

# 4. LA LOI BREYNE : COMMENT ÉCHAPPER À SES CONTRAINTES ?

**Benoît Kohl**

Professeur ordinaire à l'Université de Liège  
Avocat au Barreau de Bruxelles  
Président du CEPANI

Introduction	154
SECTION 1. Moyens contractuels (licites) permettant d'échapper au champ d'application de la loi	156
SECTION 2. Conséquences d'une modification de l'état d'avancement de l'immeuble entre le compromis et l'acte authentique	175
SECTION 3. Le client du promoteur peut-il valablement renoncer à la protection de la loi et écarter son application ?	178
SECTION 4. Examen des conséquences de l'application de la loi à une convention exclue de son champ d'application	193

## Introduction

**1. Les contraintes résultant de l'application de la loi Breyne à une opération immobilière.** Les contraintes qui reposent sur un promoteur immobilier dont l'opération est visée par la loi Breyne sont nombreuses. En particulier, l'article 12 de la loi impose à ce dernier la constitution d'une garantie d'achèvement, dont le coût financier n'est pas négligeable. La liberté contractuelle est, par ailleurs, sérieusement limitée, notamment eu égard aux nombreuses mentions obligatoires qui, en exécution de l'article 7 de la loi, doivent figurer dans la convention.

Pour ce motif, les promoteurs tenteront, lorsque c'est possible, de réaliser l'opération de promotion « en dehors » du champ d'application de la loi. Bien entendu, les cours et tribunaux n'hésitent pas à condamner les promoteurs ou constructeurs qui tentent d'échapper à l'application de la loi Breyne en recourant à des artifices frauduleux.

Il demeure cependant possible de réaliser des opérations de promotion immobilière dans le secteur de l'habitation en dehors du champ d'application de la loi Breyne, sans pour autant que l'opération se concrétise par un contournement illicite de ses dispositions impératives.

La présente contribution a pour ambition de décrire et d'analyser – sans nullement prétendre à l'exhaustivité – certaines des pratiques les plus courantes permettant d'échapper ainsi, de manière licite, au champ d'application de la loi (Section 1).

Nous examinerons également, en lien avec le champ d'application de la loi, les conséquences d'une modification de l'état d'avancement de l'immeuble entre le jour du compromis de vente et celui de l'acte authentique. (Section 2) Nous aborderons aussi la délicate question de la renonciation à la protection légale (Section 3) avant de terminer notre examen par l'étude des conséquences résultant de l'application de la loi à une convention exclue de son champ d'application (Section 4). Il convient toutefois au préalable de rappeler très brièvement les conditions auxquelles une opération de promotion immobilière est visée par le champ d'application de la loi, tel qu'il résulte de son article 1<sup>er</sup>.

**2. Le champ d'application *rationae materiae* de la loi Breyne. Brève présentation.** Une opération de promotion immobilière (au sens large) entre dans le champ d'application de la loi Breyne lorsqu'elle répond par sa nature aux conditions établies par l'article 1<sup>er</sup> de la loi, et qu'elle ne tombe pas dans l'exclusion visée à l'article 2, alinéa 2.

Son champ d'application est particulièrement étendu, puisque l'objectif du législateur consistait à embrasser toutes les formes possibles du phénomène de la promotion immobilière, à tout le moins lorsque le client du promoteur est invité à préfinancer la construction.

Trois situations sont visées par le législateur.

La *première* est l'opération de promotion immobilière de logements neufs (art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi). Cette situation couvre aussi bien les contrats de vente sur plan ou en cours de construction (appartements ou maisons individuelles en construction), mais aussi des simples contrats d'entreprise générale de construction clé-sur-porte ainsi que tout autre type de contrat (par exemple les contrats de prestation de services ou les contrats de mandat) relevant du phénomène de la promotion immobilière portant sur des habitations, pour autant que les conditions déterminant le champ d'application de la loi soient réunies.

