéluctables.

C'est à cette idée d'inéluctabilité que nous voudrions nous attaquer.

A cet égard, il faut prendre conscience qu'en soi, la modification du passé, n'est pas, véritablement, problématique. Ce qui suscite en réalité des difficultés, c'est la circonstance que l'acte ou le fait rétroactif constitue en même temps la *cause* d'autres actes ou de faits déjà accomplis, qui se trouveraient de la sorte affectés par répercussion⁵³²⁶.

Prenons par exemple le cas de l'annulation d'un contrat déjà exécuté. Dire que le contrat est réputé n'avoir jamais été conclu n'implique, en soi, aucune perturbation majeure de l'ordre juridique : que le contrat ait été annulé hier ou aujourd'hui, la situation revient au même pour les parties, l'essentiel étant qu'elle ne puissent plus désormais s'en prévaloir⁵³²⁷. En réalité, la rétroactivité n'acquiert tout son sens – et tout son potentiel perturbateur – que lorsqu'on envisage les actes et les faits accomplis au cours de la période intermédiaire, qui trouvaient leur cause dans le contrat annulé : il faudra en effet s'interroger sur le sort des fruits perçus, la restitution des prestations successives, la cession à un tiers des droits réels transférés par ce contrat, etc.

Ainsi, on voit que le caractère inéluctable attribué – à tort – à la rétroactivité trouve son origine, non seulement dans la conception que l'on se fait de celle-ci, mais encore dans une certaine vision du fonctionnement de la causalité dans le domaine du droit. On semble en effet partir du principe que, privé depuis l'origine de sa cause, un acte ou un fait n'a pas pu se produire et qu'inversement, l'introduction dans la chaîne des événements d'une cause nouvelle aurait nécessairement entraîné des conséquences différentes. Or, cette conception rigide et mécanique de la causalité s'expose aux mêmes critiques que l'approche conceptuelle de la rétroactivité.

A cet égard, il est aisé de montrer que, dans le domaine juridique, la causalité se prête à des appréciations beaucoup plus nuancées qu'on pourrait intuitivement le penser⁵³²⁸.

⁵³²⁴ Sur cette méthode d'interprétation, voy. *supra*, n°42.

⁵³²⁵ Voy. par exemple, à propos de la condition suspensive, *supra*, n°181.

⁵³²⁶ Sur ce lien entre rétroactivité et causalité, voy. également S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n°10, p. 26.

⁵³²⁷ Comp. avec l'analyse de la rétroactivité en terme d'effets immédiats, *supra*, n°55.

⁵³²⁸ Dans les domaines scientifique et philosophique également, la conception déterministe du monde est actuellement battue en brèche : voy. not. C. HITCHCOCK, « Probabilistic Causation », *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 edition), <http://plato.stanford.edu/>, et les réf. citées.

Certes, dans le domaine du *droit de la responsabilité*, on connaît l'attachement de notre Cour de cassation à la théorie de l'équivalence des conditions⁵³²⁹, qui apparaît comme l'illustration par excellence du caractère mécanique de la causalité. En effet, pour décider si la faute a ou non causé le dommage, il suffit de faire abstraction de cette faute et de vérifier si le dommage se serait néanmoins produit de la même manière. Nous avons vu, cependant, que cette façon de raisonner aboutissait à des résultats insatisfaisants dans l'hypothèse d'une responsabilité cumulative, c'est-à-dire dans le cas où deux fautes constituent chacune une cause suffisante, mais non nécessaire, du dommage⁵³³⁰. Plus fondamentalement, il faut être conscient que la position adoptée en droit belge apparaît tout à fait isolée en droit comparé, où on admet généralement qu'en l'absence de tout correctif, la théorie de l'équivalence des conditions, appliquée à la lettre, aboutirait à étendre indument le champ de la responsabilité⁵³³¹. C'est ainsi, par exemple, qu'**en droit allemand**, on adopte un raisonnement en deux temps consistant, dans une première étape, à vérifier sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions quelles sont les causes « objectives » du dommage, pour vérifier ensuite, parmi l'ensemble de ces facteurs, lesquels peuvent juridiquement être retenus comme sa cause⁵³³². A ce stade du raisonnement, les juristes allemands optent généralement pour l'une des variantes de la théorie de la causalité adéquate⁵³³³.

La même prise de distance par rapport au caractère automatique de la causalité existe dans la théorie de l'*enrichissement sans cause*. En effet, « *Un transfert de patrimoine est sans cause lorsqu'il n'existe aucun motif juridique justifiant l'appauvrissement d'une partie et l'enrichissement de l'autre* »⁵³³⁴. Il existe donc un filtre entre l'appréciation de la causalité « objective » et l'identification d'un événement comme étant la cause juridique de l'enrichissement. Ainsi, par exemple, le seul fait de constater qu'une société a d'initiative mis temporairement des fonds à disposition d'une autre personne par « *obligance* », laquelle constitue « *effectivement une cause* », n'exclut pas pour autant l'introduction par cette société de l'action *de in rem verso*, dès lors qu'elle « *n'avait pas l'intention d'opérer un glissement de patrimoine* »⁵³³⁵. Si la mise à disposition des fonds constituait donc bien la cause « matérielle » de l'appauvrissement, elle n'en constituait donc pas pour autant la cause juridique. De la même manière, « *à défaut de stipulations entre parties, le locataire peut, en vertu du principe général du droit suivant lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, être indemnisé pour les améliorations apportées à l'immeuble, à condition que le bailleur ne se soit pas trouvé dans l'impossibilité d'exiger leur enlèvement* », alors pourtant que ces améliorations trouvent leur cause matérielle dans la volonté du locataire d'effectuer de tels travaux⁵³³⁶.

La même approche nuancée de la cause se retrouve encore au stade de la *formation du contrat*. On sait, à cet égard, que tout acte juridique doit en principe être doté d'une cause (article 1131 du Code civil), entendue dans le sens de mobiles déterminants⁵³³⁷. Néanmoins, la loi et la Cour de cassation admettent que, dans certaines limites, un acte puisse être abstrait de sa cause, en ce sens qu'il demeure valablement accompli même si sa cause s'avère inexistante et que, plus généralement, les parties à cet acte se trouvent

⁵³²⁹ Voy. *supra*, n°344.

⁵³³⁰ Voy. *supra*, n°412.

⁵³³¹ Voy. A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et London, Martinus Nijhoff Publishers, 1969, n°7-63, p. 35.

⁵³³² Voy. B.S. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4^e éd., Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 103.

⁵³³³ *Ibid.*, p. 106 et s.

⁵³³⁴ Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n°291, point 4 (nous soulignons).

⁵³³⁵ Voy. Cass., 19 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n°43, *A.C.*, 2009, n°43, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. MORTIER.

⁵³³⁶ Voy. Cass., 18 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 740.

⁵³³⁷ Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n°181. Pour reprendre la typologie d'ARISTOTE (*Métaphysique*, I, V, 1013a), alors qu'en droit de la responsabilité et de l'enrichissement sans cause, la cause était entendue dans le sens de cause efficiente, le terme est donc utilisé ici dans le sens de cause finale.

privées de la possibilité d'invoquer les exceptions déduites de la cause de l'acte⁵³³⁸. Ici encore, l'application mécanique du concept de cause se trouve contrecarrée.

Enfin, mention doit être faite du rôle de la cause dans le système du *transfert de propriété*. On sait, en effet, que le système belge peut être qualifié de causaliste, en ce sens qu'un transfert de propriété doit trouver sa cause dans un titre et qu'en cas de disparition de ce titre, le transfert est également remis en question⁵³³⁹. Au contraire, le système allemand est qualifié d'abstrait, dans la mesure où la disparition du titre demeure en règle sans incidence sur les transferts de propriété dont il a été la cause. Nous avons vu, cependant, que les choses étaient plus nuancées et que le système de l'abstraction comportait de nombreuses exceptions⁵³⁴⁰. Quoi qu'il en soit, le système de l'abstraction démontre qu'en droit, la disparition même rétroactive d'une cause n'entraîne pas nécessairement la disparition des effets juridiques qui en étaient la suite.

Nous espérons avoir montré par ces brefs développements que la notion de cause se prête, en droit, à des applications aussi nuancées que celle de rétroactivité. Si, dès lors, l'on répugne par exemple à admettre que la condition suspensive rétroagisse dans les rapports avec les tiers mais ne produise ses effets que pour l'avenir dans les rapports entre parties (notamment en ce qui concerne les fruits), on admettra peut-être plus facilement que, dût-elle même rétroagir de manière générale, les rapports entre les parties à une obligation conditionnelle peuvent être considérés comme abstraits de leur cause, en ce sens que le report des effets du contrat à la date de sa conclusion demeure sans incidence sur les rapports établis dans l'intervalle entre parties (telle la perception des fruits). Le même type de raisonnement pourrait être tenu à l'égard de l'ensemble des institutions qui ont fait l'objet de cette étude.

En définitive, approche fonctionnelle de la rétroactivité ou conception souple de la cause, cela importe peu : l'essentiel est que les abstractions, ce mal nécessaire de la pensée juridique⁵³⁴¹, ne prennent jamais le pas sur les situations concrètes que le droit a pour mission de régler.

599. Utilité résiduelle de la rétroactivité conceptuelle. Si nous tâchons maintenant de nous conformer au conseil d'Hermann HESSE donné en tête des présentes conclusions, il est sans doute un malentendu, inhérent à l'approche fonctionnelle de la rétroactivité, que nous avons entretenu tout au long de cette étude et qu'il importe, maintenant, de dissiper.

Au fond, si l'on accepte de prendre au sérieux l'idée selon laquelle les différentes fonctions de la rétroactivité en définissent la portée, il est permis de se demander s'il subsiste encore suffisamment de points communs entre les différentes manifestations de la rétroactivité pour permettre de préserver son unité conceptuelle. A la limite, *la* rétroactivité dont traite cette étude n'existe pas et n'a même jamais existé : si l'on va au fond des choses, on ne pourrait parler que *des* rétroactivités (celle de la nullité, de la condition suspensive, de la ratification...), toutes différentes les unes des autres parce que poursuivant des objectifs distincts⁵³⁴². Certes, des rapprochements entre ces situations demeurent possibles, tant par le biais

⁵³³⁸ Voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations, o.c.*, n°205 et s., p. 342 et s.

⁵³³⁹ Voy. *supra*, n°176.

⁵³⁴⁰ Voy. *supra*, n°237.

⁵³⁴¹ Voy. sur ce point F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, *o.c.*, n°45, p. 132.

⁵³⁴² Voy. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. II, *o.c.*, n°424, p. 589 (« *il est impossible d'enfermer la notion [de la rétroactivité] dans un moule unique, car ses applications sont multiples et répondent à des buts divers* »). De la même manière, si l'on admet que l'ordre public est une notion fonctionnelle (voy. *supra*, n°5), il n'est pas surprenant que la doctrine française distingue l'ordre public de direction et l'ordre public de protection (voy. not. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, o.c.*,

de l'interprétation que par application du principe constitutionnel d'égalité; mais certaines différences demeureront toujours indépassables⁵³⁴³.

Faut-il, pour autant, renoncer à parler de la rétroactivité au singulier ? Nous ne le pensons pas.

Il s'agit en effet essentiellement d'une question de perspective. Ainsi, il importe peu de dire que la nullité et la résolutions sont chacune dotées d'un effet rétroactif spécifique, ou de considérer simplement qu'elles sont toutes deux assorties d'un effet rétroactif. Le propre de la rétroactivité, qu'elle soit une ou multiple, est en effet de s'adapter au but en vue duquel elle est utilisée.

Pour le reste, même si nous avons refusé au concept abstrait de la rétroactivité toute valeur opératoire lorsqu'il s'agit de déterminer les effets juridiques concrets d'une institution, ce concept n'en demeure pas moins utile à des fins plus larges, qu'elles soient didactiques ou analytiques. Il demeure en effet pertinent de rapprocher différentes institutions dotées d'effets similaires ou, à tout le moins, s'inspirant de la même idée, afin de les confronter et, le cas échéant, de les critiquer⁵³⁴⁴. En d'autres termes, la définition abstraite de la rétroactivité que nous avons proposée⁵³⁴⁵ nous paraît conserver toute sa pertinence, à condition toutefois de renoncer à y trouver la réponse immédiate aux questions que l'effet rétroactif peut susciter.

