

3

Le Livre 5 du Code civil et le droit de l'immobilier

Tour d'horizon¹

Alexandre Rigolet

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'ULiège

et

Caroline Baré

Avocate au barreau de Liège-Huy

Assistante à l'ULiège

Introduction : la portée de la réforme	76
SECTION 1. Le Livre 5 et les immeubles	77
SECTION 2. Pacte de préférence et option d'achat – Application à la vente immobilière	79
SECTION 3. Formation du contrat – Le nouveau régime de la nullité	89
SECTION 4. Les sanctions de l'inexécution de l'obligation	98
SECTION 5. Le changement de circonstances	108
Conclusion	110

1. Les auteurs tiennent à remercier le Pr. Benoit Kohl et M. Charles-Edouard Lambert pour leurs relectures attentives et leurs observations pertinentes.

Introduction : la portée de la réforme

1. L'heure est à la réforme du droit civil. Après l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020 du Livre 8 du Code civil consacré à « La preuve » puis, le 1^{er} septembre 2021, de son Livre 3 « Les Biens », ses Livres 1^{er} « Dispositions générales » et, surtout, 5 « Les obligations » sont, à leur tour, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2023².

Sans lui être spécifique, cette dernière réforme intéresse directement le droit de l'immobilier. En effet, le régime général qu'organise le Livre 5 du Code civil s'applique, en principe, à l'ensemble des actes juridiques, en particulier les contrats, soumis au droit belge. Ceci inclut les actes juridiques qui se rapportent, par leur objet, à un immeuble.

Certes, comme le rappelle son article 5.13, le Livre 5 du Code civil ne modifie pas les règles relatives aux contrats spéciaux. Dans l'attente de la rédaction puis de l'adoption du futur Livre 7 du Code civil consacré aux contrats spéciaux, les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux contrats de vente (d'immeuble), d'entreprise (de construction immobilière) et de bail (d'immeuble), notamment, ainsi que les législations spécifiques qui s'y appliquent, demeurent inchangées. Même pour ces contrats, le Livre 5 organise toutefois le régime par défaut, applicable lorsqu'il n'y est pas dérogé par les règles spécifiques de l'ancien Code civil. Son importance ne peut être sous-estimée.

2. Il n'est, bien entendu, pas possible d'exposer ici l'ensemble des répercussions qu'a(ura) l'adoption du Livre 5 du Code civil sur le droit de l'immobilier. Dans les lignes qui suivent, nous nous concentrerons sur les principales d'entre elles. Nous examinerons, dans un premier temps, les rares dispositions du Livre 5 dont l'application dépend ou est influencée par le rapport avec un immeuble. Nous reviendrons, ensuite, sur une série de règles et d'évolutions qui, sans être spécifiques au droit immobilier, revêtent une importance particulière pour la pratique immobilière.

2. Art. 65 de la loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

Section 1. Le Livre 5 et les immeubles

3. Le Livre 5 du Code civil ne contient que trois références à la notion d'immeuble. Nous commencerons par les examiner.

4. La première se retrouve dans son article 5.45 en vertu duquel « [l]orsque les formalités requises à l'égard des mineurs, soit pour l'aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits après leur majorité ». Il s'agit d'une simple reprise de l'article 1314 de l'ancien Code civil.

5. La deuxième figure en son article 5.178, § 2. Le § 1^{er} de cette disposition permet au débiteur d'un droit litigieux (à savoir un droit qui fait l'objet d'un procès avec contestation sur le fond du droit) de s'en faire délivrer par le cessionnaire « en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ». Le § 2 déroge toutefois à ce principe, notamment, lorsque la cession a été faite « au possesseur de l'immeuble sujet au droit litigieux ». Il s'agit d'une reprise de l'article 1711 de l'ancien Code civil, le terme ambivalent d'« héritage » étant remplacé par celui d'« immeuble ».

On rappellera, dans ce cadre, qu'en vertu de l'article 1615 de l'ancien Code civil, l'obligation du vendeur de délivrer la chose (ici l'immeuble) inclut ses accessoires juridiques, en ce compris les droits dits *propter rem*, à savoir « les droits et les actions fondamentalement attachés à la propriété de la chose et dont l'exercice ne présente d'intérêt que pour le propriétaire »³. Ce principe est à présent consacré en droit commun des obligations à l'article 5.105 du Code civil⁴.

Cette transmission s'opère, en principe, « *de plano* », sans formalité et sans qu'il ne soit nécessaire de prévoir une subrogation⁵. Dans des arrêts remarquables du 13 février 2020⁶ et du 9 mars 2020⁷, la Cour de cassation a jugé que cette transmission « s'applique également lorsque la cession [du bien] intervient après l'introduction d'une action en justice », sauf dans la mesure où le cédant (vendeur) a toujours intérêt à exercer les droits concernés

3. B. KOHL *et al.*, « La vente d'immeuble (de gré à gré) », in *Chroniques notariales*, vol. 73, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 170.

4. En vertu de cet article, « sauf clause contraire, les droits cessibles qui sont étroitement liés à un bien en manière telle que l'intérêt de ces droits dépend de la propriété du bien, sont transmis à celui qui acquiert ce bien à titre particulier. La nature et l'étendue des droits transmis sont déterminées par le contrat dont ils résultent ».

5. Sur cette question, voy. B. KOHL *et al.*, « La vente d'immeuble (de gré à gré) », *op. cit.*, pp. 170-180.

6. Cass., 13 février 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 516.

7. Cass., 9 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1545.

malgré la cession. Elle peut donc concerner des droits litigieux au sens de l'article 5.178, § 2, du Code civil.

À notre estime⁸, l'article 5.178, § 1^{er}, du Code civil ne s'appliquera toutefois pas à une telle cession. L'acheteur doit en effet être assimilé au possesseur de l'immeuble, au sens de l'article 5.178 du Code civil⁹. Nous pensons qu'il ne s'appliquera, pour le même motif, pas non plus à la cession d'un droit litigieux qui serait organisée conventionnellement au profit de l'acquéreur (alors que les conditions de l'article 1615 de l'ancien Code civil ne sont pas réunies). Tel sera, par exemple, le cas d'une clause prévoyant la cession à l'acquéreur d'une créance litigieuse (donc qui fait déjà l'objet d'une action en justice) de loyer(s) à l'égard du locataire de l'immeuble pour une période antérieure à la transmission de la jouissance de l'immeuble¹⁰.

6. Enfin, la troisième référence à la notion d'immeuble est reprise à l'article 5.220 du Code civil, qui prévoit une subrogation légale « au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué ». Il s'agit d'une reprise de l'article 1251, 2^o, de l'ancien Code civil. On ne s'y attardera donc pas.

8. Les travaux préparatoires ne donnent aucune précision à cet égard. Ils se limitent à indiquer que le but de cette disposition est de dissuader les cessions spéculatives (proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 234).

9. La doctrine considère, de plus, que l'article 1699 de l'ancien Code civil, repris à l'article 5.178 § 1^{er}, du Code civil, ne trouve pas application si « le droit qui en est l'objet a été cédé en tant que simple accessoire d'un droit principal qui ne fait pas l'objet d'une contestation ». Il n'y a, en effet, alors pas de spéculation dans le chef du cessionnaire (C. DE JONGHE, « Le retrait litigieux à l'épreuve de la pratique financière contemporaine », *R.D.C.*, 2019, p. 222 ; A. VAN OEVELEN, « Overdracht van betwiste rechten », *R.W.*, 1978-1979, n° 8. En droit français : O. GOUT, « Le rayonnement du droit au retrait litigieux », *D.*, 2013, p. 542 ; E. SAVAUX, « Cession de droits litigieux », *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2015, n° 87). On peut également, dans ce cas, s'interroger quant à l'existence d'un prix réel. Or, une partie de la doctrine considère que l'article 1699 de l'ancien Code civil ne trouve application qu'en présence d'une cession contre un prix en numéraire (C. DE JONGHE, « Le retrait litigieux à l'épreuve de la pratique financière contemporaine », *op. cit.*, p. 222 et les références citées par cet auteur).

10. On songe, par exemple, à la clause suivante « [l]'acquéreur est informé qu'un litige oppose actuellement le vendeur au locataire de l'immeuble devant la justice de paix de XXX, le vendeur lui réclamant des arriérés de loyer à concurrence de XXX EUR. L'acquéreur fera son affaire de cette procédure, l'ensemble des créances que détient le vendeur sur le locataire étant cédées à l'acquéreur. Il garantira l'acquéreur contre toute condamnation qui serait prononcée à son égard au profit du locataire ».

Section 2. Pacte de préférence et option d'achat – Application à la vente immobilière

7. Parmi les articles dont le champ d'application n'est pas limité aux contrats portant sur des biens immeubles mais qui s'avèrent particulièrement importants pour le domaine de l'immobilier, on citera les articles 5.24 à 5.26 du Code civil, relatifs au pacte de préférence et au contrat d'option. On sait, en effet, à quel point ces avant-contrats sont courants en matière immobilière et donnent fréquemment lieu à des difficultés¹¹.

§1. Pacte de préférence

8. L'article 5.24, alinéa 1^{er}, du Code civil définit le pacte de préférence¹² comme le « contrat par lequel une partie s'engage à donner la priorité au bénéficiaire du pacte si elle décide de conclure un contrat ». On y assimile le droit de préférence accordé par les parties¹³ dans le cadre d'une convention plus globale¹⁴. L'article 5.24, alinéa 1^{er}, du Code civil en organise le régime par défaut, applicable si les parties n'y ont pas dérogé dans leur convention (ceci quelle que soit la qualification retenue par les parties¹⁵).

11. B. KOHL *et al.*, « Le contrat de vente immobilière. Développements récents », in B. KOHL (dir.), *La vente immobilière*, coll. CUP, vol. 161, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 30-45.

12. Le législateur n'a pas consacré la distinction fréquemment rencontrée en doctrine entre « *voorkooprecht* » et « *voorkeurrecht* ». Voy., à cet égard, J. BYTTEBIER, « Het conventioneel voorkeur- en voorkooprecht in de notariële praktijk », in *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Frans Bouckaert*, Louvain, Presses Universitaires, 2000, p. 121 ; J. BYTTEBIER, « Het conventioneel voorkeur- en voorkooprecht: een goede redactie voorkomt veel miserie », note sous Bruxelles, 12 avril 2011, *T. Not.*, 2010, p. 254.

13. Le régime de l'article 5.24, alinéa 1^{er}, n'est, en règle, pas applicable aux droits de préemption/préférence accordés par des législations spécifiques et qui en organisent le régime. On songe notamment au droit de préemption accordé au preneur d'un bail à ferme (art. 48 de la loi sur les baux à ferme) et au nouveau droit de « préférence » prévu, en Région bruxelloise, au profit du preneur d'un bail de résidence principale (projet d'ordonnance du 22 juin 2023 portant modification du Code bruxellois du logement en vue de mettre en place un droit de préférence pour les locataires d'un logement mis en vente, n° A-724/1, sess. ord. 2022-2023, adopté le 19 septembre 2023).

14. R. JAFFERALI, « La formation dynamique du contrat », in T. DERVAL, R. JAFFERALI et B. KOHL (coord.), *La réforme du droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 190.

15. T. DERVAL et C.-E. LAMBERT, « La conclusion dynamique du contrat », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 99. La doctrine établit, en effet, une distinction entre droit de préférence (« *voorkeurrecht* ») et droit de préemption (« *voorkooprecht* ») (voy. F. VAN DEN ABEELLE, « Bezint eer ge verbindt! De verbintenissen van de voorkeurgever nader bekeken », in S. DE REY, N. VAN DAMME et T. GLADINEZ (dir.), *Grenzen voorbij. Liber Discipulorum Bernard Tillemans*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 72 et s.). Cette distinction n'ayant pas été reprise par le législateur, le régime de l'article 5.24 paraît applicable quelle que soit la qualification choisie par les parties et à moins qu'elles n'aient dérogé audit régime.

9. Conformément à l'alinéa 2 du même article, le débiteur de l'obligation « ne peut conclure un contrat avec un tiers qu'après avoir donné au bénéficiaire la possibilité d'exercer son droit de préférence. À cette fin, [il] notifie au bénéficiaire les éléments essentiels et substantiels du contrat qu'[il] entend conclure ». Si le bénéficiaire exprime sa volonté d'exercer son droit de préférence, le contrat est formé, la notification valant offre. « Si l'offre n'est pas acceptée, la partie ne peut pas conclure un contrat avec un tiers à un prix inférieur ou à des conditions plus favorables sans procéder à une nouvelle notification conformément à l'alinéa 2 ». Ce dernier passage s'inspire directement de l'article 48, alinéa 3, de la loi sur les baux à ferme.