Dans ce type d'opérations, la loi Breyne sera applicable pour autant (1) que l'on soit bien en présence d'une « convention » ; (2) que cette convention (i) soit ait pour objet, le transfert de la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction, (ii) soit porte engagement de construire, de faire construire ou de procurer une maison ou un appartement ; (3) que la maison ou l'appartement soit destiné à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation ; (4) qu'en vertu de la convention, le promoteur s'engage livrer la maison ou l'appartement dans un état futur d'achèvement ; et (5) qu'en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage soit tenu d'effectuer un ou des versements avant l'achèvement de la construction.

La *seconde* est l'opération de promotion immobilière de vente d'habitations « dans leur état futur de transformation ou d'agrandissement » (art. 1<sup>er</sup>, al. 2, de la loi). Cette opération est soumise à la loi Breyne depuis sa réforme par la loi du 3 mai 1993<sup>1</sup> lorsqu'un certain nombre de conditions sont rencontrées. Certaines conditions sont identiques à celles qui déterminent le champ d'application de la loi en ce qui concerne les opérations de promotion immobilière de logements neufs. D'autres conditions y sont toutefois ajoutées, tandis que la condition relative à l'objet des contrats couverts par cette situation diffère<sup>2</sup>.

1. *M.B.*, 19 juin 1993.

2. En effet, à la différence de la première situation (qui vise autant la vente sur plan à un acquéreur que la construction d'une habitation sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage), la loi ne s'applique aux opérations de transformation ou d'agrandissement qu'à la condition que la convention organise la cession de l'immeuble à titre onéreux. En d'autres termes, la loi ne s'applique pas à la convention portant engagement de transformer ou de rénover une habitation dont le maître de l'ouvrage est déjà propriétaire au jour de la signature de la convention, ou dont il envisage de faire l'acquisition auprès d'un tiers qui n'est pas lié à l'entrepreneur général

La *troisième* est celle par laquelle un vendeur, un entrepreneur ou un promoteur immobilier propose à son client la signature d'une convention d'étude portant sur des (futurs) opérations de promotion immobilière relevant de l'une des deux premières catégories. Ces contrats sont visés, *a contrario*, par l'article 2, alinéa 2, de la loi, inséré dans la loi à l'occasion de la réforme de 1993.

Les conditions qui déterminent le champ d'application de la loi présentent un caractère cumulatif. Il en résulte que si l'une d'entre elles n'est pas rencontrée, l'opération échappera au champ d'application de la loi.

## Section 1. Moyens contractuels (licites) permettant d'échapper au champ d'application de la loi

### §1. Le promoteur ne s'engage pas à mettre à disposition de son client, au terme de l'opération, un immeuble d'habitation « achevé »

**3. La loi Breyne ne s'applique qu'aux immeubles « en état futur d'achèvement ».** L'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* de la loi, déclare la loi applicable lorsque l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer des versements « avant l'achèvement ». Ce n'est que lorsque le promoteur s'engage à « mener à bonne fin la construction » de l'habitation, c'est-à-dire de promettre son « achèvement », que la loi s'appliquera à l'opération. Les travaux parlementaires confirment sans ambiguïté cette exigence<sup>3</sup>.

Ainsi cette condition ne sera pas rencontrée en cas de vente de lofts « casco » dans un bâtiment à construire ou en cas de vente sur plan ou de construction d'un gros œuvre fermé d'une maison, lorsque le promoteur, le vendeur ou l'entrepreneur ne prend pas l'engagement d'effectuer les travaux nécessaires à l'habitabilité normale de l'immeuble.