600. Orientations pour un recours mesuré à la technique de la rétroactivité. En adoptant une approche fonctionnelle, nous avons renoncé à construire une théorie générale de la rétroactivité, qui serait valable en toutes circonstances pour toutes les institutions. Ce n'est pas à dire, cependant, qu'aucune proposition à valeur générale ne puisse être avancée quant aux utilisations possibles de ce procédé en droit positif. Pour conclure, nous souhaiterions dès lors formuler un certain nombre de recommandations visant à traduire, de la manière la plus concrète possible, les implications d'une approche fonctionnelle de la rétroactivité en droit des contrats.

I. La première recommandation vise à éviter de retomber dans *les pièges de la rétroactivité conceptuelle* dénoncés précédemment⁵³⁴⁶. Par conséquent, avant de fonder une solution juridique sur l'effet rétroactif d'une institution, il convient de garder à l'esprit que la nature de la rétroactivité, envisagée en termes abstraits, constitue souvent un mauvais guide pour la solution d'un litige; que les effets conférés à la rétroactivité ne doivent jamais dépasser le but pour lequel elle a été instituée; et, qu'enfin, les conséquences paradoxales d'un recours à la rétroactivité sont la marque d'un usage inconsidéré de celle-ci⁵³⁴⁷.

n°383 et s., p. 386 et s.).

⁵³⁴³ Voy. déjà *supra*, n°71.

⁵³⁴⁴ Voy. *supra*, n°539, I; dans le même sens K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre, o.c.*, § 7, p. 71 : « *Begriffliche Konstruktionen müssen ergebnisneutral bleiben. Sie sind deshalb nicht überflüssig. Sie sind nur hilfreich, um die Probleme zu formulieren, sondern vor allem auch, um gleichartige Problemlagen zu entdecken und sie gleichmäßigen Lösungen zuzuführen* ».

⁵³⁴⁵ Voy. *supra*, n°58.

⁵³⁴⁶ Voy. *supra*, n°597.

⁵³⁴⁷ Voy. dans le même sens S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats, o.c.*, n°133, p. 149 : « *En aucun cas, cette technique juridique ne doit d'abord déborder les fins pratiques auxquelles elle est assignée. Elle conduirait sûrement à des solutions inéquitables ou contraires à la raison. Rétroagir n'a donc de sens que si cela contribue à renforcer les principes généraux gouvernant le contrat* ».

II. L'une des manières d'éviter de donner à la rétroactivité des effets excessifs consiste à garder à l'esprit que *l'acte rétroactif ne peut se voir reconnaître d'effets plus étendus que s'il s'était véritablement produit à la date à laquelle il rétroagit*⁵³⁴⁸.

C'est ainsi que, compte tenu des règles de la *publicité foncière*, un acte, même rétroactif, ne pourra produire d'effets avant la date à laquelle il a été transcrit⁵³⁴⁹.

De même, une dette de restitution qui aurait eu la qualité de *dette dans la masse* si elle était née avant la faillite ne peut échapper à la loi du concours sous prétexte que, née après la faillite, elle rétroagit avant celle-ci⁵³⁵⁰.

Ce principe nous offre également la clef du problème du maintien des *actes d'administration* consentis par l'acquéreur en cas de d'annulation ou de résolution pour inexécution de son titre. Dans ces cas, il est inutile, en effet, de s'interroger sur le point de savoir si le but de la rétroactivité commande ou non d'aller jusqu'à l'effacement de ces actes. Il suffit, au contraire, de constater qu'indépendamment de la question de savoir si la propriété de la chose est repassée rétroactivement sur la tête du vendeur, celui-ci demeure en toute hypothèse un tiers à l'acte d'administration. Il ne peut, dès lors, se voir opposer les effets internes de celui-ci⁵³⁵¹.

III. A l'inverse, une troisième recommandation vise à éviter de restreindre indûment l'effet rétroactif en *confondant réalité matérielle et réalité juridique*⁵³⁵². Trop souvent, en effet, doctrine et jurisprudence refusent de donner effet à la rétroactivité pour le motif abstrait qu'elle porterait atteinte à l'intangibilité du passé, perdant de vue que le droit, en tant que construction intellectuelle, n'est pas soumis aux mêmes limitations que le monde qu'il a pour objectif de transformer⁵³⁵³.

C'est ainsi, par exemple, que *l'impossibilité de restituer en nature* les prestations effectuées dans le cadre d'un contrat successif annulé ne constitue pas un argument pertinent pour les soustraire à l'empire de l'effet rétroactif, cette restitution pouvant parfaitement intervenir par équivalent⁵³⁵⁴. Certes, cela ne signifie pas que les contrats successifs doivent dans tous les cas être effacés rétroactivement, comme en témoigne la position plus mesurée adoptée dans le cadre de la résolution pour inexécution⁵³⁵⁵. Il s'agit uniquement de souligner que la solution résulte alors d'un arbitrage effectué en faveur d'autres principes (le souci du respect de la sécurité juridique, la divisibilité des prestations résultant de la volonté des parties, etc.) qui sont étrangers à un quelconque dogme de l'intangibilité juridique du passé, aussi critiquable dans sa rigidité que l'approche conceptuelle de la rétroactivité.

IV. Bien qu'il soit difficile d'embrasser d'un regard toutes les hypothèses possibles, nos incursions dans la province du principe constitutionnel d'égalité nous permettent également d'avancer l'idée que pour être admissible *dans les rapports avec les tiers*, la rétroactivité doit soit être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général (comme le souci du rétablissement de la légalité dans le cas de la nullité), soit, à tout le moins, avoir été raisonnablement prévisible pour les tiers concernés (comme dans le cas d'une condition suspensive ou résolutoire

⁵³⁴⁸ Comp. J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. II, o.c., n°475, p. 658 et s., pour qui la rétroactivité ne peut avoir pour effet de rendre valable une situation juridique irrégulièrement constituée.

⁵³⁴⁹ Voy., à propos de la ratification, *supra*, n°154; à propos de la condition suspensive, *supra*, n°202; à propos de la résolution pour inexécution, *supra*, n°467; à propos de la rétroactivité conventionnelle, *supra*, n°576.

⁵³⁵⁰ Voy. *supra*, n°465.

⁵³⁵¹ Voy., pour plus de détails, et notamment sur le fait que l'art. 1743 du Code civil nous paraît inapplicable en cas de transfert involontaire de la propriété, *supra*, n°301 et s. (nullité) et 475 (résolution pour inexécution), et comp. *supra*, n°523 (condition résolutoire).

⁵³⁵² Voy. déjà *supra*, n°57, II.

⁵³⁵³ Voy. dans le même sens J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, v. 1, o.c., n°3, p. 4.

⁵³⁵⁴ Voy. *supra*, n°260.

⁵³⁵⁵ Voy. *supra*, n°434 et s.

révélée par les mentions transcrites au registre de la conservation des hypothèques, mais non par exemple d'une résolution pour inexécution d'un acte même transcrit)⁵³⁵⁶.

V. Enfin, la recommandation la plus difficile à mettre oeuvre consiste sans doute à *éviter de céder à l'inverse à une approche purement casuistique*, qui s'avérerait destructrice de toute sécurité juridique⁵³⁵⁷.

Au cours de notre recherche, nous avons ainsi repoussé à plusieurs reprises la tentation casuistique, notamment en ce qui concerne la nullité des actes pour vice de forme⁵³⁵⁸, l'annulation des contrats successifs⁵³⁵⁹, le refus des restitutions sur la base de la règle *In pari causa*⁵³⁶⁰ ou la détermination des effets de la résolution pour inexécution⁵³⁶¹.

A vouloir trop adapter la rétroactivité à son but et à toutes les circonstances particulières dans lesquelles elle est appelée à se déployer, on court le risque de vouloir finalement élaborer une solution *ad hoc* pour chaque situation⁵³⁶². Au contraire, il nous paraît que la meilleure interprétation possible de l'effet rétroactif doit conserver un degré de généralité suffisant pour assurer une certaine cohérence au sein de l'ordre juridique, fût-ce au prix d'une construction par étapes⁵³⁶³.

Aussi difficile soit-il à trouver, un moyen terme entre une approche purement conceptuelle et abstraite, d'une part, et un recours exclusif à la balance des intérêts en présence, d'autre part, s'avère à notre sens indispensable. Ce n'est qu'ainsi que la rétroactivité peut espérer remplir le rôle, essentiel mais mesuré, qui lui est reconnu en droit des contrats.

⁵³⁵⁶ Voy., pour plus de détails, les développements consacrés *supra*, n°545 et s.

⁵³⁵⁷ Voy. déjà, sur la tentation casuistique, *supra*, n°5, III.

⁵³⁵⁸ Voy. *supra*, n°88, III.

⁵³⁵⁹ Voy. *supra*, n°262.

⁵³⁶⁰ Et ce, compte tenu du principe de légalité des délits et des peines : voy. *supra*, n°283.

⁵³⁶¹ Voy. *supra*, n°376.

⁵³⁶² Cette émancipation par rapport aux règles formulées de manière abstraite, inhérente à toute approche fondée sur l'appréciation directe des intérêts en présence, ne va pas sans « *pose[r] problème au regard de l'organisation des pouvoirs et du fonctionnement du droit positif* » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois, o.c.*, n°247, p. 524).

⁵³⁶³ Sur cette idée, voy. *supra*, n°26.

Bibliographie

« *There are many horrible sights in the multiverse. Somehow, though, to a soul attuned to the subtle rhythms of a library, there are few worse sights than a hole where a book ought to be.* »

— T. PRATCHETT, *Guards ! Guards !*, London, Corgi, 1990, p. 108

La bibliographie qui suit reprend la référence complète des différents ouvrages et articles cités dans la présente étude, classés par matière sans distinguer selon le système juridique concerné. En règle, les références citées une seule fois sont omises.

§ 1. Ouvrages et articles généraux

I. Droit civil et commercial

- 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. MIJNSSEN 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, vol. III*, *Algemeen overeenkomstenrecht*, 13^e éd. par A.S. HARTKAMP et C.H. SIEBURGH, 2010, t. VII, *Bijzondere overeenkomsten*, vol. I*, *Koop en ruil*, 8^e éd. par J. HJMA, 2013, Deventer, Kluwer.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir. G. CORNU), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2007
- C. AUBRY et F.-C. 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
- M. BACACHE, « Indivisibilité », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009
- G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens* (avec M. CHAUVEAU), 3^e éd., 1905, *Des obligations* (avec L. BARDE), t. I^{er}, 3^e éd., 1906, t. III, 3^e éd., 1908, *De la vente et de l'échange* (avec L. SAIGNAT), 3^e éd., 1908, *Du contrat de louage* (avec A. WAHL), t. I^{er}, 3^e éd., 1906, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction* (avec L. BARDE), 1900, *De la prescription* (avec A. TISSIER), 3^e éd., 1905, Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais.
- J. BÉGUIN, « L'adage "Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit français" », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1970, p. 41 et s.
- A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2010
- A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011
- 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. DRIUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand traduit et annoté*, v. I et II, Paris, Imprimerie nationale, 1904
- H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923
- H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr., 26 janvier 1897, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2007
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, v. II, *Les biens. Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004