À l'inverse de ce dernier, l'article 5.24 du Code civil ne fixe pas le délai dont dispose le bénéficiaire pour faire connaître sa décision. Si les parties n'ont pas pris le soin de le préciser, il doit le faire dans un délai raisonnable¹⁶, conformément à l'article 5.19, alinéa 3, du Code civil (la notification valant offre).

10. L'application de ces principes à la vente immobilière pose certaines difficultés. Nous en aborderons trois.

11. La première est l'étendue de l'obligation de notification du débiteur de l'obligation. Comme il vient d'être évoqué, l'article 5.24 du Code civil lui impose, en effet, de notifier au bénéficiaire « les éléments essentiels et substantiels du contrat qu'[il] entend conclure ». Le Code civil ne fournit cependant pas de définition de ces notions.

En ce qui concerne les éléments essentiels, on rappellera, dans ce cadre, qu'en vertu de l'article 1583 de l'ancien Code civil, il y a vente dès lors qu'il y a accord sur la chose et sur le prix. Il s'agit des deux (seuls) éléments essentiels. La question paraît résolue.

La notion d'éléments substantiels est plus délicate. On enseigne, à cet égard, que chacune des parties peut, dans le cadre des négociations, poser des exigences particulières. Conformément à l'article 5.20, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil, l'acceptation d'une offre devant être inconditionnelle, la conclusion (d'un point de vue dynamique) de la vente est alors conditionnée par leur acceptation¹⁷. On songe au paiement d'un acompte, à une condition suspensive d'obtention du financement, une garantie spécifique, un délai de paiement, etc. Ces éléments sont, ce faisant, « essentialisés », « substantialisés ».

16. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 603.

17. L'article 5.20 du Code civil rappelle que l'acceptation doit être inconditionnelle, « sans ajouts, limitations ou autres modifications concernant les éléments essentiels ou substantiels ».

La vente ne se forme alors qu'une fois un accord dégagé sur l'ensemble de ces points, un accord sur la chose et le prix n'étant plus suffisant¹⁸.

Cette pratique est très courante en matière de vente immobilière. Les candidats acheteurs assortissent généralement leurs offres d'exigences supplémentaires qui constituent des dérogations (en leur faveur) au droit commun. Ces exigences sont difficiles à anticiper, si ce n'est peut-être celle de l'insertion d'une condition suspensive de l'obtention d'un crédit. S'agissant d'éléments essentialisés, le vendeur (débiteur) qui, après avoir formulé une première offre de vente, est disposé à accepter les conditions supplémentaires dont le (candidat) acquéreur fait dépendre son consentement, devra procéder à une (nouvelle) notification au bénéficiaire.

Le débiteur est-il, pour autant, tenu de notifier au bénéficiaire du pacte de préférence l'entièreté des éléments repris par le tiers dans son offre ? Le législateur s'étant, sur ce point, écarté du système organisé par l'article 48, alinéa 2, de la loi sur le bail à ferme qui impose au notaire de « notifier au preneur le contenu de l'acte établi sous condition suspensive de non-exercice du droit de préemption, l'identité de l'acheteur exceptée », on pourrait le penser. L'exposé des motifs précise, par ailleurs, que « les conditions générales ne constituent, en principe pas un élément essentiel ou substantiel du contrat, mais uniquement un élément accessoire »¹⁹. L'article 5.23 du Code civil permet, ainsi, la formation du contrat, alors que les parties se sont chacune référées à leurs conditions générales, les clauses incompatibles étant alors écartées. Certains des premiers commentateurs du Livre 5 enseignent, dès lors, que l'article 5.24, alinéa 2, limitant l'obligation de notification du débiteur aux éléments essentiels et substantiels du contrat envisagé, le débiteur n'est pas tenu de communiquer au bénéficiaire l'ensemble des conditions reprises dans l'offre. Si le bénéficiaire ne souhaite pas conclure aux conditions notifiées, le débiteur pourrait, ensuite, négocier avec un tiers des conditions accessoires différentes, pour autant qu'il respecte les éléments essentiels et substantiels notifiés au bénéficiaire et à condition de ne « pas invoquer un désaccord sur des éléments qui, par hypothèse, n'auraient pas été communiqués au bénéficiaire du droit de préférence pour s'opposer, ensuite, à l'existence d'un contrat avec un tiers »²⁰.

18. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 2011-2021*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 75 et s.

19. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 29.

20. T. DERVAL et C.-E. LAMBERT, « La conclusion dynamique du contrat », *op. cit.*, p. 99. En ce sens également : I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 95-96, note n° 410.

On fera cependant preuve de prudence. Nous pensons, en effet, que si le législateur s'est écarté du texte de l'article 48, alinéa 2, de la loi sur le bail à ferme, c'est dans une volonté de créer un régime général, applicable par défaut à tout type de contrat (en ce compris ceux qui ne font pas l'objet d'une convention en bonne et due forme). Or, comme mentionné ci-dessus, une offre forme, en principe, un tout. L'ensemble des conditions y incluses doivent, en règle, être considérées comme ayant été essentialisées et donc être acceptées sans réserve pour que la vente soit formée²¹. La notion d'éléments « substantiels » est, ce faisant, fonction de la volonté des parties (de l'offrant en réalité). Elle est subjective. Nous pensons qu'elle inclut tout ce sur quoi il est négocié avant la conclusion du contrat et donc l'ensemble des conditions spécifiques mentionnées par l'offrant²². Nous en déduisons que l'ensemble des conditions spécifiques proposées par le candidat acquéreur au débiteur (ou que le débiteur entend reprendre dans une contre-offre) doivent

21. R. JAFFERALI, « La formation dynamique du contrat », *op. cit.*, p. 179 : « l'acceptation doit être le miroir de l'offre ». Comme le relève cet auteur, le législateur n'a, ce faisant, pas souhaité consacrer les nuances que prévoient certains instruments internationaux (art. 2:211 PEDC ; art. 2.1.1 Principes d'UNIDROIT ; art. II. – 4:211 DCFR). Une partie de la doctrine enseigne, toutefois, que l'acceptation ne devrait pas porter sur les éléments accessoires de l'offre, à savoir les éléments dont l'offrant n'aurait pas fait dépendre son consentement (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 170 ; Y. NINANE et F. STANDAERT, « La formation du contrat : conclusion dynamique et devoir d'information », in A. CATALDO et F. GEORGE, *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, p. 41). Elle semble pouvoir s'appuyer sur le commentaire de l'article 5.20 du Code civil en ce qu'il indique que « concernant l'alinéa 1^{er} [de l'article 5.21 du Code civil], il faut préciser que lorsque le destinataire érige un élément accessoire de l'offre en élément substantiel, il faut y voir, le cas échéant une contre-offre ». Ceci laisse penser que tout élément repris dans l'offre n'est pas nécessairement essentialisé. Le plus souvent, la partie qui formule une exigence en fait toutefois dépendre son consentement, ce qui l'essentialise (R. JAFFERALI, « La formation dynamique du contrat », *op. cit.*, p. 179, note n° 47). À supposer même que l'élément puisse être considéré comme accessoire (dans l'esprit de l'offrant initial), l'exigence nouvelle posée par son destinataire équivaldra donc, en général, à une contre-offre (art. 5.20 C. civ.).

22. L'offrant pourrait, il est vrai, outre les éléments qui font réellement partie de son offre, proposer une série de modalités (accessoires) dont l'acceptation n'est pas essentielle pour lui (comme une date précise pour signer le compromis ou pour la remise des clés, en indiquant par exemple : « si cette proposition vous convient, nous proposons de nous voir le XXX pour signer le compromis. Nous pourrions ensuite vous remettre les clés le XXX, mais nous aurons l'occasion de nous accorder sur ce point le moment venu »). Ces modalités ne font alors, nous semble-t-il, pas à proprement parler partie de son offre (en tout cas pas de l'offre principale – elles constituent une simple anticipation de discussions futures sur des éléments accessoires). Il en va de même lorsque le destinataire de l'offre l'accepte sans réserve et propose de telles modalités (par exemple en indiquant que « je vous confirme mon acceptation de votre proposition. En ce qui concerne la date de remise des clés, je vous propose, si cela vous convient, de vous la fixer au XXX, date de mon retour de l'étranger »). Ces cas de figure paraissent toutefois relativement rares : le fait pour l'offrant (ou le destinataire de l'offre) de reprendre un élément dans son offre (ou dans sa réponse à l'offre) exprime, le plus souvent, sa volonté d'en faire dépendre la conclusion du contrat de vente, donc de l'essentialiser. Quand les parties négocient sur un point, c'est, en général, car elles souhaitent le régler avant d'être engagées contractuellement.

être incluses dans la notification. Sous réserve du sort des conditions générales²³, seuls les éléments relatifs à l'identité du candidat (nom, coordonnées, etc.) ou, éventuellement, ceux dont il est certain qu'ils sont sans intérêt pour le bénéficiaire car ne lui apportant aucun bénéfice, pourront être omis. Il en ira de même lorsque le débiteur entend formuler une contreproposition au candidat acquéreur.

Par ailleurs, même à considérer que les conditions générales auxquelles l'offre renverrait puissent, elles, être considérées comme un élément accessoire, elles devront être communiquées au bénéficiaire si l'offrant suspend²⁴, conformément à l'alinéa 4 de l'article 5.23 du Code civil, la formation du contrat à leur application pleine et entière (en écartant donc le mécanisme de l'article 5.23, alinéa 3). Pareille exigence en fait alors, en effet, un élément substantiel de son offre.

12. La deuxième est la portée exacte de l'interdiction de « conclure un contrat avec un tiers à un prix inférieur ou à des conditions plus favorables sans procéder à une nouvelle notification ».

Deux cas de figure ne posent pas de difficulté.

Il paraît, premièrement, acquis que toute réduction du prix devra entraîner une nouvelle notification. Ceci même si cette réduction est la contrepartie de conditions plus défavorables à l'acheteur que celles initialement notifiées.

Deuxièmement et à l'inverse, une nouvelle notification ne sera pas nécessaire si le débiteur parvient, après la notification au bénéficiaire, à obtenir du candidat acquéreur qu'il renonce à certaines des exigences essentialisées dans son offre initiale, objet de la notification. La notification visée à l'article 5.24, alinéa 1^{er}, du Code civil n'impose, en effet, pas au débiteur d'accepter l'offre du tiers si le bénéficiaire n'exerce pas son droit de préférence. Le débiteur demeure libre de négocier à son avantage avec le candidat acquéreur (par exemple en obtenant qu'il fournisse une garantie supplémentaire ou renonce finalement à la condition suspensive d'obtention du financement nécessaire qui figurait dans sa première offre). La vente n'est alors pas conclue à des conditions plus favorables.

Il se peut cependant que les négociations entre le débiteur et le tiers les amènent à convenir de conditions différentes (certaines en faveur du tiers, d'autres du débiteur) que celles initialement envisagées (et notifiées). Une nouvelle notification doit-elle alors être effectuée ?

23. La référence à de telles conditions en cas de vente d'immeuble étant (très) peu courante.

24. Cette réserve devant être expresse. Il n'est pas suffisant qu'elle soit exprimée dans des conditions générales (art. 5.23, al. 4, C. civ.).

Le texte de l'article 5.24, alinéa 4, visant des conditions plus favorables et non différentes, on est tenté de répondre par la négative. Bien que le texte ne soit pas explicite sur ce point, il semble, par ailleurs, que l'intention du législateur a été d'imposer une comparaison entre les conditions notifiées et celles finalement convenues, sans prendre en compte d'éventuels éléments accessoires qui auraient été précisés ultérieurement à l'occasion de la conclusion de la vente avec le tiers.

En matière de bail à ferme (législation dont se sont inspirés les auteurs du Livre 5), certains auteurs enseignent toutefois que l'acceptation d'une offre différente de celle notifiée au bénéficiaire équivaut à une vente à des conditions plus favorables²⁵. Si l'on transpose ce principe à l'article 5.24 du Code civil²⁶, il en résulte qu'une modification des conditions essentielles et substantielles notifiées au bénéficiaire nécessite une nouvelle notification. Plus généralement, il pourrait être défendu que le principe d'exécution de bonne foi s'oppose à ce que le débiteur notifie au bénéficiaire certaines conditions, puis entreprenne de négocier avec le tiers des conditions très différentes qui auraient pu conduire le bénéficiaire à exercer son droit.

Le fait que le débiteur et le tiers aient pris le soin, lors de la conclusion de la vente, de s'entendre sur certains points qui n'ont pas été notifiés au bénéficiaire pourrait, de plus, être interprété comme démontrant qu'il ne s'agit pas d'éléments accessoires. Le bénéficiaire pourrait contester le caractère complet de la notification.