Il en est de même lorsque le maître de l'ouvrage envisage certes la construction d'une maison « en état futur d'habitabilité » et dont il entrera

---

chargé de la rénovation. En outre, seules les opérations de transformation ou d'agrandissement d'une certaine ampleur financière sont visées : aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, § 5, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 « portant exécution de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction », tel que inséré par l'article 4 de l'arrêté royal du 21 septembre 1993 (publié au *M.B.*, 13 octobre 1993), « le prix total, prévu dans le contrat, des travaux de transformation ou d'agrandissement visés à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1971, doit s'élever à 80 % au moins du prix de vente de l'immeuble dont la propriété est transférée et doit excéder 18.600 euros ». Pour le surplus, les conditions d'application sont identiques à celles visées à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

3. *Doc. parl.*, Sén., sess. 1969-1970, n° 639, p. 6.

en possession lorsqu'elle sera achevée, mais qu'il recourt pour ce faire, avec le concours de son architecte, à la technique des « lots séparés » : aucun des corps de métier avec lesquels le maître de l'ouvrage conclut des contrats d'entreprise ne s'engage à son égard à lui remettre une maison « achevée ». Par exemple, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt prononcé par la cour d'appel de Mons le 13 octobre 2003, la cour relève que dès lors que les maîtres de l'ouvrage s'engageaient à réaliser une partie non négligeable des travaux de fondation, et compte tenu du fait que l'entreprise ne comprenait ni l'installation électrique, ni celle du chauffage, ni tous les travaux de pavement et carrelage, l'application de la loi Breyne devait être écartée ; le cour précise expressément que « aucun élément du dossier ne permet de tenir pour acquis que l'entrepreneur aurait agi "par astuce" pour éviter l'application de la loi Breyne, par exemple en scindant artificiellement les travaux de gros œuvre et ceux de parachèvement ; [...] il apparaît au contraire que c'est bien le maître de l'ouvrage qui, compte tenu d'un budget serré, a choisi de réaliser personnellement certains travaux, dont l'importance relative par rapport à l'ensemble du chantier est loin d'être négligeable »<sup>4</sup>.

De même, dans une affaire dans laquelle les acquéreurs, qui avaient fait l'acquisition sur plan d'un loft, vendu « casco », reprochaient au promoteur d'avoir participé, en violation de l'article 2, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal d'exécution de la loi, aux délibérations de l'assemblée générale concernant l'octroi par l'association des copropriétaires de la réception définitive relativement aux parties communes<sup>5</sup>. Le tribunal d'Audenerde a décidé qu'il n'y avait aucune séparation artificielle des travaux relevant du gros œuvre, de ceux relatifs au parachèvement : les acquéreurs avaient la liberté totale de choisir l'entrepreneur chargé de réaliser les travaux relevant du parachèvement. L'acte authentique énonçait avec une certaine précision la liste des travaux que les acquéreurs devaient encore (faire) effectuer afin de rendre le loft habitable une fois le bâtiment achevé par le promoteur, entre autres : le placement des canalisations dans le loft, l'isolation thermique et acoustique du sol, les murs de séparation entre les pièces du loft et la ventilation. Le cahier des charges mentionnait explicitement que l'achèvement des lofts relevait de la responsabilité des acquéreurs,

4. Mons, 13 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 49, note K. VANHOVE. *Adde* Civ. Nivelles, 22 août 2000 (somm.), *J.L.M.B.*, 2001, p. 391 : il y a lieu d'écarter l'application de la loi Breyne lorsque « outre certains parachèvements (peinture, tapissage, vernissage), la convention ne prévoyait pas la fourniture et le placement d'une fosse septique ainsi que le raccordement aux égouts ; il en va de même pour la fourniture et le placement du chauffage. Dans nos régions, l'on peut difficilement qualifier un immeuble d'habitable pour une famille nombreuse si l'immeuble n'est pas raccordé aux égouts et s'il n'est pas chauffé ».

5. Lorsque le vendeur ou l'entrepreneur reste propriétaire d'une partie de l'immeuble qui doit être réceptionné, il ne peut exercer aucun des droits qui s'attachent à la copropriété lors de la réception des parties communes de l'immeuble (art. 2, § 3, al. 1<sup>er</sup>, A.R.).

ceux-ci devant toutefois obtenir l'accord de l'ingénieur du projet pour la réalisation de certains travaux d'achèvement limitativement énumérés<sup>6</sup>.