- C. CAUFFMAN, « De vertrouwensleer », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2005
- C. CAUFFMAN, « Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid et de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 2007, p. 799 et s.
- I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Groningen et Intersentia, 2003
- A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985
- 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 verbintenissen*, Antwerpen et Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000
- D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, v. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009
- J. DE CODT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 35 et s.
- H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I^{er}, 3^e éd., 1962, t. II, 3^e éd., 1964, t. II, v. I, 4^e éd. par J.-P. MASSON, 1990, t. III, 3^e éd., 1967, t. IV, 3^e éd., 1972, t. IV, v. I, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 1997, t. V, 2^e éd., 1975, t. IX, 2^e éd. avec R. DEKKERS, 1974, Bruxelles, Bruylant
- O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2009
- M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. VI, 2^e éd., Bruxelles, P.J. De Mat, 1827
- R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, 1921, t. VI, 1931, Paris, Rousseau
- C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 1877, t. XXIX, 1879, t. XXXI, 1882, Paris, Imprimerie générale
- W. DERIJCKE et F. T'KINT, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2006
- X. DIEUX, « Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources ! », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, p. 109 et s.
- X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 28 et s.
- B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, v. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009
- A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. X, XI, XIII et XVIII, 4^e éd., Paris, Thorel et Guilbert, 1844
- 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. XII et XIII, 1836, t. XIV, 1829, Paris, Vidécoq
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 12^e éd., 2006, 3. *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., 2011, Paris, Sirey.
- W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, v. II, *Das Rechtsgeschäft*, 3^e éd., Berlin, Heidelberg et New York, Springer-Verlag, 1979
- P.A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988 », *J.T.*, 1989, p. 541 et s.
- 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, « La cession de créance. Les principes généraux à la lumière de la loi du 6 juillet 1994 », *La cession de créance*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 1 et s.
- P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998
- P.A. FORIERS, « La caducité revisitée. A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 676 et s.
- P.A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », *La vente*, Bruxelles, la Charte, 2002, p. 19 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, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006
- P.A. FORIERS, « Exposé introductif : acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 5 et s.
- P.A. FORIERS, S. HIRSCH, V. MARQUETTE et R. JAFFERALI, *Les offres publiques d'acquisition. Le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2008
- 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.
- P.A. FORIERS, « Les contrats multipartites en droit belge », *Bull. Cl. Lettr. Sc. mor. pol.*, 2012, p. 149 et s.
- R. FRANSSIS, « De conversie van de fiduciaire eigendoms- overdracht van een schuldvordering in een pand bij samenloop », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1177 et s.
- E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1938
- N. GALLUS et S. PFEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2011, n°428 et s., p. 347 et s.
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, Paris, Sirey, 1937
- N. GEELHAND, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het erfrecht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1995
- E. GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », mis à jour par R. PONCELET, A. GENIN, M. RENARD-DECLAIRFAYT, G. DE LEVAL et F. WEDERFROY, *R.P.D.B.*, compl. t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 607 et s.
- F. GEORGES, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 497 et s.
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988
- J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001
- 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.
- M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, « La garantie hors la loi ? », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 866 et s.
- J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, « Accession », *Rép. not.*, t. II, l. I, Bruxelles, Larcier, 1994
- J. HANSENNE et C. RENARD, « Possession », mis à jour par S. BOUFFLETTE, *Rép. not.*, t. II, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2010
- P. HARMEL, « Théorie générale de la vente », *Rép. not.*, t. VII, l. 1^{er}, Bruxelles, Larcier, 1985
- H. HEINRICHS, « BGB §§ 1-311a », *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, Beck, 2006, p. 1 et s.
- J. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits "propter rem" du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous Cass., 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 512 et s.
- J. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL et W.L. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2007
- A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et London, Martinus Nijhoff Publishers, 1969

- M. HOUBBEN, « L'exigence d'action à 'bref délai' en matière de garantie des vices cachés: comparaison entre vente, bail et entreprise », *R.G.D.C.*, 2011, p. 283 et s.
- 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
- J. HUET, G. DECOCO, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN). *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2012
- P. JADOU et M. VLIES, « Le droit commun du bail », *Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 5 et s.
- R. JAFFERALI, « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 79 et s.
- R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009
- A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 2005
- 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
- H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009
- R. KRUIHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 51 et s.
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 14^e éd., München, C.H. Beck, 1987
- 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^{ère} Partie*, t. III, Paris, Economica, 1986
- F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 33 t., 5^e éd., Bruxelles, Bruylant et Paris, Chevalier-Marescq, 1893
- P. LECOQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2012
- LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XI, 1827, t. XII, 1828, Paris, Treuttel et Würtz
- P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 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
- R. MARTIN, « Contrats et obligations. Extinction des obligations. Perte de la chose due », *Jcl. Civil Code*, art. 1302 et 1303, Paris, LexisNexis, 1994
- 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
- M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, t. I^{er}, Bruxelles, A. Decq et Paris, A. Durand, 1855
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, v. I, Paris, Sirey, 1962
- D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992
- D. MAZEAUD, « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », note sous Cass. fr., 24 janvier 2002, *D.*, 2002, jur., p. 2559 et s.
- D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats », *Rev. contrats*, 2009, p. 471 et s.
- D. MAZEAUD, « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », note sous Cass. fr., 28 octobre 2010, *D.*, 2011, p. 567 et s.
- D. MAZEAUD, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012
- H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, v. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., 1996, t. II, v. I, *Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., 1998, Paris, Montchrestien
- D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2006
- D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 18^e éd., München, Beck, 2008
- D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15^e éd., München, Beck, 2010

- Y. MERCHERS, « Le bail en général », *Rép. not.*, t. VIII, l. I, Bruxelles, Larcier, 1997
- S. MOSSELMANS, « Het tenietgaan van de verkochte zaak en het lot van de overige, niet op deze zaak slaande verbintenissen van de koopovereenkomst », note sous Cass., 4 février 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 587 et s.
- D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, l. 2, Bruxelles, Larcier, 2012
- B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, t. I, Berlin, Decker's Verlag, 1899
- S. NUDELHOLC, « La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de la cause », note sous Cass., 14 mars 2008 et 12 décembre 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 350 et s.
- I. PEETERS, « Cessie tot zekerheid: een verrassend slot van de controverse », note sous Cass., 3 décembre 2010, *Dr. banc. fin.*, 2011, p. 120 et s.
- 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.P.D.B.*, t. VI, v° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, Bruxelles, Bruylant, s.d.
- R.P.D.B.*, t. XIII, v° *Successions*, Bruxelles, Bruylant, 1951
- P.-P. RENSON, « Introduction à la publicité foncière et à la transcription », *J.T.*, 2004, p. 829 et s.
- F. RIGAUX, « Rapport sur le principe "Nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit privé belge », *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française*, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1970, p. 11 et s.
- F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005
- 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. SACE, « Libéralités (dispositions générales) », *Rép. not.*, t. III, l. VI, Bruxelles, Larcier, 1993
- V. SAGAERT, « Huur en goederenrecht », *Handboek algemeen huurrecht*, Brugge, die Keure, 2006, p. 48 et s.
- V. SAGAERT, « Fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid (een beetje) gered », note sous Cass., 3 décembre 2010, *NjW*, 2010, p. 834 et s.
- R. SCHULZE, « Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire », *Rev. contrats*, 2008, p. 922 et s.
- R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck, Hart et Nomos, 2012
- D. SIMOENS, « Latere gebeurtenissen, al dan niet vreemd aan de schade: alternatieven voor de vaste cassatieregel », note sous Cass., 2 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2003, p. 46 et s.
- V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques. Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux (suite et fin) », *R.C.-J.B.*, 2001, p. 471 et s.
- S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 33 et s.
- 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, *Verbintenissenrecht*, t. I^{er}, Brugge, die Keure, 2005
- S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2007, p. 47 et s.
- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005
- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010
- B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975
- V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, Paris, Larose & Forcel, et Liège, Vaillant-Carmanne, 1893
- B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (dir. R. DILLEMANS et W. VAN GERVEN), t. X, *Overeenkomsten, deel 2, Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop, deel 1, Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, deel 2, *Gevolgen van de koop*, Mechelen, Kluwer, 2012.

- T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Bruxelles, Kluwer, 1996
- C.-B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. IV, éd. belge, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1848, t. VI et VII, 4^e éd., Paris, Warée, 1824
- R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente*, t. I^{er}, 5^e éd., Paris, Hingray, 1856
- J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, deel 1, *Contractenrecht*, 5^e éd., Deventer, Kluwer, 2004
- W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (dir. R. DILLEMANS et W. VAN GERVEN), t. I, *Algemeen Deel*, Antwerpen et Utrecht, Standaard Wetenschappelijk Uitgeverij, 1969
- W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2001
- A.-C. VAN GYZEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994
- A. VAN OEVELEN, « Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht », *R.W.*, 2011-2012, p. 55 et s.
- 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. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. Les obligations*, 3 t., Bruxelles, Bruylant, 2013
- M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2007
- J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 1965
- J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A.O.R.*, 2012/101, p. 5 et s.
- J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, p. 406 et s.
- A. VERBEKE et J. BYTTEBIER, « Onroerende en hypothécaire publiciteit. Organisatie en tegenwerpelijheid », *R.W.*, 1997-1998, p. 1099 et s.
- C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 301 et s.
- I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011
- P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, *Théorie générale du contrat*, 1^{ère} éd., 2010, 2^e éd., 2011, Bruxelles, Larcier
- C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992

II. Droit judiciaire

- H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010
- O. CAPRASSE, « L'effet des décisions judiciaires à l'égard des tiers », *Le contentieux interdisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 265 et s.
- 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.
- G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005
- E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, 3^e éd., Mechelen, Kluwer, 2010
- P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », *R.P.D.B.*, compl. t. XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 143 et s.
- J. LAENENS, K. BROECKX et D. SCHEERS, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2004
- P. MARTENS, « Le juge bienveillant », obs. sous C.E., 11 octobre 2011, *R.*, n°215.685, *J.L.M.B.*, 2012, p. 567
- S. MOSSELMANS, « Interprétation ou adaptation de l'obligation de motivation en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, p. 212 et s.
- D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, t. XIII, l. 0, Bruxelles, Larcier, 2008
- A. SCHAUSS, « Quelques observations relatives aux effets des décisions juridictionnelles à l'égard des tiers (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1989) », *Cah. dr. jud.*, 1993, p. 38 et s.

- P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Kluwer, Diegem, 2001
- J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 153 et s.
- J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 495 et s.

III. Droit romain et Ancien droit

- F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, t. II, Paris, Grangé et Cellot, 1770
- R. DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935
- 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
- P.A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986
- P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1906
- H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. BARBEYRAC, t. I^{er}, Amsterdam, De Coup, 1724
- H. JONES, *Introduction au droit romain*, t. I, Diegem, Kluwer, 1997
- M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C.H. Beck, 2008
- 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
- S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. BARBEYRAC, 2 t., Amsterdam, Schelte, 1706
- R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, O.U.P., 1996

IV. Théorie du droit

- A. BAILLEUX, « "Hart vs. Dworkin" and its Progeny. Actualité du "combat des chefs" dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, 2007, p. 173 et s.
- O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 2009
- X. DIEUX, « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », *J.T.*, 1991, p. 201 et s.
- R. DWORKIN, « The Model of Rules », *Univ. Chicago L.R.*, 1967-1968, vol. 35, p. 14 et s.
- R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (éd. orig. 1986)
- P. FORIERS, *La pensée juridique de Paul Foriers*, 2 v., Bruxelles, Bruylant, 1982
- P.A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 41 et s.
- B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2005
- B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'Ecole de Bruxelles », *Chaïm Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, p. 229 et s.
- F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, 3^e tirage, 1925, t. III, 1921, Paris, Sirey
- S. HAACK, « On Legal Pragmatism: Where Does "The Path of the Law" Lead Us ? », *Am. J. Jurisp.*, 2005, vol. 50, p. 71 et s.
- S. HAACK, « The Pluralistic Universe of Law: Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21/4, p. 453 et s.
- P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962
- P. MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003

- P. MARTENS, « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect », *Imperat Lex. Liber Amicorum Paul Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 97 et s.
- F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002
- C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979
- K.F. RÖHL et H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Köln et München, Carl Heymanns Verlag, 2008
- 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.
- I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003

V. Méthode du droit comparé

- T. ANNUS, « Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments », *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, vol. 34, p. 300 et s.
- L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974
- R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950
- J.C. DAMMANN, « The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation », *St Thomas L.R.*, 2001-2002, vol. 14, p. 513 et s.
- J. DE CONINCK, « The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?* », *RabelsZ*, 2010, p. 318 et s.
- H. DÖLLE, « Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1970, vol. 34, p. 403 et s.
- R. MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 339 et s.
- H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *Rev. dr. int. comp.*, 2000, p. 503 et s.
- M.-C. PONTHEUREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 7 et s.
- R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991
- K. SCHADBACH, « The Benefits of Comparative Law: A Continental European View », *Boston Univ. L.J.*, 1998, vol. 16, p. 331 et s.
- J.M. SMITS, « Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 513 et s.
- F.R. VAN DER MENSBRUGGHE, « L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit », *Ann. dr. Louv.*, 2006, p. 41 et s.
- K. ZWIEGERT, « Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode », *RabelsZ*, 1949-1950, p. 5 et s.
- K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (trad. T. WEIR), 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1998

§ 2. Rétroactivité en général

- P. ANCEL, « La rétroactivité et la sécurité juridique », *Rev. contrats*, 2008, p. 35 et s.
- L. AYNÈS, « Rapport introductif », *Rev. contrats*, 2008, p. 3 et s.
- J. BAECK, « (Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, p. 321 et s.
- J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012
- A. BÉNABENT, « La révision du passé entre les parties », *Rev. contrats*, 2008, p. 15 et s.
- A. CHAUSSE, « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. lég. jur.*, 1900, p. 529 et s.
- L. CORNELIS et V. SAGAERT, « Postcontractuele bedingen », *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2006, p. 291 et s.
- J. DE CONINCK, « Retroactieve toebedeling van het eigendomsrecht en gehoudenheid tot verbintenissen in verband met de eigendom », *R.W.*, 2008-2009, p. 21 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*, v. I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, p. 163 et s.