Quelle que soit la thèse retenue, on soulignera le caractère subjectif de l'appréciation du caractère plus ou moins favorable des conditions finalement fixées. Le débiteur qui se dispense d'une nouvelle notification court le risque de voir son appréciation remise en cause par le bénéficiaire. Dans un arrêt du 17 janvier 1975, la Cour de cassation a, dans ce cadre, jugé que la vente en deux parties distinctes d'une parcelle offerte au bénéficiaire dans son entièreté méconnaît le droit de préemption du fermier²⁷. Elle a adopté la même conclusion dans un arrêt du 14 novembre 1975²⁸, en présence d'une

25. R. EECKLOO et R. GOTZEN, *Pacht & Voorkoop*, 2^e éd., Louvain, Uitgave van de Belgische Boerenbond, 1990, p. 359. Selon ces auteurs, « *dje eerste voorwaarde dient in die zin te worden geïnterpreteerd dat elke verkoopsvoorwaarde waaronder de verkoop uit de hand aan een derde gebeurt, ten minste even zwaar dient te zijn als de overeenstemmende voorwaarde die aan de pachter werd voorgesteld. [...] Een soort verrekening tussen minder gunstige en meer gunstige voorwaarden is zeker niet mogelijk* ». Dans le même sens : H. D'UDEKEM D'ACQZ, I. SNICK et M. SNICK, *De pachtovereenkomst*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 531.

26. On soulignera que, sous le régime de la loi du 7 novembre 1988, à l'époque applicable, l'obligation de notifier les conditions de la vente « se limitait aux conditions les plus importantes, l'offre devant contenir à tout le moins les éléments essentiels de la vente projetée » (*Rép. not.*, t. VIII, l. 2, n° 637).

27. Cass., 17 janvier 1975, F-19750117-1, www.juportal.be.

28. Cass., 14 novembre 1975, F-19751114-1, www.juportal.be.

vente consentie à des tiers de (respectivement) l'usufruit et de la nue-proprété, alors que seule l'acquisition en pleine propriété avait été offerte au bénéficiaire (fermier).

Lorsque la notification n'est pas suivie de l'acceptation pure et simple de l'offre du tiers²⁹ et que les négociations amènent à une modification des conditions initialement envisagées, on ne pourra donc qu'inciter le débiteur à effectuer une nouvelle notification au bénéficiaire.

13. En revanche et selon nous, une fois la vente formée avec le tiers (le bénéficiaire n'ayant pas souhaité conclure aux conditions notifiées), rien n'empêche alors les parties à la vente d'aménager les éléments accessoires sur lesquels elles ne se sont pas déjà accordées. Ceci, bien entendu, à condition de ne pas revenir, au bénéfice de l'acheteur, sur les éléments notifiés au bénéficiaire.

14. On relèvera, enfin, que l'article 5.24 ne règle pas la question, objet de nombreuses controverses, de la vente d'une partie de l'immeuble objet du droit de préférence ou de la vente de celui-ci dans le cadre d'un accord plus large. On rappellera, dans ce cadre, qu'il semble à présent généralement admis que le débiteur peut céder une partie seulement du bien, le droit de préemption étant alors divisé³⁰. Le bénéficiaire a l'opportunité d'acquérir la partie mise en vente, tout en conservant son droit de préférence sur la partie restante. L'obligation pour le débiteur d'offrir le bien séparément au bénéficiaire lorsqu'il entend le céder au sein d'un ensemble plus vaste demeure, en revanche, controversée³¹.

29. Le fait que l'article 5.24, alinéa 2, interdit de « conclure » un contrat avec un tiers avant d'en avoir notifié les conditions au bénéficiaire ne s'oppose, à notre estime, pas à ce que le débiteur conclue la convention sous la condition suspensive du non-exercice du droit de préférence. Certes, une convention sous condition suspensive est conclue (ce qui permet au débiteur d'éviter que le tiers ne se ravise, le temps que le bénéficiaire prenne sa décision). Elle ne sort cependant pas ses effets et la levée de l'option la rendra caduque. La conclusion d'un tel contrat ne constitue donc pas une méconnaissance du pacte de préférence.

30. J. DEWEZ, « Le régime juridique du pacte de préférence et les sanctions de sa violation : nouvelles perspectives », note sous Cass., 27 avril 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 434 ; M. VANWIJK-ALEXANDRE et S. BAR, « Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité », in M. VANWIJK-ALEXANDRE et P. WÉRY (éd.), *Le processus de formation du contrat*, coll. CUP, vol. 51, Liège, Larcier, 2004, p. 155. L'article 50, alinéa 1^{er}, de la loi sur le bail à ferme dont se sont inspirés les rédacteurs du Livre 5 l'autorise expressément.

31. Il semble ressortir d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2010 (*J.L.M.B.*, 2011, p. 1983) qu'en cas de vente d'un bien faisant l'objet d'un droit de préférence au sein d'un ensemble plus large, il doit être offert séparément au bénéficiaire. C'est ce que prévoit l'article 50, alinéa 3, de la loi sur le bail à ferme. La question demeure toutefois controversée, cet arrêt laissant place à interprétation et la jurisprudence n'étant pas alignée (voy. J. DEWEZ, « Le régime juridique du pacte de préférence et les sanctions de sa violation : nouvelles perspectives », *op. cit.*, p. 434 ; B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 59, n° 37).

§2. Option d'achat

15. L'article 5.25 du Code civil définit l'option (d'achat) comme le « contrat par lequel une partie donne à son bénéficiaire le droit de décider de conclure avec elle un contrat dont les éléments essentiels et substantiels sont établis et pour la formation duquel il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire ». L'option (d'achat) se distingue fondamentalement du pacte de préférence, son bénéficiaire disposant du droit de conclure la convention s'il exerce son option, sans que cette option ne soit conditionnée par la décision du débiteur de l'obligation de vendre son bien. La seule levée de l'option entraîne donc la conclusion du contrat (sans effet rétroactif).

16. Il s'agit, à nouveau, d'un mécanisme particulièrement courant en matière immobilière. Les deux (seuls) éléments essentiels de la vente étant l'objet et le prix, l'option peut se limiter à mentionner l'immeuble concerné et le prix.

§3. Durée du pacte de préférence et de l'option d'achat

17. Les parties fixent librement la durée du pacte de préférence et de l'option d'achat. Leur accord sur ce point peut être implicite pour autant que leur volonté soit certaine. Ainsi, lorsque le pacte de préférence est inclus dans un bail, on doit, en principe et à notre estime, considérer que sa durée est calquée sur celle du bail.

18. Les articles 5.24 à 5.26 du Code civil ne règlent pas spécifiquement la question de la durée du pacte de préférence et de l'option d'achat. À défaut d'accord des parties, on en revient donc aux règles de droit commun des obligations.

On s'accorde, sur cette base, pour considérer que le pacte de préférence dont la durée n'est pas fixée par les parties vaut pour une durée raisonnable³². Cette durée s'apprécie selon l'ensemble des circonstances de l'espèce.

S'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2014³³, une partie de la doctrine enseigne qu'en revanche, lorsque la durée d'une option d'achat n'est pas déterminée, elle est de dix ans, soit le délai de prescription de l'article 2262*bis*, § 1^{er}, de l'ancien Code civil³⁴. On s'interroge, toutefois, sur la pertinence de cette conclusion, la durée dont dispose le bénéficiaire d'une option pour la lever ne semblant pas pouvoir être assimilée à un délai de prescription. La doctrine relève, dans ce cadre et à juste titre selon nous,

32. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2023, p. 175 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, p. 603.

33. Cass., 26 mai 2014, *Arr. Cass.*, p. 1320 ; *Pas.*, 2014, p. 1292.

34. F. VANDERMEERSCH, « La formation dynamique du contrat », in B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, p. 107.

la confusion opérée par la Cour de cassation entre le délai de prescription et la durée de l'engagement du débiteur. Elle souligne que le délai de prescription de dix ans ne commence à courir qu'à partir du moment où naît le droit d'intenter une action en justice (à savoir au moment de l'inexécution par le promettant des obligations résultant de la promesse). Elle considère qu'en présence d'une promesse de vente (ou d'achat) d'une durée indéterminée, le promettant peut décider d'y mettre fin moyennant un préavis raisonnable notifié à son cocontractant³⁵, ceci par analogie avec le régime de l'offre (art. 5.19 C. civ.)³⁶. Compte tenu de ces incertitudes, on ne pourra qu'insister sur l'importance de fixer dans la convention la durée de validité de l'option.

§4. Sanctions

19. En cas de méconnaissance du pacte de préférence ou du contrat d'option, le bénéficiaire dispose, à l'égard du débiteur, des sanctions de droit commun. Il s'agira le plus souvent de dommages et intérêts. Les parties peuvent, dans ce cadre, prévoir une indemnisation forfaitaire (clause indemnitaire), souvent calculée sur la base d'un pourcentage du prix de la vente faite en violation de l'obligation du débiteur.

Principale innovation, l'article 5.26, alinéa 2, du Code civil permet, en outre, au bénéficiaire, en cas de mauvaise foi dans le chef du tiers (complice), non seulement d'obtenir de lui des dommages et intérêts et/ou l'inopposabilité du contrat conclu avec ce dernier³⁷ mais, également (alternativement), de demander à être substitué au tiers dans le contrat conclu. Ainsi, « par l'effet de cette substitution, le bénéficiaire peut prendre la place du tiers complice (au prix et aux conditions convenus avec le tiers) »³⁸. Ce faisant, « en demandant la substitution, le bénéficiaire exprime sa volonté de contracter à ces conditions »³⁹. Pareille possibilité est, évidemment, de premier intérêt lorsque le débiteur contracte avec un tiers à des conditions plus favorables que celles qu'il a notifiées au bénéficiaire ou qui sont fixées dans l'option d'achat.

35. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 2011-2021*, op. cit., pp. 44-45.

36. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, op. cit., pp. 171-172.

37. Mais pas, comme sous l'emprise de l'ancien Code civil (Cass., 26 avril 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 432), son annulation (proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 30).

38. *Ibid.*

39. Nous pensons néanmoins que le bénéficiaire pourrait, en cours de procédure, abandonner une demande de remplacement, au profit d'une demande d'indemnisation ou d'inopposabilité. Le débiteur et/ou le tiers qui s'oppose à cette demande serait, en effet, malvenu de vouloir lui interdire de la modifier. Il est, par ailleurs, admis qu'une partie qui poursuit initialement l'exécution en nature d'une convention, opte ensuite pour sa résolution. On ne voit pas pour quel motif il en irait autrement avec une demande de substitution.

20. Il revient toutefois au bénéficiaire de démontrer la mauvaise foi du tiers. Il doit, en d'autres termes, établir que celui-ci avait ou aurait dû avoir⁴⁰ connaissance de la violation du pacte de préférence ou du contrat d'option, au moment de la conclusion de la vente.

Pareille preuve peut être difficile à rapporter. On soulignera, toutefois, qu'en vertu de l'article 3.30, § 1^{er}, 5°, du Code civil, « les actes qui accordent un droit de préférence, un droit de préemption ou un droit d'option sur un droit réel immobilier » sont soumis à transcription. La doctrine considère que cette transcription crée une présomption irréfragable de mauvaise foi dans le chef du tiers⁴¹, présomption qui vaut également pour l'application de l'article 5.26, alinéa 2, du Code civil⁴². Ceci suppose néanmoins que le pacte de préférence ou l'option d'achat ait été repris dans un acte authentique, seuls les actes authentiques étant admis à la transcription.

À défaut de transcription, le tiers est, conformément au droit commun, présumé de bonne foi (art. 1.9 C. civ.). Le bénéficiaire conserve toutefois la possibilité de démontrer qu'il en avait ou devait en avoir connaissance au moment de la conclusion de la vente⁴³.

40. Le commentaire de l'article 5.24 du Code civil renvoie à l'article 5.111 du Code civil (tierce complicité) dont le commentaire précise qu'il codifie la règle selon laquelle « un tiers commet un comportement fautif lorsqu'il a connaissance de l'obligation contractuelle ou, du moins, lorsqu'il devait en avoir connaissance, et que néanmoins il participe à la violation du contrat [...] » (proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 30 et 139).

41. P. LECOCQ et R. POPA, « Dispositions générales », in P. LECOCQ *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 46, p. 60. Si ces auteures parlent d'un « renversement de la charge de la preuve », elles écrivent que « [l]orsque le pacte de préférence a été dûment transcrit, comment le tiers-acquéreur du bien litigieux pourrait-il, en effet, prétendre qu'il n'en avait pas connaissance au moment d'acquérir son droit concurrent sur le bien et qu'il n'avait pas conscience qu'il participait, ce faisant, à la violation dudit pacte ? », ce qui laisse penser que le tiers ne pourrait pas démontrer sa bonne foi. V. SAGAERT, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, t. V, *Goederenrecht*, Malines, Kluwer, 2021, n° 1340, p. 1166 et n° 1356, p. 1176 ; B. VERHEYE, « Onroerende publiciteit », in J. BAECK *et al.* (dir.), *Het nieuwe goederenrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, n° 31, p. 236 ; L. BARNICH, « La publicité foncière dans le Livre 3 du nouveau Code civil », *Rev. not. b.*, 2020, p. 508 ; A. DESPRET, « Dispositions générales et classifications en droit des biens : questions choisies », in N. BERNARD et B. HAVET (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, n° 43, p. 53 et n° 46, p. 60.