Une telle opération relève donc du « secteur libre » : les prescriptions de la loi Breyne ne doivent pas être respectées et la fixation du contenu du contrat relève de la liberté des parties<sup>7</sup> ; le promoteur n'est pas tenu de fournir une garantie d'achèvement ou un cautionnement.

**4. Proposition de clause.** La clause suivante peut, dans ce cas, être prévue :

« Le Vendeur vend à l'Acquéreur, pour franc, quitte et libre de toutes charges privilégiées et hypothécaires, les biens ci-dessous décrits en leur état futur d'achèvement, aux conditions suivantes :

**Objet de la vente**

**COMMUNE DE (...) :**

[Dans un bâtiment en cours [de construction]/[de rénovation] sur le terrain cadastré numéro (...), un loft n° (...) situé au (...) étage] / [Sur un terrain cadastré numéro (...), le gros œuvre fermé d'une maison d'habitation], livré à l'Acquéreur brut de décoffrage, réalisé par le Vendeur conformément aux plans et cahier des charges figurant en annexe aux présentes. La réalisation [dans les parties privatives] des travaux d'électricité et d'éclairage, de plomberie et sanitaires, des chapes et revêtements de sol, de plafonnage et de peinture, de menuiserie intérieure, ainsi que de tous autres travaux de parachèvement généralement quelconques, demeurent à la charge exclusive de l'Acquéreur<sup>8</sup>.

Le Vendeur s'engage à livrer [le loft casco]/[le gros œuvre fermé] conformément aux plans, aux cahiers des charges et aux devis signés par l'Architecte.

Pour autant que de besoin, il est ici précisé que le Vendeur ne prend pas en charge, ni par la présente convention, ni par toute autre convention, les travaux d'achèvement nécessaires en vue de rendre l'immeuble habitable.

En conséquence, la présente vente n'est pas régie par les dispositions de la Loi Breyne du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire et en voie de construction ».

6. J.P. Audenarde, 1<sup>er</sup> avril 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 44, note C. ENGELS.

7. Un tel contrat devra toutefois répondre aux conditions de validité du droit commun. Si le promoteur peut être qualifié d'« entreprise » et l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage de « consommateur » au sens du Code de droit économique (ce qui sera souvent le cas), le contrat devra par ailleurs respecter les prescriptions du Livre VI du Code de droit économique. En particulier, le contrat ne pourra pas contenir de clause abusive.

8. En présence d'un loft, il sera utile de prévoir les contraintes imposées à l'acquéreur en ce qui concerne le branchement par ce dernier de ses câbles et canalisations au réseau commun de l'immeuble, installé par le vendeur. Un contrôle par le vendeur de l'installation privative de l'acquéreur peut, par exemple, être mis en place.

Il est par ailleurs recommandé au notaire instrumentant d'attirer l'attention des parties (en particulier de l'acquéreur), sur ce que la loi Breyne serait rendue applicable dans l'hypothèse où le vendeur devait prendre en charge, par une convention séparée, les travaux nécessaires à l'achèvement de l'immeuble.

En effet, si la loi Breyne n'est pas d'application lorsque l'entrepreneur n'assume que la réalisation de certains lots, les cours et tribunaux n'hésitent pas à condamner les promoteurs ou constructeurs qui tentent d'échapper à l'application de la loi Breyne en scindant artificiellement l'opération entre un gros œuvre non habitable (non soumis à la loi), d'une part, et les travaux d'achèvement, d'autre part<sup>9</sup>. Il s'agit de la technique dite des « contrats éclatés » : par la conclusion de plusieurs *instrumentum*, les parties tentent de cacher le *negotium* unique.