- J. DEPPEZ, *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, 2 v., thèse Université de Rennes, 1953, multig.
- P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 162 et s.
- F. GLANSDORFF, « Les obligations de restitution », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 72 et s.
- 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 Burgerlijk 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. JAFFERALI, *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelles, Larcier, 2011
- B. JACOBI, *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, diss. Hamburg, 1966
- 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
- M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991
- P. MALINVAUD, « Observations conclusives », *Rev. contrats*, 2008, p. 103 et s.
- 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.
- V. SAGAERT, « De verjaring van de vordering uit onverschuldigde betaling », *R.W.*, 2000-2001, p. 257 et s.
- V. SAGAERT et M. SOMERS, « Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie », *T. Not.*, 2008, p. 78 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.
- T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, p. 193 et s.
- S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 325 et s.
- S. STIJNS, « De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval », *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 25 et s.
- P. VAN OMMESLAGHE, « La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution », *L'obligation de restitution du banquier. De restitutieverbintenissen van de bankier*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 5 et s.
- R. WINTGEN, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *Rev. contrats*, 2008, p. 73 et s.

§ 3. 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.
- H. BETHGE, « BVerfGG § 31 », *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (dir. T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN et H. BETHGE), 35^e éd., München, C.H. Beck, 2011

- D. DE BECO et C. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d’assises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 670 et s.
- D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005
- E. DIRIX, « ‘Nettingovereenkomsten’: niet voor broekjes », note sous C.C., 27 novembre 2008, n°167/2008, *N.J.W.*, 2008, p. 926
- V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *Rev. b. dr. const.*, 2008, p. 217 et s.
- F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle nonobstant concours », *J.L.M.B.*, 2009, p. 821 et s.
- M. GERHARDT, *Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008, 12 septembre 2007 (accessible sur <http://bit.ly/19n780n>)
- B.J. HARTMANN, « § 95 BVerfGG » (dir. B. PIEROTH et P. SILBERKUHLE), *Die Verfassungsbeschwerde*, Münster, ZAP Verlag, 2008
- R. HOUBEN, « Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting », *R.D.C.*, 2009, p. 502 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. A 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.
- H. LECHNER et R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 6^e éd., München, C.H. Beck, 2011
- P. MARTENS, « Le juge légiférant », obs. sous C.C., 11 janvier 2012, n°1/2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 557 et s.
- M. MELCHIOR et C. COURTOY, *L’omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique lors du XIV^e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, 4 décembre 2007, accessible sur http://www.lrkt.lt/Konferencija_R.html
- 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.
- B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d’égalité et de non-discrimination », *Les droits constitutionnels en Belgique*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 553 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.
- M.-F. RIGAUX, « Le droit de l’insolvabilité à l’épreuve de la règle de l’égalité. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 9 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’Etat*, 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^e partie », Cycle de conférences *Droits et discriminations*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 7 mars 2008

- S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, t. 1, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010
- N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen et Oxford, Intersentia, 2009
- 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.
- P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. dr. ULB*, 2002/25, p. 1 et s.
- A. ZENNER, « Le mécanisme de retenue et de garantie en faveur de l'O.N.S.S. du fisc et la réorganisation judiciaire. Une victoire à la Pyrrhus ? », obs. sous C.C., 7 mars 2013, n°33/2013, *J.T.*, 2013, p. 307 et s.

§ 4. 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.
- M. AHRENS, « §§ 116-144 », *BGB Kommentar* (dir. H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, p. 101 et s.
- S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Rép. Defrénois*, 2002, p. 355 et s.
- J.-L. AUBERT, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », note sous Cass. fr., 24 septembre 2002, *D.*, 2003, p. 369 et s.
- L. AYNÈS, « Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », note sous Cass. fr., 1^{er} juillet 1997, *D.*, 1998, p. 32 et s.
- V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1991, p. 9 et s.
- A. BOUJEKA, « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », *Rev. trim. dr. comm.*, 2002, p. 223 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.
- N. CARETTE, « Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken », *R.W.*, 2006-2007, p. 702 et s.
- C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 428 et s.
- I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 267 et s.
- F. COHET-CORDEY, « Nullité et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Act. jur. dr. imm.*, 2005, p. 331 et s.
- G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 1972
- D. D'AMBRA, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Confirmation*, Paris, Dalloz, 2000
- J. DABIN, « "In pari causa turpitudinis cessat repetitio" : fondement, conditions et champ d'application de l'adage. "Quid" pour les choses données en gage ? », note sous Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, p. 25 et s.
- J. DE CONINCK, « Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken », *R.G.D.C.*, 2004, p. 301 et s.
- J. DE CONINCK, « Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: privaatrechtelijke aspecten », *Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, p. 17 et s.
- H. DE WULF, « Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditur », note sous Cass., 2 mars 2006, *R.D.C.*, 2007, p. 255 et s.
- F. DORN, « §§ 139-141. Nichtigkeit II », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 753 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.

- I. DURANT, « La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 39 et s.
- V. EMMERICH, « § 311 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2007
- C. EYBEN, « La prescription des actions en nullité et l'exception de nullité », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 163 et s.
- P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 99 et s.
- C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992
- A.S. HARTKAMP, « Bekrachting 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 hoogleeraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, p. 115 et s.
- 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. LE TOURNEAU, *La règle "Nemo auditur..."*, Paris, L.G.D.J., 1970
- R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », *Rép. Defrénois*, 2004, p. 1402 et s.
- S. LORENZ, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2007, § 818
- P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003
- D. MAZEAUD, « Restitutions », note sous Cass. fr., 25 février 2004, n°02-15.269, *Rev. contrats*, 2004, p. 635
- D. MAZEAUD, « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. », note sous Cass. fr., 21 septembre 2011, *D.*, 2011, p. 2711
- 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.
- S. NUDELHOLE, « Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », note sous Cass., 13 septembre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 223 et s.
- Pand.*, t. XXIII, v° *Confirmation*, Bruxelles, Larcier, 1887
- Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Nullité*, Paris, Dalloz, 2004
- R.P.D.B.*, t. IX, v° *Nullité*, Bruxelles, Bruylant, 1938
- P. RÉMY-CORLAY, note sous C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, p. 673 et s.
- C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations », *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, v. I, Bruxelles, Larcier, 1957
- C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil Belge », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 243 et s.
- G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1935
- J. RONSE, « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, p. 199 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.
- I. SAMOY, « Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbaaleffect? », *T.P.R.*, 2008, p. 555 et s.
- M. SCHERMAIER, « §§ 142-144. Anfechtung und Anfechtungsfolgen », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 803 et s.
- M. SCHWAB, « §§ 812-822 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2009, p. 1326 et s.
- P. SIMMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1969

- T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 229 et s.
- S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 2002, p. 225 et s.
- P. STOFFEL-MUNCK, « Nullités et restitutions », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *Rev. contrats*, 2005, p. 280 et s.
- S. SURMONT, « Indemnité pour privation de jouissance: faut-il prendre en compte la valeur locative estimée avant ou après les travaux effectués par le possesseur? », note sous Cass., 2 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 158 et s.
- T. TANGHE, « Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond », *T.P.R.*, 2012, p. 705 et s.
- M. TENREIRO, « The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms », *Rev. eur. dr. priv.*, 1995, p. 273 et s.
- C. TUAILLON, « Annulation, restitution, réparation : l'explication », note sous Cass. fr., 9 juillet 2004, *D.*, 2004, p. 2175 et s.
- B. VAN DEN BERGH, « Over de *verus dominus*, de verkoper van andermans zaak en de koper zonder eigendomsrecht: een geval van stellionaat », note sous Bruxelles, 18 juin 2008, *R.G.D.C.*, p. 237 et s.
- W. VAN GERVEN, « Onverbindendheid : blokkendoos of grabbelton? », *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, p. 483 et s.
- R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 23 et s.
- A. VAN OEVELEN, « Nietigheid », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer, 2008
- J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthémis, 2011, p. 89 et s.
- P.M. VERBEEK, « Artikel 55. (3.2.18) Bevestiging; termijnstelling », *Vermogensrecht*, f. mob., Deventer, Kluwer, 2008
- R. VON IHERING, « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfektion gelangten Verträgen », *Jahrb. Dogm.*, 1861, p. 1 et s.
- M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 569 et s.
- P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 78 et s.
- P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 7 et s.
- R. WINTGEN, « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif », *Rép. Defrénois*, 2004, p. 692 et s.

§ 5. 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 Gutgläubensschutz », *AcP*, 2003, p. 282 et s.
- P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980) (1^{ère} 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, Ed. Jeune Barreau, 1990, p. 29 et s.
- P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. 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. FRENSCH, « §§ 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.
- F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, Bruxelles, Bruylant, 2013
- 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'Etat », *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 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.
- G. PROCACCIA, « On the Theory and History of Ratification in the Law of Agency », *Tel Aviv U. Stud. L.*, 1978-1979, vol. 4, p. 9 et s.
- G. SCHIEMANN, « Das Rechtsgeschäft », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2^e éd., Sellier et de Gruyter, Berlin, 2008, p. 43 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, Ed. Jeune Barreau, 1990, p. 7 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. TILLEMANN, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB et P. NAEYAERT, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Tussenpersonen 1999-2009 », *T.P.R.*, 2010, p. 589 et s.
- 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*, v. 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
- P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthémis, 2011, p. 263 et s.

§ 6. Condition suspensive ou résolutoire

- 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.
- P. DEROUIN, « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 1 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.
- 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 Pendentztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum », *AcP*, 1985, p. 162 et s.
- C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2011, p. 161 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.
- P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « Aspects des ventes conditionnelles », *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 193 et s.
- F. GEORGES, « Cantonnements et consignations », *J.T.*, 2004, p. 125 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, v. II, Bruxelles, Larcier, 1958
- J. HERBOTS, « Contrat sous condition suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie “pendente conditionne” », note sous Cass., 5 juin 1981, *R.C.J.B.*, 1983, p. 204 et s.
- I. PEETERS et A. ZENNER, « Het minnelijk kantonement 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 kantonement », 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
- W.L. VALK, « Art. 6:24 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, p. 516 et s.
- P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge; sûretés issues de la pratique; droit international privé)*, Paris, Feduci, 1983, 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.