42. R. JAFFERALI, « La formation dynamique du contrat », *op. cit.*, p. 193.

43. P. LECOCQ et R. POPA, « Dispositions générales », *op. cit.*, p. 60.

Section 3. Formation du contrat – Le nouveau régime de la nullité

21. Le régime de la nullité d'un contrat a toujours fait l'objet d'une doctrine et d'une jurisprudence prolifiques. Le Livre 5 du Code civil procède principalement à une codification et à une clarification des règles déjà dégagées par la jurisprudence. Il introduit néanmoins plusieurs évolutions, directement pertinentes pour le secteur de l'immobilier.

§1. Possibilité d'appliquer une autre sanction que la nullité

22. En vertu de l'article 5.57, alinéa 1^{er}, du Code civil, « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». Tel est notamment le cas lorsque le consentement de l'une des parties est affecté d'un vice (erreur, dol, violence, abus de circonstances⁴⁴) ou lorsque l'objet du contrat est illicite⁴⁵.

23. Un contrat a un objet illicite s'il oblige les parties à des prestations elles-mêmes illicites ou s'il permet le maintien d'une situation illicite⁴⁶. L'article 5.51 du Code civil le précise, reprenant ce faisant la formule dégagée

44. Terme qui remplace celui de « lésion qualifiée », ainsi renommé(e) et consacré(e) à l'article 5.37 du Code civil.

45. L'article 5.46 du Code civil distingue expressément – et pour plus de clarté – l'objet du contrat, soit « les obligations ou les autres effets de droit que visent les parties » et l'objet d'une obligation, à savoir « une prestation qui peut consister à faire ou ne pas faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir quelque chose ». L'article 5.63 du Code civil consacre, dans ce cadre, la possibilité d'une nullité partielle du contrat : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée. La clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat ». Il en va ainsi lorsqu'une clause résolutoire expresse est insérée dans un contrat de bail au mépris de l'interdiction faite par l'article 1762bis de l'ancien Code civil (en bail de droit commun ou en bail commercial), par l'article 37 du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation ou encore par l'article 29 de la loi du 4 avril 1969 en matière de bail à ferme.

46. Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *Pas.*, 2015/1, p. 252 : « l'objet d'une convention est illicite si elle oblige à une prestation interdite par une loi d'ordre public ou est contraire aux bonnes mœurs ». Voy. également Cass. (1^{re} ch.), 8 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999/40, p. 1720 ; *Rev. dr. comm. b.*, 1999, p. 855, qui considère que l'objet est illicite lorsque le contrat a pour objet de « créer ou de maintenir une situation illégale » ainsi que N. Bernard, pour qui le bail encourt la sanction de la nullité lorsque son objet « suppose de créer, autoriser ou perpétuer une situation contraire à l'ordre public » (N. BERNARD, « L'impact sur le contrat de bail des règles prises par les régions en matière de salubrité, d'urbanisme et de performance énergétique. Position du problème », in N. BERNARD (dir.), *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 41, n° 42 et réf. citées). Voy. également Cass., 10 mars 2023, C.22.0119.N, www.juportal.be.

par la jurisprudence⁴⁷ : « La prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ».

L'article 5.58 du Code civil consacre, par ailleurs, la distinction entre « nullité absolue » et « nullité relative » : il y a nullité absolue « lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir ». À l'inverse, « la nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la personne protégée peut s'en prévaloir ».

24. Ces principes connaissent de nombreuses applications en matière de bail d'immeuble. Ainsi, la nullité est régulièrement prononcée lorsque le bail porte sur un immeuble destiné à la prostitution ou à l'exploitation d'une maison de débauche⁴⁸. Elle est également appliquée lorsque sont violées des dispositions relatives aux polices de l'urbanisme et de l'environnement⁴⁹ ou encore, lorsqu'un bien est mis en location sans permis de location⁵⁰ alors qu'un tel permis est obligatoire⁵¹. Concernant plus précisément la violation de prescriptions urbanistiques, on citera, à titre d'exemple, la mise en location d'un bien à titre de résidence principale en contradiction avec sa destination

47. Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015 et Cass. (1^{re} ch.), 8 avril 1999.

48. Voy. notamment J.P. Bree, 17 décembre 2009, *Huur*, 2012, pp. 31-33 ; Civ. Tongres, 2 janvier 2012, *Huur*, 2012, pp. 33-35 ; Anvers, 2 février 2010, *NjW*, 2010, pp. 757-760, note C. LEBON.

49. J. VAN YPERSELE, « Le droit du bail à l'épreuve du droit de l'environnement », *Amén.*, 2007, pp. 105 et s. ; B. LOUVEAUX, « Les effets du permis d'urbanisme sur les contrats : l'exemple bruxellois », *REDRIM*, 2000, pp. 182-191 ; M. DELNOY, « Licéité des baux au regard de la police de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme », *Act. jur. baux*, 1999, pp. 98 et s. ; J.P. Ixelles, 22 avril 1998, *Act. jur. baux*, 1999, p. 108 ; Comm. Bruxelles, 14 octobre 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 267.

50. Voy. notamment, à propos du permis de location, J.P. Namur, 4 septembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1870 ; *Échos-log.*, 2012, p. 20 ; J.P. Namur, 10 mai 2002, *Échos-log.*, 2002, p. 119 ; J.P. Tournai, 4 septembre 2001, *Échos-log.*, 2002, p. 117 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 513 ; J.P. Wavre, 29 mars 2001, *Échos-log.*, 2001, p. 80 ; J.P. Tournai, 3 janvier 2001, *Échos-log.*, 2001, p. 82 ; J.P. Grâce-Hollogne, 10 octobre 2000, *Échos-log.*, 2001, p. 14 ; J.P. Mol, 17 septembre 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 48 et note M. DAMBRE ; J.P. Saint-Trond, 12 avril 2001, *Huur*, 2002, p. 139 ; *Échos-log.*, 2002, p. 204 ; *J.J.P.*, 2003, p. 86 ; J.P. Wavre, 30 décembre 1999, *Échos-log.*, 2000, p. 92, obs. L. THOLOMÉ. Voy. également N. BERNARD et L. THOLOMÉ, « Le permis de location a 20 ans ! Chronique de jurisprudence 1995-2015 », *Échos-log.*, 2015, pp. 32-42, spéc. n° 19.

51. En Région wallonne, le permis de location est exigé pour les « logements collectifs » et les « petits logements individuels » loués ou mis en location à titre de résidence principale (voy. art. 9 et 10 du Code wallon de l'habitation durable). Pour un bref aperçu des permis de location exigés dans chaque Région, voy. D. GRISARD, F. ONCLIN et S. STEELS, « Le droit des contrats immobiliers. Les baux à loyer », in B. KOHL (coord.), in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 64, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 159 et s.

urbanistique (rez-de-chaussée commercial)⁵², ou les baux d'habitation portant sur des logements créés au sein d'un immeuble unifamilial sans qu'un permis d'urbanisme autorisant la division de l'immeuble en plusieurs logements n'ait été octroyé⁵³. Ces situations ont pour effet de créer ou de perpétuer l'infraction urbanistique⁵⁴ et entraînent donc, en principe, la nullité du contrat.

25. L'annulation du contrat n'est toutefois pas automatique. En vertu de l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil, « le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ». Les travaux préparatoires précisent que « ce faisant, la disposition répond à l'appel formulé par certaines voix qui se sont élevées en doctrine et en jurisprudence pour déplorer l'application systématique de la nullité dans des matières touchant certes à l'ordre public, mais où le prononcé de cette sanction aurait des conséquences drastiques contraires aux intentions du législateur »⁵⁵, notamment en matière de bail⁵⁶ ou de contrat d'entreprise (en particulier en présence d'une infraction urbanistique)⁵⁷.

26. On rappellera, dans ce cadre et à titre d'illustration, la controverse qui a longtemps animé – et anime toujours – la doctrine et la jurisprudence lorsque le bien loué ne respecte pas, lors de sa mise en location, les normes régionales de sécurité, de salubrité et d'habitabilité (art. 3 à 4bis du Code wallon du logement et de l'habitat durable ou art. 4 à 14 du Code bruxellois

52. Civ. fr. Bruxelles, 8 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2018, p. 165. Sur la question de la nullité du bail en raison de la violation de prescriptions urbanistiques relatives au classement de bureaux loués dans une zone destinée à l'habitation, voy. J.P. Uccle, 5 janvier 2018, n° 16A3290, *Amén.*, 2018, reflet F. ONCLIN, liv. 5, p. 323.

53. J.P. Sprimont, 26 mars 2019, *J.J.P.*, 2019/7, p. 446 ; J.P. Wavre (2^e canton), 13 juillet 2018, *J.J.P.*, 2019/7, p. 364. De manière similaire, le tribunal de première instance de Bruxelles prononce la nullité d'un bail portant sur un appartement aménagé sans permis d'urbanisme (augmentation du nombre d'unités de logements dans le bâtiment) (Civ. fr. Bruxelles, 11 septembre 2017, *R.G.D.C.*, 2019/01, p. 29). Voy. également J.P. Westerlo, 23 janvier 2019, *J.J.P.*, 1-2/2020, pp. 40-43.

54. Ceci étant, l'infraction urbanistique n'est pas toujours créée ou même perpétuée par le contrat de bail et l'analyse doit, dans certains cas, être nuancée. À cet égard, voy. B. KOHL et C. BARÉ, « Section 2 – Bail d'habitation de résidence principale », in *Le bail de droit commun, d'habitation et commercial*, Bruxelles, Larcier, 2022, n° 69, pp. 105-109 ; voy. également C. BARÉ, « 7. – Les conséquences civiles sur le contrat de bail de la violation des normes administratives relatives au logement », in A. PIRSON. (dir.), *Actualités de droit public en matière de logement*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 241-246.

55. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 64-65.

56. Les travaux préparatoires citent J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public : libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », in N. BERNARD (dir.), *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, op. cit., pp. 156 et s.

57. Les travaux préparatoires citent : Cass., 7 novembre 2019, C.19 0061.N ; Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. WÉRY.

du logement). Ces normes étant généralement considérées comme d'ordre public, une partie de la jurisprudence estimait devoir prononcer la nullité du bail lorsque le bien loué ne répond(ait) pas à ces critères de qualité lors de la mise en location⁵⁸. La nullité – absolue – du bail empêchait cependant le preneur de se maintenir dans les lieux et de réclamer au bailleur l'exécution de travaux de mise en conformité du bien loué, comme le lui permettait pourtant l'ancien article 2, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence principale⁵⁹. En d'autres termes, le droit du preneur d'exiger la mise en conformité du bien était « court-circuité » par la nullité absolue du bail prononcée par les juges.

La doctrine n'avait pas manqué de dénoncer cet « effet pervers » de la nullité absolue⁶⁰. La jurisprudence de fond avait fini par lui emboîter le pas, en considérant que la sanction de nullité absolue devait être réservée « aux violations les plus flagrantes, apportées aux normes de qualité les plus essentielles et les plus élémentaires »⁶¹. Cette évolution a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 2022 au terme duquel la Cour a confirmé que le locataire peut opter, même lorsque le bien loué ne répond pas aux normes régionales de sécurité, salubrité et habitabilité, pour l'exécution de travaux de mise en conformité par le bailleur⁶².

58. Voy. notamment J.P. Westerlo, 14 septembre 2009, *J.J.P.*, 2009, pp. 364-367 ; J.P. Zomergem, 30 septembre 2011, *Huur*, 2011, pp. 180-184 ; Civ. Bruxelles, 12 janvier 2010, *Res jur. imm.*, 2010, pp. 107-119 ; J.P. Bruxelles, 19 novembre 2009, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 463-464. ; Civ. Bruxelles, 24 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 308, note N. BERNARD ; J.P. Borgloon, 8 avril 2014, *Huur*, 2014, p. 122 ; J.P. Zomergem, 3 janvier 2014, *Huur*, 2014, p. 172 ; J.P. Veurne-Nieuwport, 12 février 2013, *T. Not.*, 2014, p. 217. Comp. J.P. Saint-Trond, 25 mai 2010, *R.W.*, 2011-2012, pp. 411-414 ; J.P. Charleroi, 12 octobre 2009, *Échos-log.*, 2012, pp. 21-22.

59. En Région wallonne, l'article 9, § 2, du décret du 15 mars 2023 a succédé à cette disposition le 1^{er} septembre 2018 et en a repris le principe. Le législateur wallon a expressément qualifié cette disposition « d'impérative » (et non d'ordre public), pensant ainsi solutionner la controverse (voy., à ce sujet, B. KOHL et C. BARÉ, « Section 2 – Bail d'habitation de résidence principale » *op. cit.*, p. 118 et C. BARÉ, « 7. – Les conséquences civiles sur le contrat de bail de la violation des normes administratives relatives au logement », *op. cit.*, p. 251).