§ 7. Résolution pour inexécution

- J. BAECK, « Ontbinding en derden: niet storen a.u.b. », *T.P.R.*, 2009, p. 689 et s.
- J. BAECK, « Retroactiviteit of relativiteit? », note sous Cass., 6 décembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 359 et s.
- F. BOUCKAERT, « Commentaar bij art. 1977-1978 B.W. », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Mechelen, Kluwer
- C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2010
- R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, p. 159 et s.
- C. CAUFFMANN, « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de M^{me} Rigalle », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 155 et s.
- L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 81 et s.
- L. CORNELIS, « De ontbinding: het treurige einde van een mooi verhaal ? », *Sancties en nietigheden. Vormingsprogramma 2002-2003*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 226 et s.
- Y. DAGGORNE-LABBÉ, « Rentes », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2012
- A. DE BOECK, « De gevolgen van de ontbinding van kanscontracten, in het bijzonder van een contract van levenslange huur », note sous Cass., 8 février 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 447 et s.
- A. DE WILDE, « De positie van de koper bij faillissement van de verkoper », note sous Cass., 9 mars 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 481 et s.
- P.-H. DELVAUX, « Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution. Rapport belge », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2001, p. 669 et s.
- B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 327 et s.
- M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil: volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 228 et s.
- M. DUPONT, « La résolution unilatérale : (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation », *J.T.*, 2010, p. 341 et s.
- V. EMMERICH, « Vorb. § 281 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2007
- W. ERNST, « §§ 323-327 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2007
- M. FONTAINE, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, p. 382 et s.
- 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.
- L.L. FULLER et W.R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale L.J.*, vol. 46/1, 1936, p. 52 et s. et vol. 46/3, 1937, p. 373 et s.

- R. GAIER, « § 314 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2007
- R. GAIER, « §§ 346-354 », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 6^e éd., München, C.H. Beck, 2012
- T. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007
- J.-F. GERMAIN, « La terminaison de la vente », *Manuel de la vente*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 313 et s.
- C. HATTENHAUER, « §§ 323-325. Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. II, v. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 1813 et s.
- J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », note sous Cass., 18 novembre 1971, *R.C.-J.B.*, 1972, p. 9 et s.,
- J. HERBOTS, « Rapport belge. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 679 et s.
- R. HORNING et C. FOUNTOLAKIS, « Art. 81 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (éd. P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER), 5^e éd., München, C.H. Beck et Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, p. 927 et s.
- D. KAISER, « §§ 346-354 », *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2004, p. 459 et s.
- Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004
- T. LOBINGER, « §§ 346-354 », *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 5/3. Schuldrecht 3/3. §§ 328-432* (éd. H.T. SOERGEL), 13^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 2009
- U. MAGNUS, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, Sellier et de Gruyter, 2005
- D. MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport français », *Rev. contrats*, 2010, p. 1076 et s.
- A. MORIN, « Rapport suisse. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 911 et s.
- M.M. OLTJOF, « Art. 6:265 » à « Art. 6:279 », *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, 4^e éd., Deventer, Kluwer, 2007, p. 998 et s.
- T. PAJOR, « Rapport général. La rupture du contrat », *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 661 et s.
- P. RÉMY, « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 et s.
- P. RÉMY, « Observations sur le cumul de la résolution et de dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, P.U.F., 2001, p. 121 et s.
- C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, 2003
- C. RIGALLE-DUMETZ, « Le rejet de la résolution partielle ou la lecture normative de la règle résolutoire », *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 125 et s.
- I. SAMOY, « La dissolution des contrats multipartites. Vers une reconnaissance générale de la résolution partielle temporelle, matérielle et personnelle, grâce au critère de l'(in)divisibilité et fondée sur la fonction modératrice de la bonne foi », *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 195 et s.
- I. SAMOY et A. MAES, « De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatie-arrest van 17 oktober 2008 », *R.G.D.C.*, 2011, p. 189 et s.
- N. SCHMIDT-AHRENDTS, « Der Ersatz „frustrierter Aufwendungen“ im Fall der Rückabwicklung gescheiterter Verträge im UN-Kaufrecht », *I.H.R.*, 2006, p. 67 et s.
- H. SCHÖHNLE et T. KOLLER, « Art. 74 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, p. 996 et s.
- I. SCHWENZER, « Art. 74 », *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (éd. P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER), 5^e éd., München, C.H. Beck et Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, p. 840 et s.
- T. STAROSSELETS, « Restitution des arrérages en cas de résolution d'une vente en viager ou “mesure dix fois mais ne coupe qu'une” », *R.G.D.C.*, 2005, p. 454 et s.
- S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994

- S. STIJNS, « De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend », *R.G.D.C.*, 2003, p. 258 et s.
- S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, « De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpartijovereenkomsten », *Meerpartijovereenkomsten. Contrats multipartites*, Brugge, die Keure et Bruxelles, la Charte, 2013, p. 113 et s.
- H. STOLL, « Rücktritt und Schadensersatz », *AcP*, 1929, p. 141 et s.
- M.E. STORME, « Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten », *R.G.D.C.*, 1991, p. 101 et s.
- A. THIER, « §§ 346-359. Rücktritt; Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen », *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Teilband, §§ 305-432, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 2074 et s.
- F. T'KINT, « La résolution conventionnelle du contrat de vente en période suspecte au regard de l'article 445, alinéa 3, de la loi sur les faillites », note sous Cass., 14 janvier 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 184 et s.
- I. VERVOORT, « Ontbinding en faillissement », note sous Cass., 9 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2002, p. 587 et s.
- B. VAN DEN BERGH, « De (terugwerkende kracht van de) rechtsgevolgen na gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie: confectie of maatwerk? », note sous Cass., 8 février 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 648 et s.
- A. VAN OEVELEN, « De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 503 et s.
- R.H. WEBER, *Berner Kommentar*, t. VI/1/5, *Die Folgen der Nichterfüllung. Art. 97-109 OR*, Bern, Stämpfli Verlag, 2000
- R.H. WEBER, « Art. 82 », *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (éd. H. HONSELL), 2^e éd., Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, p. 1096 et s.
- P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 300 et s.
- W. WIEGAND, « Art. 97-109 », *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 4^e éd., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, p. 554 et s.
- R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *Rev. contrats*, 2006, p. 543 et s.
- E. WOLF, « Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden », *AcP*, 1954, p. 97 et s.

§ 8. Rétroactivité conventionnelle

- B. FAGES, « Rétroactivité de la révocation mutuelle », note sous Cass. fr., 14 décembre 2010 et 18 janvier 2011, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 126
- J. DEWEZ, « La résiliation du contrat par accord mutuel des parties », note sous Cass., 27 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 226 et s.
- B. FAGES, « Rétroactivité de la révocation mutuelle », note sous Cass. fr., 14 décembre 2010 et 18 janvier 2011, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 126 et s.
- M. GEGOUT, « Essai sur la rétroactivité conventionnelle », *Rev. crit. lég. jur.*, 1931, p. 283 et s.
- E. PUTMAN, « La révocation amiable », *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseilles, 1997, p. 125 et s.
- I. SAMOY, « Veinzing ontmaskerd? Een zoektocht naar schijn en werkelijkheid in de leer van simulatie... », *T.P.R.*, 2007, p. 875 et s.
- U.H. SCHNEIDER, « Die Rückdatierung von Rechtsgeschäften unter besonderer Berücksichtigung der Probleme rückdatierter Gesellschaftsverträge », *AcP*, 1975, p. 279 et s.
- S. VAN DYCK, « Het civielrechtelijk fiat van simulatie en de strafbare valsheid in geschriften: een rechtsparadox? », *T.P.R.*, 2006, p. 1327 et s.
- R. VAN RANSBEECK, « Verbreking », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Antwerpen, Kluwer, 2005
- R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, p. 252 et s.

Table des matières

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
CHAPITRE I. PROJET DE RECHERCHE.....	1
§ 1. <i>Objet de la recherche</i>	1
1. Importance de la rétroactivité dans le droit des contrats.	1
2. Recherches antérieures.	1
3. Originalité de la recherche.	2
4. Domaine de la recherche.	3
§ 2. <i>Objectif de la recherche</i>	5
5. Prémisse de la thèse – Distinction entre notions conceptuelles et fonctionnelles.	5
6. Enoncé de la thèse.	8
7. Antécédents.	9
§ 3. <i>Organisation de la recherche</i>	11
8. Première approche des fonctions de la rétroactivité.	11
9. Intérêt de cette première typologie.	12
10. Institutions étudiées.	12
11. Plan de la recherche.	13
CHAPITRE II. BALISES MÉTHODOLOGIQUES.....	14
12. Plan.	14
§ 1. <i>Conception du droit</i>	14
13. Position du problème.	14
14. Illustration.	15
15. Conception du droit choisie.	15
I. <i>Fondements théoriques</i>	16
16. Dimension interprétative du droit.	16
17. Suite – Caractère constructif de l'interprétation.	16
18. Suite – Application dans le domaine du droit.	18
19. Suite – Illustration.	20
20. Dimension argumentative du droit – Réhabilitation de la raison pratique.	20
21. Suite – Conséquences pour le modèle interprétatif proposé.	22
22. Autres influences philosophiques.	25
II. <i>Implications pratiques</i>	26
23. Objet de cette section.	26
24. Premier apport : traitement des sources du droit – Jurisprudence.	26
25. Suite – Législation.	28
26. Deuxième apport – Caractère progressif de la construction juridique.	31
27. Troisième apport – Place des valeurs dans le raisonnement juridique.	33
III. <i>Objection possible : le spectre du jugement de valeur</i>	34
28. Position du problème.	34
29. Les valeurs font déjà partie du droit positif.	34
30. Le positivisme juridique ne parvient pas à faire l'économie des valeurs.	36
31. Les valeurs exercent sur le droit une influence réelle mais limitée.	37
32. Le droit n'est pas un discours de vérité.	38
33. Conclusion.	39
§ 2. <i>Conception du droit comparé</i>	40

34. Introduction.	40
I.Rôle assigné au droit comparé.....	40
35. Choix d'une approche normative et pratique.	40
II.Légitimité et limites du recours au droit comparé.....	42
36. Objections à l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation du droit national.	42
37. Suite – Réfutation.	44
38. Conditions et limites du recours droit comparé.	48
III.Utilisations possibles du droit comparé.....	49
39. Fil conducteur.	49
40. Questions suscitées par le droit comparé.	49
41. Arguments puisés dans le droit comparé.	51
42. Solutions offertes par le droit comparé.	52
IV.Considérations méthodologiques.....	53
43. Approche fonctionnelle.	53
44. Choix des points de comparaison.	54
CHAPITRE III. PREMIÈRE APPROCHE DE LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ.....	58
45. Introduction.	58
§ 1.Nature de la rétroactivité.....	58
46. Objectif.	58
47. Image didactique.	58
48. Fiction – Notion.	59
49. Fiction – Régime.	61
50. Réalité – Notion.	62
51. Réalité – Substitution de règles nouvelles.	63
52. Réalité – Consécration de la rétroactivité comme concept autonome.	63
53. Intérêt pratique limité de ces analyses.	64
§ 2.Définition de la rétroactivité.....	65
54. Effet dans le passé.	65
55. Effet immédiat – Notion.	66
56. Suite – Illustration.	67
57. Suite – Appréciation critique.	68
58. Définitions proposées – Enoncé.	69
59. Définitions proposées – Commentaire.	70
60. Importance de la période intermédiaire.	71
CHAPITRE IV. ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION EN DROIT PRIVÉ.....	72
§ 1.Position du problème.....	72
61. Intérêt du principe d'égalité.	72
§ 2.Contrôle du respect du principe d'égalité.....	73
62. Définition du principe d'égalité.	73
63. Question liminaire : les bénéficiaires du principe d'égalité.	74
64. Première étape : la comparabilité des situations.	74
65. Deuxième étape : l'objectivité du critère de différenciation.	80
66. Troisième étape : la détermination du but poursuivi par le législateur.	80
67. Quatrième étape : la pertinence de la différence de traitement.	81
68. Cinquième étape : la proportionnalité de la différence de traitement.	81
69. Suite – Importance du raisonnement a fortiori.	82
70. Suite – Critère de la voie alternative raisonnable.	83
71. Suite – Limites de la comparaison trait pour trait.	84
§ 3.Sanction du principe d'égalité.....	85