60. Voy. notamment N. BERNARD, « Règles régionales de salubrité et nullité du bail : vers un tournant majeur dans l'appréciation des juges », note sous Civ. Bruxelles, 19 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016/3, p. 139.

61. J.P. Tournai II, 4 juillet 2017, *J.T.*, 2018/29, n° 6741, pp. 664-665. Voy. également et notamment Civ. Bruxelles, 19 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016/3, p. 133, note N. BERNARD et Civ. Bruxelles (77^e ch.), 8 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2018/4, pp. 165-173.

62. Cass., 6 janvier 2022, www.juportal.be : « Le moyen, qui soutient tout entier qu'il découle du caractère d'ordre public des normes de qualité d'habitat consacrées dans le Code flamand du Logement, tel qu'il s'applique au litige, que le juge, qui constate que l'habitation louée ne répondait pas à ces normes au début du bail, est tenu de soulever d'office la nullité absolue du bail pour cause de contrariété de l'objet ou de la cause du contrat de bail avec l'ordre public, et que le locataire n'est plus fondé à opter pour le régime de sanctions prévu à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 21 février 1991 en réclamant l'exécution par le bailleur des travaux nécessaires ou à demander la résolution du contrat, repose sur une conception juridique inexacte ».

Ce tournant dans la jurisprudence avait, en réalité, déjà été amorcé en matière de contrat d'entreprise. Dans un arrêt très remarqué du 7 novembre 2019⁶³, la Cour avait ainsi jugé qu'un contrat ayant pour objet la construction d'un bâtiment d'habitation en contrariété avec les prescriptions urbanistiques peut échapper à la nullité dès lors qu'il peut être remédié à son caractère illicite de telle façon que l'objectif poursuivi par la loi est ou peut être atteint⁶⁴.

27. Si l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil constitue donc la consécration d'une évolution jurisprudentielle plutôt qu'une véritable réforme, cette nouveauté n'en est pas moins notable. On s'attend à ce que cette disposition entraîne une évolution sensible de la jurisprudence de fond.

28. Ainsi, les infractions urbanistiques créées (ou perpétuées) par un contrat d'entreprise portant sur la construction d'un immeuble n'entraîneront, en principe, plus la nullité du contrat lorsqu'il y aura entretemps été remédié⁶⁵. Il en ira de même lorsqu'elles peuvent être régularisées et que la sanction de nullité ne serait pas appropriée (eu égard au but de la règle violée et au contexte du litige). De la même manière, l'infraction consistant à mettre en location un « logement collectif » ou un « petit logement individuel » (au sens de l'article 1^{er}, 5^o et 6^o, du Code wallon de l'habitation durable) sans permis de location ne donnera plus nécessairement lieu à la nullité du bail, *a fortiori* si elle est régularisée en cours de location et que le bailleur obtient un permis⁶⁶.

63. Cass., 7 novembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 893, note E. DE DUVE. Le litige portait sur un contrat par lequel la demanderesse s'était « engagée à ériger une maison d'habitation avec garage attenant ». L'annulation du contrat était postulée en raison de la différence de niveau (8 cm) entre l'habitation et le garage, en infraction avec le permis d'urbanisme octroyé. Cette infraction pouvait toutefois être régularisée en procédant à des réparations dont le coût était relativement limité. La Cour de cassation a jugé que les juges d'appel n'avaient pas légalement justifié leur décision en considérant que la convention était frappée de nullité absolue, alors que la cause de cette nullité pouvait être régularisée par les parties.

64. Plus récemment et toujours en matière de contrat d'entreprise, voy. Cass., 10 mars 2023, C.22.0119.N, www.juportal.be. Voy. également, en matière de convention de concession de services (droit européen), Cass., 22 janvier 2021, C.19.0303.N, www.juportal.be.

65. Les travaux préparatoires indiquent, ainsi, qu'« il n'a pas été jugé utile de consacrer une disposition spécifique de la proposition à la régularisation des actes nuls, permise dans certains cas particuliers seulement par la loi (voy. art. 1681 C. civ. et art. 176 C. soc.). Toutefois, la prise en compte du but et de la portée de la norme violée pourra le cas échéant permettre au juge d'écarter la sanction de la nullité s'il apparaît que la violation de la norme a été régularisée depuis la conclusion du contrat et que la norme violée ne commande plus dans ce cas l'application de la nullité » (proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 65).

66. Auparavant, la nullité du bail était systématiquement prononcée en l'absence de permis de location et ce, même en cas de régularisation postérieure à la conclusion du contrat. Voy. notamment J.P. Nivelles, 31 mai 2013, *Res jur. imm.*, 2013, pp. 244 et 247, qui considère que, puisque les dispositions relatives au permis de location sont d'ordre public, le contrat de bail est affecté d'une cause de nullité absolue et son annulation doit être prononcée même lorsque l'infraction est régularisée par l'obtention d'un permis de location en cours de bail.

29. L'article 5.57, alinéa 2, du Code civil pourrait, par ailleurs, connaître d'intéressantes applications en matière de vente immobilière et permettre, dans certains cas, de « sauver » la convention en apportant une solution au grief qui en affecte la validité. Nous voyons principalement deux hypothèses.

Premièrement, on considère généralement que la vente d'un bien affecté d'une infraction urbanistique n'est pas contraire à l'ordre public (la vente du bien étant sans effet sur l'infraction)⁶⁷. L'existence d'une telle infraction pourrait, toutefois, justifier l'annulation de la vente pour vice du consentement lorsque l'une des parties n'était pas informée de l'existence de l'infraction (erreur, dol, etc.)⁶⁸. Si l'infraction est régularisable et que son absence n'était pas déterminante du consentement de l'acheteur, le juge pourrait imposer au vendeur de la faire régulariser, plutôt que prononcer la nullité de la vente⁶⁹⁻⁷⁰.

Cet article pourrait, deuxièmement, dans certaines circonstances, être appliqué en cas de contravention à certaines législations spécifiques⁷¹. On songe, par exemple, à la vente d'un lot en l'absence de permis d'urbanisation préalable (mais obtenu par après), ou en contravention avec ce permis⁷². On pourrait, également, songer aux normes qui, sous peine de nullité⁷³ (relative

67. F. ONCLIN, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 121-122.

68. On aura également égard à l'article D.VII.24 du CoDT en vertu duquel, en cas d'infraction urbanistique « à la demande des cessionnaires ou des locataires, le tribunal peut annuler leur titre de cession ou de location, sans préjudice du droit à l'indemnisation à charge du coupable ». La législation flamande est encore plus stricte, le non-respect de l'obligation d'information du vendeur pouvant conduire à l'annulation de la vente (art. 5.2.5 et 6.6.2 V.C.R.O.) Voy., à cet égard, et pour une comparaison entre les Régions, F. ONCLIN, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière*, op. cit., pp. 196 et s.

69. Les travaux préparatoires font explicitement référence à un arrêt de la cour d'appel de Liège du 23 décembre 2014 (*J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. WÉRY), aux termes duquel la cour a jugé qu'avant de se prononcer sur une demande d'annulation d'une vente (pour vices du consentement) portant sur un immeuble affecté d'une infraction urbanistique, il convient d'examiner si cette infraction peut être régularisable. Cette solution semble, par ailleurs, cohérente avec la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 31 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 323, note F. ONCLIN) qui voit dans l'existence d'une infraction urbanistique non déclarée à l'acheteur non pas un vice caché mais une hypothèse d'application (potentielle) de la garantie d'éviction, le vendeur devant, en premier chef, entreprendre les démarches nécessaires pour la faire régulariser (lorsque cela est possible) (A. RIGOLET, « Les garanties du vendeur dans la vente immobilière et les clauses qui s'y rapportent », in *Conseil francophone du notariat. 2020-2022. Deux ans de formation. Morceaux choisis*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 364-365).

70. Conformément au principe dispositif, il faudrait toutefois sans doute que l'acheteur l'ait (à titre de demande subsidiaire) invité à ce faire.

71. Dès lors qu'il organise le régime général de la nullité, il semble pouvoir être appliqué quelle que soit l'origine de la nullité, sauf dérogation par une norme spécifique.

72. Art. D.IV.2 CoDT ; Mons, 24 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 18.

73. Certaines législations n'indiquant pas quelle est la sanction applicable, on s'en réfère alors aux règles de droit commun (leur non-respect n'entraînant pas d'office la nullité de la vente), en ce compris les vices du consentement, ce qui induit l'application (possible) de l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil. Tel est, notamment, le cas des règles régionales en matière de

en général), imposent au vendeur de fournir à l'acheteur certains documents avant la conclusion de la vente⁷⁴. On sera cependant attentifs aux régimes spécifiques souvent organisés par le législateur compétent, ceux-ci primant l'article 5.57, alinéa 2⁷⁵.

30. On soulignera toutefois que, si l'article 5.57 du Code civil permet une certaine flexibilité, elle doit demeurer exceptionnelle. Il n'a pas pour objectif de permettre aux parties de contourner les règles d'ordre public (et impératives), notamment celles qui imposent des permis et autorisations avant de poser certains actes. Les travaux préparatoires précisent que, si « la disposition permet [...], dans des cas spécifiques, d'écarter la sanction de la nullité au profit d'une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d'éviter l'application de toute sanction », « l'usage du terme "manifestement" souligne le caractère exceptionnel de cette situation »⁷⁶. On fera donc preuve de retenue, le principe demeurant celui de la nullité de la convention qui crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives.

§2. Nullité amiable ou par voie de notification

31. Au rang des nouveautés, on relèvera, ensuite, la consécration de la possibilité d'une annulation amiable et, surtout, de la possibilité de procéder à l'annulation d'une convention par la voie d'une notification écrite, sans qu'il ne soit donc nécessaire d'avoir recours au juge (art. 5.59, al. 3, C. civ.). Pareille annulation (unilatérale) intervient cependant « aux risques et périls de la partie dont elle émane en ce sens qu'elle peut être contestée en justice et que, si le juge constate que le contrat a été annulé sans fondement, il

performance énergétique des bâtiments (remise d'un certificat PEB). Voy., sur ce point, notamment M. HERBOSCH, « De totstandkoming, geldigheid en uitvoering van de koop van een onroerend goed: bedriegelijk eenvoudig », *T.P.R.*, pp. 323-324.

74. Certains documents ne devant être fournis qu'au moment de la passation de l'acte authentique (en particulier le certificat de conformité de l'installation électrique et le dossier d'intervention ultérieure), leur (absence de) remise ne conditionne, en elle-même, pas la validité de la vente (mais concerne son exécution). Partant, elle ne donne en principe pas application au mécanisme de la nullité.

75. On songe, par exemple, aux articles 101 et 116 du décret flamand du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement et à la protection du sol qui impose au vendeur, à peine de nullité, de remettre à l'acheteur une attestation de sol (*bodemattest*) lors de (avant) la conclusion de la vente, l'article 116 du décret précisant dans quelles circonstances l'acquéreur peut, ou non, invoquer la nullité. On citera également l'article 33/14 du décret flamand du 23 décembre 2011 qui impose désormais la remise à l'acquéreur d'une *asbestattest* au moment de la conclusion de la vente et dont le § 6 dispose que l'acquéreur ne peut plus invoquer la nullité lorsqu'il y a renoncé dans l'acte authentique et a reçu l'attestation.

76. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 64.

pourra constater que la notification était inefficace et que le contrat n'a jamais pris fin de ce chef. En ce cas, si l'auteur de la notification a en outre cessé d'exécuter le contrat dans l'intervalle, cette inexécution pourra le cas échéant justifier la résolution du contrat à ses torts »⁷⁷. Il faudra, par ailleurs, saisir le juge afin d'obtenir un titre si le destinataire de la notification la conteste et/ou refuse de procéder aux restitutions qu'elle entraîne.

Une annulation par voie de notification est néanmoins exclue lorsque le contrat est constaté par acte authentique. Les travaux préparatoires justifient cette exception « par l'idée que la personne qui confère l'authenticité au contrat (telle qu'un notaire ou un juge) est tenue d'en vérifier au préalable la validité et par le souci de ne pas compromettre la force exécutoire de l'acte authentique ». Il faut alors avoir recours au juge, ou procéder à une annulation amiable. On rappellera, en effet, qu'un acte authentique a force exécutoire⁷⁸. Cette force exécutoire ne pourra pas être mise en échec par une notification.

32. On aura, en outre, égard à l'article 3.34, alinéa 3, du Code civil en vertu duquel « si la nullité ou résolution d'un acte soumis à la transcription a lieu de manière extrajudiciaire, elle n'est opposable aux tiers qu'après la formalisation de la notification dans un acte authentique mentionné en marge dans les registres du bureau compétent de l'administration générale de la documentation patrimoniale ». Or, si une annulation extrajudiciaire n'est pas permise lorsque l'acte a fait l'objet d'un acte authentique, elle pourrait intervenir entre la conclusion du contrat (acte sous seing privé) et la rédaction de l'acte authentique (*i.e.* entre le compromis et l'acte authentique de vente). Faut-il alors procéder à une mention marginale de la notification ? L'acte sous seing privé n'ayant pas lui-même déjà été transcrit (faute d'acte authentique), la réponse semble négative. L'article 3.32, alinéa 1^{er}, du Code civil définit, en effet, la mention marginale comme « la mention en marge de l'acte transcrit ». Les travaux préparatoires précisent que « [l]es auteurs de la proposition ont choisi tout d'abord d'expliquer la notion et sa portée avant de parler de ses effets. De cette manière, des précisions sont également apportées quant à la question de savoir si une demande d'anéantissement d'une convention seulement constatée par acte sous signature privée doit être transcrite dans les registres du bureau compétent de l'administration générale de la documentation patrimoniale. La demande d'anéantissement de droits découlant d'un acte sous signature privée non reconnu en justice ou devant notaire et constatant la vente d'un bien immeuble ne doit pas faire l'objet d'une mention marginale. Cela va également dans le sens de la jurisprudence de la Cour

77. *Ibid.*, p. 69.

78. *Ibid.*, p. 70.

de cassation »⁷⁹. Par analogie, il semble que la notification d'annulation d'un acte sous seing privé qui n'a pas (encore) fait l'objet d'un acte authentique ne devra pas donner lieu à une inscription marginale.

33. On rappellera enfin que certains contrats, mêmes conclus sous seing privé, ne peuvent être résiliés amiablement que moyennant une formalité. On songe notamment au bail commercial, dont la résiliation amiable nécessite toujours, en Région bruxelloise, un acte authentique ou un accord devant le juge de paix compétent⁸⁰. L'article 14 de la loi sur le bail à ferme dispose, quant à lui, que « [l]es parties peuvent mettre fin au bail en cours à condition que leur accord soit constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge de paix, sur son interpellation ». Une annulation par accord amiable et/ou par voie de notification est-elle néanmoins possible sans respecter ces formalités ?

La réponse paraît négative en ce qui concerne la possibilité d'annulation amiable d'un bail à ferme. Le commentaire de l'article 5.59 du Code civil indique, en effet, que « la loi peut par ailleurs s'opposer à une annulation amiable ou la soumettre à des conditions (voy. par exemple l'article 14 de la loi sur les baux à ferme) »⁸¹. On rappellera, par ailleurs, que la *ratio legis* de ces formalités est de s'assurer que le locataire est pleinement informé des conséquences d'une résiliation amiable. Elles visent, également, à prémunir celui-ci d'accepter trop rapidement une résiliation prématurée⁸². Ces considérations valent, *a fortiori*, à l'endroit d'une annulation de commun accord. Par ailleurs, si les travaux préparatoires ne font pas référence à l'article 3 de la loi sur les baux commerciaux (dans ses différentes versions selon la Région), sa formulation est similaire à celle de l'article 14 de la loi sur le bail à ferme. Il y est question de « mettre fin » au bail, ce qui ne semble pas limité à une résiliation de commun accord. Il faudra donc, dans ce cas également, respecter les formalités imposées par l'article 3 de la loi sur les baux commerciaux.

Une annulation par voie de notification serait-elle tout de même permise ? Les articles précités ne visant que l'hypothèse où il est mis fin au bail de commun accord, ils ne semblent pas ici applicables. On ajoutera qu'en cas d'annulation par voie de notification, son destinataire ne pourra,

79. Proposition de loi du 16 juillet 2019 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extraord. 2019, n° 55-0173/001, Commentaire des articles, p. 77. Ses auteurs citent : Cass., 6 septembre 1991, *Arr. Cass.*, 1991-1992, 8 ; *R.W.*, 1991-1992, 610, concl. Cons. gén. DE SWAEF.

80. Art. 3 de la loi sur les baux commerciaux. En Région wallonne, un accord écrit présenté à l'enregistrement est suffisant.

81. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 68.

82. B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, Larcier, pp. 262-263 ; E. BEGUIN et A. CAPRASSE, *Bail à ferme et droit de préemption*, RPDB, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 176-177.

comme exposé *supra*, pas être expulsé sans que son auteur ne saisisse le juge (pour obtenir un titre). Le destinataire aura, dans ce cadre, la possibilité d'en contester le fondement, ce qui paraît limiter les risques d'abus. Reste cependant qu'il peut paraître étrange qu'une partie ne puisse pas procéder à la résolution du bail par voie de notification (voy. *supra*) mais procéder à son annulation par cette voie. C'est sans doute là un des effets indésirables de la réforme par tranches du Code civil, l'adoption de son Livre 5 consacré à la théorie générale des obligations précédant celle de son (futur) Livre 7 qui traitera des contrats spéciaux.

Section 4. Les sanctions de l'inexécution de l'obligation

34. Le Livre 5 introduit d'importantes modifications en ce qui concerne le régime des sanctions en cas d'inexécution imputable au débiteur. Sans y être, à nouveau, spécifiques, elles intéressent directement les contrats immobiliers. Nous examinerons ci-après les plus pertinentes d'entre elles pour la pratique immobilière. On s'attardera, tout d'abord, sur les modifications en matière de résolution des contrats. Le remplacement du débiteur et la réduction du prix seront, ensuite, abordés.

§1. La résolution

I. Résolution pour contravention anticipée

35. L'article 5.90 du Code civil commence par rappeler des principes bien connus : le contrat synallagmatique peut être résolu lorsque l'inexécution du débiteur est suffisamment grave « ou lorsque les parties sont convenues qu'elle justifie la résolution »⁸³. Il introduit toutefois d'emblée une nouveauté en permettant au créancier de recourir à la résolution avant même que l'inexécution ne soit consommée (*anticipatory breach*) : « le contrat peut aussi être résolu, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations⁸⁴,

83. Sont ici visées les clauses résolutoires expresses par lesquelles les parties déterminent les manquements pouvant donner lieu à la résolution du contrat. On rappellera que la clause résolutoire expresse est prohibée en matière de bail, qu'il s'agisse d'un bail de droit commun (art. 1762*bis* anc. C. civ.), d'un bail d'habitation (art. 37 du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation) ou d'un bail commercial (art. 1762*bis* anc. C. civ.).

84. Certains auteurs estiment que cette mise en demeure spécifique doit être adressée au débiteur même lorsqu'il a déclaré qu'il ne s'exécutera pas (Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau*

ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier ». L'existence de circonstances exceptionnelles – exigence qui n'est pas requise pour la mise en œuvre anticipative de l'exception d'inexécution (*exceptio timoris*) – est justifiée par la gravité plus importante de la sanction que constitue la résolution⁸⁵.

On s'attend à ce que cet article (tout comme la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution avant que le manquement ne soit commis⁸⁶) connaisse d'utiles applications dans le secteur de la construction immobilière. On sait, en effet, à quel point un projet immobilier à l'arrêt est préjudiciable pour les parties et le risque que la faillite (future) d'un entrepreneur peut représenter pour le maître de l'ouvrage (et inversement). L'article 5.90 du Code civil permettra, dans certains cas, un gain de temps précieux. On songe, par exemple, à l'hypothèse où un entrepreneur chargé de travaux importants présenterait de graves difficultés financières rendant improbable qu'il soit en mesure de mobiliser les ressources nécessaires pour terminer le chantier à temps. Après mise en demeure, il pourra être procédé à la résolution du contrat avant que le délai d'exécution ne soit écoulé, voire avant même que le chantier n'ait été entamé.

II. Consécration du mécanisme de la résolution extrajudiciaire

36. Les articles 5.91 et 5.92 du Code civil rappellent que la résolution peut être demandée en justice ou par la mise en œuvre (notification) d'une clause résolutoire. L'article 5.93 du Code civil consacre, toutefois, la possibilité de procéder à une résolution extrajudiciaire (aussi appelée « résolution unilatérale ») du contrat, même en l'absence d'une telle clause. Ainsi, « [a]près avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par une notification écrite au débiteur. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés ». Cette solution, déjà appliquée en pratique, avait finalement été consacrée par la Cour de cassation⁸⁷.

droit des contrats, op. cit., p. 261). Une telle approche nous paraît cependant excessivement sévère : le débiteur qui indique de manière définitive qu'il ne s'exécutera pas doit s'attendre à ce que son créancier réagisse. Cette situation doit cependant être distinguée de celle où le débiteur fait savoir qu'il s'exécutera mais avec retard. Dans cette hypothèse, une mise en demeure dans les formes prévues par l'article 5.90, alinéa 2, du Code civil nous paraît requise.

85. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 105.

86. Art. 5.98 et 5.239 C. civ.

87. Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, n° 13, p. 476 ; Cass., 11 décembre 2020, C.20.0210.N/3, www.juportal.be. Ces arrêts avaient été précédés par deux arrêts du 2 mai 2002 (*R.W.*, 2002-2003, p. 50) suivis d'un arrêt du 19 février 2009 (*J.T.*, 2010, p. 352), dans lesquels une partie de la doctrine voyait déjà la consécration du mécanisme de la résolution

37. La possibilité de procéder à la résolution extrajudiciaire de la convention paraît évidemment séduisante. Elle connaît toutefois des limites pratiques évidentes.

Le créancier qui souhaite obtenir des dommages et intérêts et/ou se faire restituer les montants versés à son cocontractant devra en effet, si ce dernier s'y refuse malgré tout, porter l'affaire devant les tribunaux. Or, il est rare que, dans pareil cas, le débiteur ne conteste pas au moins le montant qui lui est réclamé.

En matière de vente d'immeuble, le risque de voir l'acheteur initial, destinataire de la notification, en contester la validité et revendiquer l'immeuble rendra en outre la remise en vente de l'immeuble plus difficile. À nouveau, le créancier (vendeur) se verra contraint de recourir à justice.

On relèvera, par ailleurs, que l'article 209, 3°, du Code des droits d'enregistrement (dont le texte diffère selon les Régions) ne permet, en l'absence d'accord⁸⁸, la restitution des droits d'enregistrement perçus que sur la base d'un jugement ou arrêt passé en force de chose jugée prononçant la résolution, la demande devant être introduite dans l'année de la conclusion de la convention annulée. L'acheteur d'un immeuble qui souhaite faire annuler la vente et récupérer les droits payés (s'il est encore temps) ne pourra donc souvent pas non plus faire l'économie d'une procédure judiciaire.

38. On s'interroge, par ailleurs, sur l'impact de l'article 5.93 du Code civil en matière de bail. Le bailleur (ou le preneur) victime d'une inexécution de son cocontractant pourrait-il s'appuyer sur cette nouvelle disposition et décider unilatéralement de la résolution du bail, par simple notification écrite ?

La réponse est selon nous négative. En effet, la clause résolutoire expresse est prohibée tant dans le bail de droit commun (art. 1762*bis* anc. C. civ.) qu'en matière de bail d'habitation (art. 37 du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation) ou commercial (art. 1762*bis* anc. C. civ.,

extrajudiciaire. La doctrine était cependant divisée quant à leur portée exacte, la jurisprudence exigeant que des circonstances exceptionnelles justifient de ne pas recourir à la résolution judiciaire (voy., sur cette évolution, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 811 et s. ; S. DE REY et S. STIJNS, « Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evolutie », *R.G.D.C.*, 2022, pp. 39-47 et les nombreuses références citées par ces auteurs).

88. En Région wallonne, l'article 209 3^oter (3^o/3 en Région bruxelloise) permet la restitution des droits d'enregistrement en cas d'annulation, rescision, résolution ou résiliation amiable aux conditions que (a) la convention d'annulation, de rescision, de résolution ou de résiliation ait été présentée à l'enregistrement, au plus tard en même temps que la demande de restitution, (b) la convention annulée, rescindée, résolue ou résiliée n'ait pas encore été constatée par un acte authentique et (c) la convention annulée, rescindée, résolue ou résiliée ne soit pas antérieure de plus d'un an à la conclusion de la convention d'annulation, de rescision, de résolution ou de résiliation.

également). Pareille clause ne peut donc produire d'effet(s). Or, il serait paradoxal que le bailleur ne soit pas autorisé à prévoir, par une clause insérée dans le contrat, que l'un ou l'autre manquement du preneur lui permettra de procéder à la résolution du bail (sans passage préalable devant le juge de paix) mais qu'en revanche, il puisse valablement, sur la base de l'article 5.91 du Code civil, notifier seul à son débiteur la résolution du contrat en lui indiquant le(s) manquement(s) qui lui est(ont) reproché(s)⁸⁹.