72. Principe.	85
I.Absence de portée matérielle du principe d'égalité.....	86
73. Position du problème.	86
74. Esquisse d'une solution.	88
II.Comblement des lacunes législatives.....	91
75. Notion.	91
76. Thèse restrictive.	91
77. Thèse extensive.	92
78. Thèse médiane.	98
79. Position de la Cour constitutionnelle.	99
80. Suite – Mesures provisoires ordonnées par la Cour constitutionnelle.	101
81. Position des juges judiciaires.	102
§ 4.Conclusion.....	106
82. Caractère opérationnel du principe constitutionnel d'égalité.	106
PREMIÈRE PARTIE. LES DROITS INACHEVÉS.....	107
83. Objet de la présente partie.	107
CHAPITRE I. CONFIRMATION.....	107
§ 1.Généralités.....	107
I.Notion.....	107
84. Définition.	107
85. Distinctions.	108
86. Conditions et forme.	108
II.Aperçu de la théorie des nullités.....	112
87. Théorie classique des nullités.	112
88. Théorie moderne des nullités.	113
§ 2.Période intermédiaire.....	116
89. Nullité et annulation.	116
§ 3.Effets de la confirmation.....	118
I.Aperçu général.....	118
90. Droits belge et français.	118
91. Droit allemand.	118
92. Droit néerlandais.	119
II.Effets entre parties.....	120
93. Position majoritaire – Effet rétroactif de la confirmation.	120
94. Première objection – Différence entre confirmation et validation.	121
95. Deuxième objection – Analyse erronée de la période intermédiaire.	124
96. Troisième objection – Inutilité de la rétroactivité.	125
97. Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la confirmation.	126
98. Transposition du raisonnement à la régularisation.	127
III.Effets à l'égard des tiers.....	127
A.Position du problème.....	127
99. Position majoritaire.	127
100. Critique – Absence d'effet rétroactif de la confirmation.	128
101. Intérêt de l'étude de la réserve du droit des tiers.	128
B.Point de départ du raisonnement.....	129

102. Cas d'école.	129
103. Observations liminaires.	129
104. Justification classique – Transfert du droit de critique.	131
105. Variantes du cas d'école.	133
106. Justification alternative – Portée autonome de l'article 1338, alinéa 3.	133
107. Appréciation critique.	135
108. Portée de la réserve du droit des tiers.	135
C.Extension de la problématique.....	137
109. Approche systématique.	137
110. Autres titulaires du droit de critique.	137
111. Ayants cause à titre particulier.	137
112. Suite – Analyse.	139
113. Ayants cause universels.	140
114. Créanciers chirographaires.	140
115. Cautions et codébiteurs solidaires.	141
CHAPITRE II. RATIFICATION.....	142
§ 1.Généralités.....	142
116. Notion.	142
117. Conditions et forme.	144
118. Terminologie.	144
§ 2.Période intermédiaire.....	146
119. Position du problème.	146
120. Première analyse – Nullité de l'acte.	146
121. Suite – Critiques.	148
122. Suite – Cas particulier des actes de procédure.	150
123. Deuxième analyse – Inopposabilité de l'acte.	151
124. Suite – Précisions et critiques.	151
125. Troisième analyse – Suspension des effets principaux de l'acte.	153
§ 3.Alternative à la ratification : le mandat incontesté.....	155
I.Jurisprudence de la Cour de cassation.....	155
126. Arrêt du 18 septembre 1964.	155
127. Régime du mandat incontesté.	156
128. Fondement de la règle.	158
II.Variétés de tiers.....	160
129. Tentative de systématisation.	160
130. Tiers consentant.	160
131. Tiers non consentant en relation contractuelle avec le représenté.	161
132. Tiers non consentant sans relation contractuelle avec le représenté.	162
133. Tiers non consentant destinataire d'un acte de procédure.	162
III.Droit comparé.....	165
134. Droit allemand.	165
135. Droit néerlandais.	166
136. Droit français.	167
137. Synthèse.	167
IV.Appréciation critique.....	168
138. Effet rétroactif au sens large du mandat incontesté.	168
139. Première difficulté – Concurrence fonctionnelle avec le régime de la ratification.	168
140. Deuxième difficulté – Rapports avec la théorie de l'apparence.	170
141. Troisième difficulté – Sanction du dépassement du délai raisonnable.	171
§ 4.Effets de la ratification.....	173

I. Aperçu général.....	173
142. Droits belge et français.....	173
143. Droit allemand.....	173
144. Droit néerlandais.....	175
II. Effets à l'encontre du représenté.....	176
145. Principe – Effet rétroactif.....	176
146. Fondement de la rétroactivité – Approche conceptuelle.....	178
147. Fondement de la rétroactivité – Approche fonctionnelle.....	179
148. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le représentant.....	181
149. Incidence pratique de la rétroactivité – Pour le tiers contractant.....	182
III. Effets à l'encontre du représentant.....	184
150. Principe – Effet rétroactif.....	184
IV. Effets à l'encontre du tiers consentant.....	185
151. Principe – Effet rétroactif.....	185
152. Fondement de la rétroactivité.....	186
V. Effets à l'encontre des autres tiers.....	187
153. Principe – Effet rétroactif sous réserve des droits acquis des tiers.....	187
154. Maintien des exigences de la publicité foncière.....	188
155. Fondement de la réserve du droit des tiers.....	190
156. Notion de tiers.....	191
157. Notion de droit acquis.....	194
158. Possibilité de mettre le représenté en demeure de prendre attitude.....	199
VI. Cas particulier des actes de procédure.....	199
159. Régime.....	199
VII. Synthèse et application.....	202
160. Synthèse des effets de la ratification.....	202
161. Application au congé pour motif grave.....	202
162. Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la ratification.....	206
CHAPITRE III. CONDITION SUSPENSIVE.....	208
§ 1. Généralités.....	208
163. Notion.....	208
164. Unité ou dualité de la condition.....	210
§ 2. Période intermédiaire.....	212
I. Cadre théorique.....	212
165. Thèse classique – Inexistence de l'obligation, voire du contrat.....	212
166. Thèse moderne – Suspension de l'exécution de l'obligation conditionnelle.....	213
167. Réception de la thèse moderne par la doctrine.....	214
168. Persistance des controverses.....	215
II. Aspects pratiques.....	217
169. Suspension de l'exécution de l'obligation.....	217
170. Existence de l'obligation.....	218
171. Jurisprudence.....	220
III. Questions connexes.....	221
172. Comparaison avec la condition résolutoire.....	221
173. Durée maximale de la période intermédiaire.....	223
§ 3. Effets de la réalisation de la condition suspensive.....	226

I. Aperçu général.....	226
174. Droits belge et français.....	226
175. Droit allemand.....	227
176. Droit néerlandais.....	229
II. Fondement et limites.....	232
177. Thèse de la rétroactivité de la condition comme réalité juridique.....	232
178. Suite – Critique.....	233
179. Thèse négatrice de la rétroactivité de la condition.....	234
180. Suite – Critique.....	236
181. Thèse médiane – Caractère fonctionnel de la rétroactivité de la condition.....	238
III. Effets entre parties.....	240
A. Exigibilité de l’obligation.....	240
182. Position du problème.....	240
183. Arrêt du 15 septembre 1983.....	241
184. Suite – Analyse.....	242
185. Intérêt pratique.....	244
B. Délais impératifs.....	244
186. Distinction selon la nature du délai.....	244
C. Fruits.....	246
187. Principe.....	246
D. Plus-value et moins-value.....	248
188. Perte totale de la chose par cas fortuit.....	248
189. Perte partielle de la chose par cas fortuit.....	249
190. Perte de la chose par la faute du débiteur conditionnel.....	249
191. Simple diminution de valeur de la chose pour une cause étrangère.....	250
192. Augmentation de valeur de la chose.....	250
IV. Effets à l’égard des tiers.....	251
A. Principe.....	251
193. Protection du créancier conditionnel.....	251
B. Actes et faits juridiques concernés.....	251
194. Actes de disposition.....	251
195. Saisies et jugements.....	252
196. Cantonnement amiable.....	253
197. Prescription acquisitive.....	256
198. Actes d’administration.....	257
199. Actes de conservation.....	259
C. Portée de l’effet rétroactif.....	259
200. Sort des actes et faits concernés.....	259
201. Suite – Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2011.....	260
202. Exception – Protection des tiers acquéreurs de bonne foi.....	261
203. Suite – Cas particulier du créancier saisissant.....	264
204. Extension – Validation des actes accomplis par le créancier conditionnel.....	268
205. But limité de la rétroactivité – Jurisprudence de la Cour de cassation.....	269
§ 4. Comparaison avec la défaillance de la condition résolutoire.....	271
206. Similitude avec la réalisation de la condition suspensive.....	271
207. Critique – Absence d’effet rétroactif.....	272
208. Régime.....	272
CHAPITRE IV. ANALYSE CRITIQUE DES DROITS INACHEVÉS.....	274

209. Plan.	274
<i>§ 1. Caractère fonctionnel de la rétroactivité</i>	274
210. Typologie des droits inachevés.	274
<i>§ 2. Rapprochement des régimes par le principe d'égalité</i>	275
I. Généralités	275
211. Objet de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits acquis des tiers.	275
212. Position du problème.	276
213. Comparabilité des situations.	277
214. Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens.	278
II. Proportionnalité de l'effet rétroactif sur les droits des tiers	279
215. Généralités.	279
216. Actes de disposition volontaires du débiteur conditionnel.	280
217. Nouvelles causes de préférence – Position du problème.	282
218. Première approche – Objectif limité de la rétroactivité de la condition.	283
219. Seconde approche – Reconnaissance des mécanismes préférentiels.	285
220. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.	287
221. Suite – Arrêt n°167/2008 du 27 novembre 2008.	291
222. Réforme du droit des sûretés réelles mobilières.	293
223. Appréciation personnelle.	296
III. Conclusion	298
224. Apport du principe constitutionnel d'égalité au droit privé.	298
DEUXIÈME PARTIE. LES DROITS EFFACÉS	300
225. Objet de la présente partie.	300
CHAPITRE I. NULLITÉ	300
<i>§ 1. Généralités</i>	300
226. Notion.	300
<i>§ 2. Période intermédiaire</i>	302
227. Principe – Caractère judiciaire de la nullité.	302
228. Intérêt théorique et pratique.	303
229. Premier tempérament – Absence de toute apparence d'acte juridique.	306
230. Deuxième tempérament – Nullité amiable.	308
231. Troisième tempérament – Dérogations légales.	310
232. Suite – Droit européen de la consommation.	312
233. Suite – Arrêt du 25 avril 2003.	313
234. Quatrième tempérament – Annulation unilatérale.	315
235. Incidence sur le domaine de l'effet rétroactif de la nullité.	321
<i>§ 3. Effets de la nullité</i>	322
I. Aperçu général	322
236. Droits belge et français.	322
237. Droit allemand.	324
238. Droit néerlandais.	327
II. Fondement	329
239. Fondement traditionnel – Approche conceptuelle.	329
240. Fondement moderne – Nature et fonctions de la nullité.	330
241. Suite – Approche fonctionnelle de l'effet rétroactif.	333
III. Effets entre parties	336
242. Plan.	336