La doctrine n'est cependant pas unanime. Y. Ninane et R. Thüngen relèvent ainsi que « l'effet principal de la clause résolutoire est en effet de priver le juge de l'appréciation de la gravité du manquement commis par le débiteur si celui-ci est visé par la clause » alors qu'en cas de résolution unilatérale, cette appréciation par le juge reste possible *a posteriori*⁹⁰. Par conséquent, ils estiment qu'il serait injustifié que le créancier qui procéderait à la résolution unilatérale du contrat – alors que la clause résolutoire expresse est interdite – soit déclaré fautif pour ce seul motif. À titre d'exemple, « le preneur confronté à l'inertie du bailleur tenu de procéder à des travaux dans les lieux loués, malgré une mise en demeure et qui a l'opportunité de prendre d'autres lieux, qui lui conviennent, en location » pourrait, selon ces auteurs, lui notifier la résolution du bail et faire l'économie du passage devant le juge de paix, afin notamment de limiter son dommage. Comme indiqué *supra*, nous ne partageons toutefois pas cette interprétation qui nous semble trop restrictive des dispositions précitées.

39. En tout état de cause, à supposer la résolution unilatérale d'un contrat de bail admise, le preneur qui refuserait de quitter les lieux après que la résolution lui a été notifiée par le bailleur (dans les conditions requises par l'article 5.93 du Code civil) ne pourrait être expulsé sans décision préalable du juge de paix. Son expulsion (à l'intervention d'un huissier) nécessite en effet un titre, lequel ne pourrait, en l'espèce, être obtenu que par jugement. En d'autres termes, le bailleur désireux de procéder à l'exécution forcée des conséquences de la résolution extrajudiciaire du bail sera contraint de saisir le juge de paix compétent. En cas de contestation, ce dernier pourra vérifier

89. Dans le même sens, voy. S. NAPORA, « Effets de l'inexécution fautive et non fautive », in G. BENOIT *et al.* (dir.), *Le droit commun du bail*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 361, n° 45 et P. WÉRY, « La résolution unilatérale d'un contrat de bail immobilier est interdite », *J.T.*, 2010, pp. 709-713. Voy. également P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », *R.C.J.B.*, 2004, p. 315 ; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », in J.-F. ROMAIN (coord.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 2008, p. 397.

90. Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, n° 47, pp. 258-259.

la véracité et la gravité des manquements allégués à l'appui de la résolution⁹¹. L'intérêt pratique de cette question demeure donc limité.

III. Les limitations de l'effet rétroactif de la résolution

40. Parmi les nouveautés relatives à la résolution des contrats, on épinglera également l'effet rétroactif limité de la résolution. Si l'article 5.95 du Code civil confirme le principe de l'effet rétroactif de la résolution – la convention est considérée comme n'ayant jamais existé –, il y apporte une double limitation.

Premièrement, lorsque le contrat est « divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et à sa portée », l'effet rétroactif de la transaction ne remonte qu'« à la date du manquement qui y a donné lieu ». Sont ici visés les contrats à exécution successive, avec pour principe « qu'il n'y a pas lieu de détruire la partie du contrat qui a été exécutée de part et d'autre à la satisfaction de toutes les parties, pour autant que le maintien de cette partie du contrat continue à présenter une utilité pour elles »⁹². Le contrat de bail en constitue l'exemple le plus typique. Les effets de la résolution ne remonteront qu'à la date des manquements imputables à la partie responsable de la résolution, sans affecter la période antérieure. Ce faisant, le législateur a fait sienne la position de la doctrine moderne⁹³. Il s'écarte de celle retenue par la Cour de cassation⁹⁴.

L'article 5.95, alinéa 3, du Code civil dispose, deuxièmement, qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, la résolution ne prive le contrat d'effets que pour l'avenir ». Il s'agit d'une évolution fondamentale par rapport à la solution

91. Rappelons en effet que la résolution extrajudiciaire n'empêche pas un contrôle du juge *a posteriori*. « Cet acte unilatéral de résolution produit effet tant qu'il n'a pas été déclaré inefficace par un juge » (Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019).

92. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 122.

93. *Ibid.* et les références citées ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, *op. cit.*, p. 717 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 679.

94. La Cour de cassation a, en effet, jugé que « la résolution judiciaire d'un contrat à prestations successives remonte, en règle, quant à ses effets, à la demande en justice, à moins que les prestations effectuées en exécution de la convention après cette demande ne soient pas susceptibles de restitution » (Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 443. Dans le même sens, voy. notamment Cass., 23 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1488 ; Cass., 19 novembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 494). Cette thèse faisait l'objet de critiques nourries en doctrine. De nombreux auteurs relevaient qu'en cas d'impossibilité d'une restitution en nature, une restitution par équivalent est parfaitement possible. Selon ces auteurs, l'(absence d')effet rétroactif de la résolution se justifie par le caractère divisible ou non de la convention. Ils ont été entendus par les auteurs du nouveau Livre 5 du Code civil.

qui prévalait jusqu'alors en matière immobilière⁹⁵. Elle est particulièrement importante en matière (de vente) immobilière, l'acquéreur de bonne foi ne pouvant pas se prévaloir de l'article 3.28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil. Ainsi, alors que, sous l'empire de l'ancien Code civil, l'effet rétroactif de la résolution permettait au créancier de récupérer l'immeuble vendu entre les mains du sous-acquéreur, même de bonne foi (au moment de l'acquisition), la solution est à présent inversée. Le tiers de bonne foi (au moment de l'acquisition) est préféré au créancier (vendeur) et pourra donc conserver le bien. Le choix du législateur est clair et justifié de la sorte : « les intérêts privés du vendeur ne paraissent pas préférables en soi à ceux du sous-acquéreur de bonne foi. La situation se distingue ici de celle de la nullité du contrat principal, le souci de restauration de la légalité l'emportant en principe sur les intérêts privés du sous-acquéreur, fût-il même de bonne foi »⁹⁶.

On aura égard, dans ce cadre et en matière immobilière, aux règles de publicité reprises à l'article 3.34 du Code civil en cas d'anéantissement d'un droit réel. Conformément à son alinéa 1^{er}, la résolution judiciaire d'une vente immobilière (par exemple) ne produira ainsi d'effet(s) à l'égard des tiers de bonne foi qu'à dater de la mention marginale de la demande d'anéantissement. En cas de résolution extrajudiciaire d'une vente immobilière, son alinéa 3 impose de reprendre la notification adressée au débiteur dans un acte authentique qui sera lui-même mentionné en marge de l'acte dont la résolution est opérée (al. 3)⁹⁷. La résolution extrajudiciaire ne sera opposable aux tiers de bonne foi qu'à dater de l'inscription de cette mention, la résolution n'affectant pas les actes posés par le destinataire de la notification avant cette date (sous réserve de la bonne foi du tiers concerné)⁹⁸.

§2. Le remplacement du débiteur et la décision de justice tenant lieu d'acte

I. Le remplacement extrajudiciaire

41. Les articles 5.85 et 5.235 du Code civil consacrent la possibilité pour le créancier victime de l'inexécution de son débiteur de procéder au remplacement de celui-ci, en exécutant lui-même l'obligation en souffrance ou en la

95. En matière mobilière, l'acquéreur de bonne foi est déjà, en grande partie, protégé par l'article 3.28 du Code civil (anciennement 2279 de l'ancien Code civil).

96. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 123.

97. P. LECOCQ et R. POPA, « Dispositions générales », *op. cit.*, p. 64.

98. En ce qui concerne les conséquences de cette inopposabilité aux tiers sur les relations entre les parties au contrat, on renverra au régime général des restitutions organisé aux articles 5.115 à 5.122 du Code civil, notamment l'article 5.120 du Code civil.

faisant exécuter par un tiers, aux frais du débiteur. Il s'agit d'un mode d'exécution en nature admis de longue date par la doctrine et la jurisprudence⁹⁹ et qui découlait des articles 1143 et 1144 de l'ancien Code civil.

En principe, le remplacement nécessite l'autorisation préalable du juge. Toutefois, « en cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur », le créancier peut « à ses risques et périls » lui notifier par écrit son remplacement en indiquant les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement (art. 5.85, *in fine*). Dans un arrêt du 18 juin 2020, la Cour de cassation avait admis cette possibilité de remplacement extrajudiciaire, sans toutefois exiger une notification écrite¹⁰⁰.

Il n'est pas exigé que l'inexécution du débiteur présente une certaine gravité. En revanche, la prestation doit « se prêter » au remplacement, ce qui exclut, notamment, les obligations à caractère personnel¹⁰¹.

42. Ce mécanisme est régulièrement employé dans le cadre de contrats de construction immobilière. Il est, à l'inverse, rarement employé en matière de vente immobilière et limité à des obligations adventices du vendeur (*e.g.* effectuer certaines réparations avant l'acte authentique). La délivrance de l'immeuble (et le paiement du prix, évidemment) ne peut en effet, de par sa nature, faire l'objet d'un remplacement.

Il semble également rarement employé en matière de bail. En réalité, les parties y ont toutefois souvent recours, mais sans qualifier de remplacement la solution mise en oeuvre. Ainsi, il est fréquent que le preneur d'un bail de résidence principale, confronté à la passivité de son bailleur qui ne procède pas à des réparations auxquelles il est pourtant tenu (par exemple, des réparations autres que locatives ou des travaux de mise en conformité du bien loué aux exigences de sécurité, salubrité et habitabilité), fasse exécuter par

99. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 531, n° 518 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, p. 854, n° 556.

100. Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 457. La Cour rappelle toutefois que le créancier doit « tenir compte des intérêts raisonnables du débiteur », ce qui pourrait, selon le contexte, imposer qu'une notification écrite lui soit communiquée. Voy. également P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 494, n° 31 ; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 607, n° 730 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 776, n° 802 ; C.-E. LAMBERT, « Le remplacement judiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », note sous Cass., 18 juin 2020, *R.D.C.*, 2021, pp. 1059-1068, spéc. nos 23-24.

101. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 269. En présence d'une obligation *intuitu personae* ou d'une obligation alternative, le créancier ou le juge ne peuvent se substituer au débiteur pour désigner la prestation à exécuter (P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 478-479).

un tiers ces réparations, exigeant ensuite du bailleur qu'il lui en rembourse le coût. Dans ce cas de figure, il est généralement conseillé au preneur de veiller à notifier au bailleur les manquements qui lui sont reprochés et de l'avertir de l'intention de procéder aux réparations à ses frais, ce qu'impose désormais l'article 5.85 du Code civil. Ceci s'apparente donc à un remplacement extrajudiciaire. Par ailleurs, le locataire qui ne dispose pas des fonds nécessaires pour avancer le coût des travaux de réparation pourra à présent utilement se tourner vers le juge de paix et invoquer l'article 5.235 *in fine* du Code civil, qui autorise ce dernier à condamner le débiteur à un montant provisionnel, ce qui permet de « préfinancer » le remplacement à intervenir.

Lorsque des dégâts locatifs sont constatés à la fin du bail, le remplacement est plus difficile à distinguer de l'exécution par équivalent. En effet, si le locataire ne restitue pas le bien dans l'état dans lequel il l'a reçu, le bailleur demandera généralement une indemnisation correspondant au coût de la remise en état du bien loué. Si le bailleur procède lui-même aux réparations ou fait intervenir un tiers – par exemple, un peintre pour la remise en état de murs endommagés et/ou anormalement abîmés –, la demande visant à obtenir du locataire le remboursement des coûts ainsi engagés peut éventuellement être comparée à la mécanique juridique du remplacement extrajudiciaire. En revanche, si le bailleur sollicite la condamnation du locataire à l'indemniser sur la base de devis ou d'une expertise judiciaire évaluant les dégâts et leur coût, l'indemnité octroyée sera censée couvrir la remise en état par un ou plusieurs tiers spécialisé(s), indépendamment des coûts qui seront réellement engagés. Il s'agira alors d'une exécution par équivalent de l'obligation de restitution du locataire, tenu de payer des dommages et intérêts pour manquement à son obligation¹⁰².

II. Décision de justice tenant lieu d'acte

43. En parallèle à la possibilité de faire remplacer le débiteur défaillant par un tiers, on soulignera la consécration, à l'article 5.236, 2°, du Code civil, de la pratique du jugement tenant lieu d'acte. Elle permet au juge, « à défaut pour le débiteur de collaborer à la rédaction d'un acte instrumentaire qu'il est tenu de passer », d'« ordonner que sa décision tiendra lieu de cet acte ». On songe, en particulier, au refus d'une des parties de passer l'acte authentique de vente¹⁰³. En matière de bail, la possibilité pour l'une des parties

102. Ceci étant, le bailleur pourrait également tenter de solliciter auprès du juge, sur la base de l'article 5.235 *in fine* du Code civil mentionné ci-avant, la condamnation du locataire au paiement d'un montant provisionnel visant à remettre en état le bien loué. Dans ce cas de figure, la solution mise en œuvre peut à nouveau être qualifiée de « remplacement ».