A. Restitutions.....	336
1. Principe et fondement.....	336
243. Principe.	336
244. Fondement personnel – Responsabilité précontractuelle.	337
245. Suite – Enrichissement sans cause.	338
246. Suite – Paiement indu.	339
247. Suite – Fondement autonome.	340
248. Fondement réel.	342
249. Office du juge – Pouvoir d'élever d'office une cause de nullité.	344
250. Suite – Portée de l'intervention du juge.	345
251. Suite – Effet rétroactif de l'exception de nullité.	347
252. Suite – Pouvoir d'ordonner d'office les restitutions.	349
253. Objet des restitutions.	350
254. Cas particulier – Restitution des sommes versées dans le cadre d'une action directe.	351
255. Forme et étendue des restitutions.	354
2. Fruits et indemnité de jouissance.....	356
256. Principe – Restitution des accessoires de la chose.	356
257. Exception – Protection du possesseur de bonne foi.	357
258. Absence de compensation forfaitaire des intérêts et des fruits.	359
259. Etendue des fruits à restituer – Indemnité d'occupation ou de jouissance.	361
3. Contrats successifs et aléatoires.....	365
260. Premier argument à l'encontre de l'effet rétroactif – Impossibilité des restitutions.	365
261. Deuxième argument – Respect de la sécurité juridique.	367
262. Appréciation personnelle – Maintien intégral de l'effet rétroactif.	369
4. Plus-value et moins-value.....	371
263. Observations préalables – Précisions terminologiques.	371
264. Suite – Théorie des risques.	371
265. Suite – Régime particulier de la vente.	372
266. Perte totale de la chose par cas fortuit.	378
267. Suite – Appréciation critique.	380
268. Cas particuliers – Champ d'application de la théorie des risques.	385
269. Suite – Exécution asymétrique du contrat.	385
270. Suite – Retard conventionnel du transfert des risques.	387
271. Suite – Perte de la chose après l'annulation du contrat.	388
272. Perte partielle de la chose par cas fortuit.	388
273. Perte de la chose par le fait du débiteur.	390
274. Suite – Cas particulier de la perte de la chose par le fait du demandeur en nullité.	392
275. Simple diminution de valeur de la chose pour cause étrangère.	393
276. Augmentation ou conservation de la valeur de la chose.	395
277. Synthèse.	397
5. Refus des restitutions à la partie coupable.....	397
278. Principe.	397
279. Fondements.	399
280. Conditions d'application.	400
281. Effets de la règle.	404
282. Mise en œuvre par la jurisprudence.	405
283. Appréciation critique – Principe de légalité des délits et des peines.	408
284. Suite – Autres conséquences de la qualification de peine privée.	412
285. Suite – Inopportunité de la règle.	415
286. Suite – Conclusion.	418
6. Incapacité d'une des parties.....	419
287. Principe.	419
288. Régime.	420

B. Autres conséquences de l'annulation.....	422
289. Principe et applications.	422
290. Survie limitée du contrat nul en tant que fait juridique.	424
IV. Effets à l'égard des tiers.....	425
A. Généralités.....	425
291. Principe : effet erga omnes de la nullité.	425
292. Domaine d'application : les effets externes de l'acte annulé.	426
293. Conciliation avec la relativité de la chose jugée.	427
B. Actes de disposition.....	434
1. Principe.....	434
294. Effet réel de l'annulation.	434
295. Tentatives particulière de restreindre l'effet réel des nullités.	435
2. Tempéraments en matière immobilière.....	437
296. Publicité foncière.	437
297. Protection de la propriété apparente.	438
298. Institutions particulières.	444
3. Tempéraments en matière mobilière.....	444
299. Protection de la bonne foi.	444
C. Actes d'administration.....	445
300. Présentation traditionnelle du problème.	445
301. Appréciation critique au regard du principe de la relativité des conventions.	446
302. Absence d'exception à la relativité des conventions en matière de bail.	448
303. Conclusion.	451
D. Actes de conservation.....	452
304. Relativité des effets internes des conventions.	452
V. Etendue de la nullité.....	453
305. Plan.	453
A. En deçà du contrat : nullité partielle, réduction et conversion.....	453
306. Position du problème.	453
1. Nullité partielle.....	454
307. Origine.	454
308. Principe.	455
309. Fondement.	457
310. Critère de base : la divisibilité objective ou subjective de l'acte.	458
311. Limites à l'autonomie de la volonté.	461
312. Suite – Applications.	462
313. Conséquences.	466
2. Réduction.....	468
314. Réduction légale.	468
315. Réduction judiciaire.	469
316. Premier obstacle – Fonction dissuasive de la nullité.	470
317. Deuxième obstacle – Support de la volonté des parties.	472
318. Applications.	473
3. Conversion des actes nuls.....	474
319. Sanction d'origine légale.	474
320. Sanction d'origine judiciaire.	475
321. Rôle de la volonté des parties – Position du problème.	477
322. Rôle de la volonté des parties – Conversion ou requalification.	479
323. Nature de la volonté des parties – Volonté hypothétique ou réelle.	483

324. Appréciation critique.	484
B. Au-delà du contrat : les groupes de contrats.	485
325. Position du problème – Un nécessaire retour au droit commun.	485
326. Typologie retenue.	487
327. Limites de l'examen.	488
1. Contrats liés par l'objet.	489
328. Fondement de la contagion.	489
329. Critère d'application.	492
330. Dimension temporelle.	494
2. Contrats liés par la cause.	494
331. Critère d'application.	494
332. Fondement de la contagion.	497
333. Dimension temporelle.	502
3. Observations complémentaires.	502
334. Rôle (limité) réservé à la théorie de l'apparence.	502
VI. Responsabilité précontractuelle.	504
335. Principe.	504
A. Nature de la responsabilité.	505
336. Opinion majoritaire : responsabilité quasi délictuelle.	505
337. Appréciation critique – Approche conceptuelle.	507
338. Appréciation critique – Approche fonctionnelle.	510
339. Conclusion.	511
B. Faute.	511
340. Principes.	511
341. Nature de la faute.	512
342. Unicité de l'illicéité et de la faute.	513
343. Suite – Illustrations.	514
C. Lien de causalité.	515
344. Complément de l'action en nullité : la réparation de l'intérêt négatif.	515
345. Théorie de l'alternative légitime.	517
346. Suite – Réparation de l'intérêt positif ?	518
347. Alternative à l'action en nullité : la correction du contrat non souhaité.	521
D. Dommage.	523
348. Notion de dommage réparable.	523
349. Application à la culpa in contrahendo.	525
CHAPITRE II. RÉOLUTION POUR INEXÉCUTION.	527
§ 1. Généralités.	527
350. Notion.	527
351. Objet de la résolution : le contrat.	527
352. Nature de sanction.	528
353. Caractère judiciaire de la sanction.	530
354. Caractère facultatif de la sanction.	530
355. Conditions – Résolution d'un contrat déjà dissous.	532
§ 2. Période intermédiaire.	535
356. Principe – Caractère judiciaire de la résolution pour inexécution.	535
357. Intérêt théorique et pratique.	535
358. Premier tempérament – Résolution amiable.	536
359. Deuxième tempérament – Clause résolutoire expresse.	537
360. Troisième tempérament – Résolution unilatérale.	540

361. Suite – Jurisprudence de la Cour de cassation.	542
362. Suite – Appréciation personnelle.	544
§ 3. Effets de la résolution.	547
I. Aperçu général.	547
363. Droits belge et français.	547
364. Droit allemand.	548
365. Droit néerlandais.	550
II. Fondements.	551
366. Plan.	551
A. Attraction du régime de la condition résolutoire.	551
367. Rapprochement des articles 1183 et 1184 du Code civil.	551
368. Première objection – Différences techniques.	552
369. Deuxième objection – Approche historique.	553
370. Troisième objection – Fonction spécifique de la résolution pour inexécution.	554
B. Nature du contrat synallagmatique.	555
371. Préexistence du droit de résolution.	555
372. Rapport de dépendance mutuelle.	555
373. Critique – Différences entre la théorie des risques et la résolution pour inexécution.	556
C. Sanction d’une inexécution du débiteur.	558
374. Approche fonctionnelle.	558
375. Renforcement de l’efficacité de la sanction par l’effet rétroactif.	558
376. Proportionnalité de la sanction.	559
377. Absence de remise en cause de la conclusion du contrat.	560
378. Rapprochement avec la nullité.	561
III. Responsabilité complémentaire.	563
379. Importance de la question.	563
A. Nature de la responsabilité.	563
380. Principe : responsabilité contractuelle.	563
B. Etendue du dommage réparable.	565
381. Position du problème.	565
1. Réparation de l’intérêt négatif.	566
382. Position doctrinale.	566
383. Premier argument – Textes tirés du droit de la vente.	567
384. Critique – Arguments de texte contraires.	567
385. Suite – Analyse des textes invoqués dans leur contexte historique.	568
386. Suite – Possibilité de réconciliation du droit de la vente avec le droit commun.	571
387. Deuxième argument – Objectif de la résolution.	572
388. Critique – Rejet d’une approche trop conceptuelle de l’effet rétroactif.	573
389. Suite – Exemples.	574
390. Troisième argument – Considérations pratiques.	575
391. Suite – Difficultés probatoires.	576
392. Suite – Hypothèse du bad bargain.	577
2. Réparation de l’intérêt positif.	578
393. Principe.	578
394. Premier argument – Enseignements du droit comparé et du droit international.	579
395. Deuxième argument – Liberté limitée du créancier d’opter pour l’exécution forcée.	581
396. Troisième argument – Théorie de l’alternative légitime.	582
397. Quatrième argument – Hypothèse de la résolution partielle.	582
3. Evaluation de l’intérêt positif.	583

398. Position du problème.	583
399. Identification des postes du dommage – Approche empirique.	584
400. Suite – Généralisation des solutions.	587
401. Propositions de définition de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif.	588
402. Formule de calcul de l'intérêt positif.	589
403. Suite – Confirmation apportée par le droit comparé et le droit international.	591
404. Rapports entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif.	592
405. Suite – Présomption que l'intérêt positif équivaut au minimum à l'intérêt négatif.	592
406. Cas particulier – Frais de remplacement.	594
407. Cas particulier – Prise en compte des avantages perçus par le créancier – Principes.	596
408. Suite – Application dans le domaine de la résolution.	598
409. Suite – Limites.	600
C. Résolution aux torts réciproques des parties.	602
410. Position du problème.	602
411. Principe – Partage de responsabilités.	602
412. Remarque – Difficultés d'application de la théorie de l'équivalence des conditions.	603
413. Exception – Postes du dommage étrangers à la disparition du contrat.	604
IV. Effets entre parties.	605
414. Plan.	605
A. Restitutions.	605
1. Principe et fondement.	605
415. Principe.	605
416. Fondement personnel – Enrichissement sans cause.	606
417. Suite – Paiement indu.	607
418. Suite – Fondement autonome.	608
419. Fondement réel.	609
420. Office du juge – Pouvoir de prononcer d'office la résolution.	609
421. Suite – Pouvoir d'ordonner d'office les restitutions.	611
422. Objet des restitutions.	612
423. Forme et étendue des restitutions.	613
2. Fruits et indemnité de jouissance.	615
424. Principe de restitution des fruits.	615
425. Protection du possesseur de bonne foi.	615
426. Incidence des règles de la responsabilité.	617
427. Indemnité de jouissance.	618
3. Contrats successifs et aléatoires.	619
428. Point de départ : jurisprudence de la Cour de cassation.	619
429. Premier courant – Résolution remontant à la demande en justice.	619
430. Deuxième courant – Rétroactivité écartée par l'impossibilité des restitutions.	620
431. Troisième courant – Combinaison des deux courants précédents.	622
432. Quatrième courant – Rétroactivité illimitée.	622
433. Cinquième courant – Souci d'éviter un déséquilibre entre les parties.	623
434. Recherche d'un fondement théorique.	626
435. Premier critère – Proportionnalité de la sanction.	626
436. Second critère – Prise en compte de la divisibilité du contrat.	628
437. Mise en oeuvre de ces critères.	629
438. Incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution.	630
439. Contrats aléatoires – Position du problème.	631
440. Suite – Principe de la rétroactivité.	631
441. Suite – Etendue de la rétroactivité.	632
442. Suite – Application des critères retenus pour les contrats successifs.	633
443. Suite – Incidence des dommages-intérêts complémentaires à la résolution.	634