103. Voy., sur cette question, A. RIGOLET, « Le non-respect du délai de passation de l'acte authentique de vente – causes et conséquences », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 487-501.

de contraindre son cocontractant à signer et/ou compléter la convention et, à défaut, de requérir que le jugement vaille écrit, est déjà consacrée par l'article 3, § 3, du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation et l'article 218, § 2, du Code bruxellois du logement.

§3. La réduction du prix

44. Dernière nouveauté concernant les sanctions de l'inexécution, l'article 5.97 du Code civil généralise la possibilité pour la partie confrontée à l'inexécution de son cocontractant d'opter pour une réduction du prix. Le recours à la réduction du prix est toutefois limité à l'existence d'une « inexécution qui n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution ». En conséquence, si, compte tenu de la gravité du manquement, le créancier de l'obligation en souffrance est en droit d'opter pour la résolution, il ne peut demander la réduction du prix¹⁰⁴. Seuls des manquements minimes pourront donc être sanctionnés par le recours à la réduction du prix¹⁰⁵.

45. Les travaux préparatoires précisent que cette disposition n'abroge pas les dispositions particulières qui prévoient déjà une telle possibilité¹⁰⁶. On songe, en particulier, aux articles 1617, 1619, 1664 et 1649*quinquies* de l'ancien Code civil. La précision est importante, leur régime pouvant différer de celui organisé à l'article 5.97 du Code civil.

On rappellera ainsi que l'article 1617, alinéa 2, de l'ancien Code civil permet à l'acquéreur d'un immeuble dont le prix est fixé en fonction de sa contenance/superficie, de réclamer une diminution proportionnelle du prix lorsque cette contenance/superficie se révèle inférieure. Cet article ne limite pas la possibilité de solliciter une réduction du prix à l'hypothèse d'une différence minimale ou limitée. Ceci d'autant plus qu'on considère que l'acquéreur est tenu de solliciter une réduction du prix et ne peut obtenir la résolution de la vente que si, en raison de sa superficie inférieure, le terrain ne peut

104. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 126. À cette hypothèse doit, à notre estime, être ajoutée celle où, malgré la présence d'un manquement grave, le créancier de l'obligation ne peut recourir à la résolution dès lors que l'application de cette sanction constituerait dans son chef un abus de droit.

105. Une telle solution surprend. En effet, qui peut le plus peut, en principe, le moins. L'article 5.96 du Code civil permet, de plus, une résolution partielle de la convention. Or, en présence d'un manquement quantitatif, une réduction du prix paraît pouvoir être assimilée, en ses effets, à une résolution partielle. Une résolution partielle ne paraît, en revanche, pas possible en présence d'une exécution défectueuse en termes de qualité. Dans ce dernier cas, le critère de la divisibilité n'est, en effet, *a priori* pas rencontré (voy., pour un examen critique de ces questions, I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 2^e éd., Gand, Intersentia, 2022, p. 693).

106. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 126.

pas être utilisé selon la destination envisagée¹⁰⁷. De même, en cas de vente à prix global mais avec mention de la superficie, l'acquéreur pourra se prévaloir de l'article 1619 du Code civil et réclamer une diminution du prix, même si la différence de surface est importante (celle-ci devant, pour ouvrir droit à recours dans le chef de l'acquéreur, être d'au moins 5 % inférieure à celle indiquée)¹⁰⁸.

L'article 1644 de l'ancien Code civil permet, quant à lui, à l'acquéreur qui recourt à la garantie des vices cachés d'opter pour la résolution de la vente avec restitution du prix ou de conserver la chose et de se faire restituer une partie du prix. Cette option (qui induit également l'exclusion de l'exécution en nature par le vendeur) n'est pas remise en cause par l'article 5.97 du Code civil. Il en va de même pour le régime spécifique organisé par l'article 1649*quinques*. Il n'est pas affecté par la réforme.

On rappellera enfin que les actions en supplément ou en réduction du prix de vente doivent être intentées dans l'année de la formation du contrat (art. 1622 anc. C. civ.). Cet article ne trouve pas à s'appliquer en droit commun. Les articles 1617, 1619, 1664 et 1649*quinquies* de l'ancien Code civil étant muets sur ce point (et ne dérogeant donc pas au droit commun), l'obligation d'une notification écrite indiquant la cause de la réduction paraît applicable en ces hypothèses, tout comme l'impossibilité de réclamer une réparation supplémentaire pour compenser la différence de valeur du bien vendu.

46. En matière de bail, la sanction de réduction du prix semble se confondre avec l'indemnisation du locataire qui subit des troubles de jouissance. Ce dernier peut, en effet, prétendre à une indemnisation lorsqu'il subit (sans que cela lui soit imputable) de tels troubles, à condition qu'ils aient été dénoncés au bailleur et qu'il n'y ait pas été remédié. Cette indemnisation correspond, en pratique, à un pourcentage du montant du loyer, soit en quelque sorte, à une « réduction du prix du bail ». Il nous semble que cette solution juridique participe toutefois d'un autre type de sanction propre aux contrats synallagmatiques, à savoir l'exception d'inexécution (consacrée à l'article 5.239 du Code civil). En effet, la « réduction du prix du bail » ainsi appliquée consiste en une suspension partielle¹⁰⁹ de l'obligation de paiement du preneur, qui a pour but d'inciter le bailleur à exécuter au plus vite son obligation de réparation et/ou de mise en conformité du bien loué. Elle n'a pas vocation à

107. B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgische privaatrecht. Overeenkomsten. Deel 2. Bijzondere overeenkomsten*, Malines, Kluwer, 2022, p. 253.

108. En pratique, cette possibilité est toutefois systématiquement écartée.

109. Le locataire n'est pour rappel pas fondé à suspendre le paiement de l'intégralité du loyer dès lors que la mise en œuvre de l'exception d'inexécution doit être proportionnée au trouble de jouissance subi.

s'appliquer pour toute la durée du bail¹¹⁰ et se distingue donc, à notre estime, de la réduction du prix au sens de l'article 5.97 du Code civil¹¹¹.

Quoi qu'il en soit, on rappellera que, dans le cas du bail d'habitation et en Région wallonne, l'article 9 du décret du 15 mars 2018 constitue une disposition particulière qui déroge à l'article 5.97 du Code civil en ce qu'elle permet au preneur, lorsque l'habitation ne répond pas aux normes (régionales) de sécurité, de salubrité et d'habitabilité, soit d'exiger l'exécution de travaux de remise en état, soit de demander la résolution du bail devant le juge de paix. Le dernier alinéa de cette disposition ajoute qu'« [e]n attendant l'exécution des travaux, le juge peut accorder une diminution du loyer ». Le preneur peut donc indifféremment choisir, en cas de manquement grave du bailleur à son obligation de fournir un bien conforme aux normes de sécurité, salubrité et habitabilité, entre l'exécution de travaux avec diminution du prix pendant la durée de ceux-ci ou la résolution du bail aux torts du bailleur.

Section 5. Le changement de circonstances

47. On ne peut, enfin, pas traiter du Livre 5 du Code civil sans aborder ce qui est probablement sa nouveauté la plus notable : son article 5.74. Cette disposition introduit en droit belge, sous le nouveau vocable de « changement de circonstances », la théorie dite « de l'imprévision ». Elle n'était jusqu'alors pas reconnue en droit belge comme un principe général de droit¹¹².

À présent, le débiteur d'une obligation peut – pour autant que les parties n'y dérogent pas contractuellement ou qu'une disposition légale spécifique ne l'interdise pas – « demander à son cocontractant de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin » lorsqu'un changement de circonstances, qui ne lui est pas imputable et était imprévisible au moment de la conclusion

110. Voy. notamment Cass., 24 octobre 2019, C.19.0132.N, *Lar. Cass.*, 2020/10, p. 223 ; *J.T.*, 2020/42, p. 894 : « L'exception *non adimpleti contractus* n'est rien de plus qu'une exception temporaire qui permet à une partie de suspendre l'exécution de ses propres obligations ou propose de les exécuter ».

111. Y. Ninane et R. Thüngen qualifient la réduction du prix comme un mode de dissolution partielle des contrats. En effet, « en procédant à une réduction de prix, le créancier accepte de se contenter de la partie du contrat qui a été exécutée et, donc, de libérer le débiteur de son obligation d'exécuter le contrat pour le surplus. Cette extinction partielle s'accompagne bien entendu de la réduction corrélative et simultanée du créancier de payer le prix » (Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 271).

112. Sur ce sujet, voy. notamment, P.A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », in T. DERVAL, R. JAFFERALI et B. KOHL (coord.), *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 329 et s. ; J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, pp. 281 et s. ; S. VAN LOOCK, « Verandering van omstandigheden (art. 5.74 BW): The Times They Are a-Changin' », *R.D.C.-T.B.H.*, 2023/4, pp. 409-460.

du contrat, rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat. Ceci pour autant que le débiteur n'ait pas assumé le risque relatif à cet éventuel changement de circonstances.

Durant les renégociations – qui doivent être menées dans un délai raisonnable –, les parties sont tenues de continuer à exécuter leurs obligations (art. 5.74, al. 3). En cas de refus ou d'échec des renégociations, le juge dispose du pouvoir d'adapter le contrat « afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge ». L'action en adaptation du contrat est formée et instruite selon les formes du référé.

48. La consécration de la théorie de l'imprévision devrait s'avérer particulièrement utile en matière de construction immobilière. On sait, en effet, à quel point le secteur a été affecté par les variations récentes des prix des matériaux et de l'énergie.

La théorie des sujétions imprévues, progressivement admise par la jurisprudence, permettait déjà, il est vrai, à l'entrepreneur d'obtenir un complément de prix en cas de découverte de difficultés existantes mais ignorées et imprévisibles lors de la formation du contrat¹¹³. Cette théorie est cependant limitée aux difficultés préexistantes à la formation du contrat. Elle se distingue en cela de la théorie de l'imprévision¹¹⁴. En cas de survenance de circonstances nouvelles, l'article 5.74 du Code civil permettra, lorsque ses conditions d'application sont réunies, de compléter le mécanisme existant.

49. On s'attend également à ce que la théorie de l'imprévision soit appliquée en matière de bail d'immeuble. On songe notamment à la possibilité d'adapter le montant du loyer des baux commerciaux en cas d'épidémie imposant la fermeture des commerces ou de crise d'une importance telle qu'elle bouleverse l'équilibre économique du contrat. La multiplication potentielle de ces phénomènes dans le futur pourrait néanmoins remettre en doute leur caractère « imprévisible », l'article 5.74 n'ayant pas vocation à permettre à une partie de renégocier les termes d'un accord initial qu'elle considère défavorable. Par ailleurs, on rappellera que les parties peuvent en principe

113. Voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise, RPDB*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 202 et s.

114. B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 208. Les travaux préparatoires précisent que l'article 5.74 du Code civil « ne porte pas atteinte à la théorie des sujétions imprévues » qui restera donc soumise à ses propres conditions d'application, telles que dégagées de la jurisprudence ou résultant de la loi (en matière de marchés publics) (proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 85-86).

déroger à l'article 5.74, notamment en excluant toute révision du loyer sur cette base.

50. L'article 5.74 pourrait également trouver d'intéressantes applications en matière de charges locatives. À titre d'illustration, on rappellera que celles-ci doivent, en principe, correspondre à des dépenses réelles mais que les parties peuvent convenir de les fixer forfaitairement (voy. art. 24 du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation ou art. 1728^{ter} anc. C. civ. pour les baux ne portant pas sur un logement). À la suite de l'augmentation drastique des prix de l'énergie en 2021, les bailleurs qui avaient fixé forfaitairement le montant des charges dues par leurs locataires ont, dans ce cadre, souhaité réadapter le montant du forfait prévu par le contrat. Or, seul l'article 58 du décret du 15 mars 2018 – applicable aux baux d'habitation uniquement – permet(tait) une conversion des frais et charges forfaitaires en frais et charges réels, ce qui ne répond pas au besoin de conserver un système forfaitaire tout en l'augmentant. En outre, concernant les baux pour lesquels les consommations réelles sont portées au compte du locataire chaque année, aucune disposition légale ne permet(tait) d'augmenter le montant des provisions pour charges, payées mensuellement. L'article 5.74 du Code civil pourra venir pallier (certaines de) ces situations problématiques, pour autant toutefois que les parties n'aient pas exclu son application par une clause du contrat de bail.

Conclusion

51. De l'examen, nécessairement partiel, qui précède, on tirera deux enseignements principaux. Le premier est l'influence importante de la réforme sur le droit de l'immobilier. S'il constitue principalement une codification des règles existantes, le Livre 5 du Code civil contient d'importantes nouveautés auxquelles les praticiens seront attentifs. Le second est la nécessité et, parfois, la difficulté de combiner le Livre 5 du Code civil avec les anciennes dispositions relatives aux contrats spéciaux. Gageons que l'adoption du futur Livre 7 du Code civil apportera rapidement une solution à ces difficultés.