4.Plus-values et moins-values.....	635
444. Observations préalables – Renvoi.....	635
445. Suite – Incidence de la mise en demeure sur la théorie des risques.....	635
446. Perte totale de la chose par cas fortuit – Position du problème.....	639
447. Suite – Application de la règle res perit debitori.....	640
448. Illustration – Charge des risques dans l’action réhibitoire.....	640
449. Suite – Incidence du manquement du débiteur.....	642
450. Suite – Première hypothèse : manquement non causal imputable au créancier de la restitution.....	642
451. Suite – Deuxième hypothèse : manquement non causal imputable au débiteur de la restitution.....	643
452. Suite – Troisième hypothèse : manquement causal imputable au créancier de la restitution.....	644
453. Suite – Quatrième hypothèse : manquement causal imputable au débiteur de la restitution.....	645
454. Suite – Synthèse.....	646
455. Suite – Cas particuliers.....	646
456. Perte partielle de la chose par cas fortuit.....	646
457. Perte de la chose par le fait du débiteur.....	647
458. Cas particulier – Perte de la chose par le fait du demandeur en résolution.....	648
459. Simple diminution de la valeur de la chose pour cause étrangère.....	650
460. Augmentation ou conservation de la valeur de la chose.....	651
461. Suite – Incidence des règles de la responsabilité civile.....	652
B. Autres conséquences de la résolution.....	653
462. Effet extinctif.....	653
V. Effets envers les tiers.....	655
A. Généralités.....	655
463. Principe : effet erga omnes de la résolution.....	655
B. Actes de disposition.....	657
1. Principe.....	657
464. Effet réel et de sûreté.....	657
465. Exception en ce qui concerne les choses de genre.....	658
466. Suite – Résolution demandée après la faillite.....	658
2. Tempéraments en matière immobilière.....	661
467. Conditions préalables à l’effet de sûreté de la résolution.....	661
468. Lien entre le droit de résolution et les privilèges immobiliers.....	662
469. Autres tempéraments.....	665
3. Tempéraments en matière mobilière.....	665
470. Conditions préalables à l’effet de sûreté de la résolution.....	665
471. Protection du possesseur de bonne foi.....	666
472. Ancien article 546 du Code de commerce.....	666
473. Lien entre le droit de résolution et le privilège du vendeur impayé – Principe.....	667
474. Suite – Régime.....	669
C. Actes d’administration.....	671
475. Analyse traditionnelle et critique.....	671
D. Actes de conservation.....	672
476. Relativité des effets internes des conventions.....	672
VI. Etendue de la résolution.....	672
477. Plan.....	672
A. En deçà du contrat : la résolution partielle.....	672
1. Introduction.....	672
478. Position du problème.....	672
479. Idée maîtresse : proportionnalité de la sanction.....	673

2. Etendue personnelle de la résolution.....	674
480. Résolution partielle des contrats multipartites.....	674
481. Suite – Exercice de l’action résolutoire.....	676
3. Etendue matérielle de la résolution – Groupes d’obligations séparables.....	684
482. Objections possibles.....	684
483. Premier argument – Droit comparé et droit international.....	687
484. Deuxième argument – Solutions traditionnelles.....	688
485. Troisième argument – Institutions similaires.....	689
486. Quatrième argument – Proportionnalité de la sanction.....	690
487. Conditions.....	691
488. Effets.....	692
4. Etendue matérielle de la résolution – Clause accessoires autonomes.....	693
489. Principe.....	693
490. Applications.....	694
B. Au-delà du contrat : les groupes de contrats.....	696
491. Renvoi.....	696
492. Cas particulier – Chaîne de contrats translatifs de propriété.....	696
CHAPITRE III. CONDITION RÉSOLUTOIRE.....	698
§ 1. <i>Généralités</i>	698
493. Objectif de ce chapitre.....	698
494. Notion.....	698
495. Distinction avec la résolution pour inexécution.....	699
§ 2. <i>Période intermédiaire</i>	700
496. Devoir de réserve du créancier sous condition résolutoire.....	700
§ 3. <i>Effets de la réalisation de la condition résolutoire</i>	700
I. Aperçu général.....	700
497. Renvoi.....	700
II. Fondement.....	701
498. Souci d’assurer l’efficacité de la condition à l’égard des tiers.....	701
499. Absence d’effet rétroactif entre parties – Position du problème.....	701
500. Premier argument – Comparaison avec la nullité et la résolution pour inexécution.....	702
501. Deuxième argument – Limitation du domaine du terme extinctif.....	703
502. Troisième argument – Intérêt économique de l’opération.....	704
503. Conclusion – Approche fonctionnelle.....	705
III. Effets entre parties.....	706
504. Plan.....	706
A. Restitutions.....	706
1. Principe et fondement.....	706
505. Principe.....	706
506. Fondement personnel – Enrichissement sans cause et paiement indu.....	706
507. Suite – Fondement autonome.....	707
508. Fondement réel.....	708
509. Objet des restitutions.....	709
510. Forme et étendue.....	709
511. Suite – Coûts engendrés par les restitutions.....	709
2. Fruits.....	710
512. Conservation des fruits perçus par chaque partie.....	710

3. Contrats successifs et aléatoires.....	712
513. Principe.....	712
4. Plus-values et moins-values.....	713
514. Perte totale de la chose par cas fortuit.....	713
515. Suite – Cas particuliers.....	714
516. Perte partielle de la chose par cas fortuit.....	715
517. Perte de la chose par le fait du créancier conditionnel.....	716
518. Simple diminution de valeur due à une cause étrangère.....	717
519. Augmentation de valeur de la chose.....	717
B. Autres conséquences de la résolution.....	718
520. Effet extinctif.....	718
IV. Envers les tiers.....	718
521. Principe.....	718
522. Actes de disposition.....	719
523. Actes d'administration.....	720
524. Actes de conservation.....	722
V. Etendue de la résolution.....	722
525. « Résolution partielle » du contrat.....	722
526. Résolution et groupes de contrats.....	723
§ 4. Comparaison avec la défaillance de la condition suspensive.....	724
527. Jurisprudence de la Cour de cassation.....	724
528. Objet de la caducité.....	725
529. Justification de l'absence d'effet rétroactif.....	726
530. Maintien partiel du droit aux dommages-intérêts.....	727
531. Restitutions en cas de commencement d'exécution du contrat.....	728
532. Effet sur les actes de disposition accomplis par le débiteur pendente condicione.....	729
CHAPITRE IV. ANALYSE CRITIQUE DES DROITS EFFACÉS.....	731
533. Introduction.....	731
§ 1. Caractère fonctionnel de la rétroactivité.....	731
534. Plan.....	731
I. Synthèse des droits effacés.....	731
535. Continuum des droits effacés.....	731
536. Tableau récapitulatif.....	733
II. Place de la rétroactivité en droit positif.....	733
537. Propositions doctrinales de faire l'économie de la rétroactivité.....	733
538. Première objection – Flexibilité de la rétroactivité.....	735
539. Deuxième objection – Utilité de la rétroactivité.....	737
540. Troisième objection – Opportunité de la rétroactivité.....	738
541. Quatrième objection – Caractère progressif de l'évolution juridique.....	739
§ 2. Correction des régimes par le principe d'égalité.....	740
I. Généralités.....	740
542. Objet de la réflexion : l'atteinte rétroactive aux droits des tiers.....	740
543. Comparabilité des situations.....	740
544. Critère objectif, but poursuivi et pertinence des moyens.....	741
II. Proportionnalité de l'effet rétroactif sur les droits des tiers.....	742
A. Nullité.....	742
545. Position du problème.....	742
546. Incidence de la mauvaise foi.....	742

547. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.	743
548. Droit comparé.	745
549. Cohérence de l'ordre juridique.	745
B. Résolution pour inexécution.	745
550. Délimitation du problème.	745
551. Travaux préparatoires de la loi hypothécaire.	746
552. Comparaison avec la révocation des donations pour cause d'ingratitude.	748
553. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle.	751
554. Droit comparé.	751
555. Cohérence de l'ordre juridique.	751
556. Prudence nécessaire dans le maniement du principe constitutionnel d'égalité.	752
C. Condition résolutoire.	753
557. Principe.	753
III. Conclusion.	754
558. Apport du principe constitutionnel d'égalité en droit privé.	754
TROISIÈME PARTIE. LES DROITS REMODELÉS.	755
559. Objet de la présente partie.	755
CHAPITRE I. MANIFESTATIONS DE LA RÉTROACTIVITÉ CONVENTIONNELLE.	755
560. Plan.	755
<i>§ 1. Modalisation de la rétroactivité par la volonté des parties.</i>	<i>756</i>
561. Effets de la réalisation de la condition – Principe.	756
562. Suite – Justifications.	757
563. Autres illustrations.	758
<i>§ 2. Déclenchement de la rétroactivité par la volonté des parties.</i>	<i>760</i>
564. Nullité et résolution amiables.	760
565. Mutuus dissensus – Principes.	760
566. Suite – Effet rétroactif commandé par la nature de l'acte révoqué.	763
567. Antidate – Notion.	766
568. Suite – Effets entre parties.	766
569. Suite – Effets envers les tiers.	768
CHAPITRE II. RECONNAISSANCE DE LA RÉTROACTIVITÉ CONVENTIONNELLE.	769
<i>§ 1. Fondements.</i>	<i>769</i>
570. Conclusions tirées de l'approche inductive.	769
571. Premier fondement – Principe de l'autonomie de la volonté.	770
572. Second fondement – Opposabilité des effets externes du contrat.	772
573. Suite – Jurisprudence de la Cour de cassation.	773
<i>§ 2. Limites.</i>	<i>775</i>
574. Règles impératives et d'ordre public.	775
575. Tierce complicité.	776
576. Publicité foncière et autres règles protectrices des droits des tiers.	777
577. Interprétation de la volonté des parties.	777
<i>§ 3. Intérêt pratique.</i>	<i>777</i>
578. Entre parties.	777
579. A l'égard des tiers.	778
CHAPITRE III. ANALYSE CRITIQUE DES DROITS REMODELÉS.	779
580. Fonctions de la rétroactivité conventionnelle.	779
581. Apports du principe constitutionnel d'égalité.	780

CONCLUSIONS GÉNÉRALES.....	781
582. Objet de la présente partie.	781
§ 1. <i>Synthèse des résultats de la recherche</i>	781
583. Notions-clefs : rétroactivité et égalité.	781
I. Droits inachevés.....	782
584. Notion de « droits inachevés ».	782
585. Confirmation des actes nuls.	782
586. Ratification des actes accomplis sans pouvoir.	783
587. Réalisation de la condition suspensive et défaillance de la condition résolutoire.	783
588. Caractère fonctionnel de la rétroactivité.	784
589. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité.	785
II. Droits effacés.....	785
590. Notion de « droits effacés ».	785
591. Nullité des actes illicites.	786
592. Résolution des contrats synallagmatiques pour cause d'inexécution.	787
593. Réalisation de la condition résolutoire et défaillance de la condition suspensive.	787
594. Caractère fonctionnel de la rétroactivité.	788
595. Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité.	788
III. Droits remodelés.....	789
596. Consécration de la rétroactivité conventionnelle.	789
§ 2. <i>Réflexions sur la figure de la rétroactivité</i>	790
597. Inconvénients de la rétroactivité conceptuelle.	790
598. Rétroactivité et causalité.	792
599. Utilité résiduelle de la rétroactivité conceptuelle.	794
600. Orientations pour un recours mesuré à la technique de la rétroactivité.	795
BIBLIOGRAPHIE.....	798
§ 1. <i>Ouvrages et articles généraux</i>	798
I. Droit civil et commercial.....	798
II. Droit judiciaire.....	803
III. Droit romain et Ancien droit.....	804
IV. Théorie du droit.....	804
V. Méthode du droit comparé.....	805
§ 2. <i>Rétroactivité en général</i>	805
§ 3. <i>Principe constitutionnel d'égalité</i>	806
§ 4. <i>Confirmation et nullité</i>	808
§ 5. <i>Ratification</i>	810
§ 6. <i>Condition suspensive ou résolutoire</i>	812
§ 7. <i>Résolution pour inexécution</i>	813
§ 8. <i>Rétroactivité conventionnelle</i>	815
TABLE DES MATIÈRES.....	816