Ces conventions multiples sont parfois conclues, non pas avec le même entrepreneur, mais avec des personnes physiques ou des sociétés qui sont étroitement liées entre elles (par exemple, appartenant au même groupe de sociétés) ; la loi Breyne doit également être appliquée dans ce cas, malgré le saucissonnage contractuel de l'opération.

## §2. L'habitation est « achevée » au jour de la signature de la convention sous signature privée.

**5. Notion d'achèvement.** Seules les conventions qui ont pour objet une maison ou un appartement à construire ou en voie de construction sont soumises à la loi Breyne. Les dispositions de la loi ne s'appliquent pas lorsque la maison ou l'appartement est déjà achevé au moment de la conclusion du contrat (c'est-à-dire du compromis de vente). Deux hypothèses peuvent en réalité se produire : soit l'immeuble est parfaitement achevé au jour de la signature du compromis de vente ; cette hypothèse ne pose guère de difficultés. Soit certains parachèvements mineurs doivent encore être accomplis par le

9. Voy. par exemple Anvers, 18 septembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 139 ; Civ. Tongres, 19 décembre 2008, *R.C.D.I.*, 2009/2, p. 38 ; Bruxelles, 26 novembre 1998, *Entr. et dr.*, 1999, p. 322 ; Bruxelles, 25 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 597, note S. MOSSELMANS ; Civ. Tongres, 19 décembre 2009, *R.C.D.I.*, 2009/2, p. 38 ; Civ. Louvain, 29 septembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 595 et (appel) Bruxelles, 25 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 597 (dans cette dernière affaire, un acquéreur s'était engagé à « acheter » le gros œuvre (en bois) d'une maison de catalogue ; le même jour, une offre de prix non signée avait été remplie par les parties, pour les travaux de finitions (électricité, chauffage, sanitaires, chape et carrelage, cuisine équipée et même honoraires de l'architecte) ; alors que le premier juge avait estimé que le contrat n'avait pas pour objet une maison en état d'« habitabilité normale », la cour d'appel estima, quant à elle, que le « contrat de vente du gros œuvre » devait être lu en combinaison avec la remise de prix pour les finitions, et qu'un contrat avait donc été conclu pour « amorcer la livraison d'une maison destinée à être habitée, au sujet de laquelle les négociations étaient encore en cours »).

promoteur, mais le degré de finition des travaux est, au jour du compromis, tel que l'habitabilité normale de l'immeuble est assurée.

Dans les deux cas, il importe de définir la *notion d'« achèvement »* au sens de la loi : à partir de quel moment faut-il considérer qu'un immeuble dont la construction est déjà entamée n'est plus en voie de construction ? Quel est le « degré d'achèvement » que le promoteur doit s'engager à atteindre pour que la loi soit applicable à l'opération ? Si ce degré est atteint au jour de la signature de la convention sous signature privée, la loi Breyne ne devra pas être appliquée.

Par un arrêt du 4 mai 2012, la Cour déclare que « la construction d'un immeuble est achevée lorsque le degré de finition des travaux est tel que l'habitabilité normale de l'immeuble est assurée ».

Dans cette affaire, des copropriétaires s'étaient portés acquéreurs de plusieurs appartements situés dans une résidence érigée par un promoteur immobilier. Les actes authentiques stipulaient expressément, quant à l'état du bien vendu, que « les parties déclarent bien connaître le bien présentement vendu pour l'avoir visité et examiné ensemble de manière approfondie préalablement aux présentes. Les parties déclarent et reconnaissent que le bien, objet des présentes, satisfait à toutes les conditions requises pour une habitabilité normale de celui-ci. Elles nous déclarent qu'après la signature de l'acte authentique de vente, le vendeur n'est plus tenu à aucune autre obligation que celles découlant des présentes. En conséquence, après avoir été informé[s] par nous, notaire, sur le champ d'application de la loi du 9 juillet 1971, modifiée par la loi du 3 mai 1993, dit "loi Breyne", les parties reconnaissent que cette loi n'est pas applicable au présent acte ». Le jour même de la signature des actes authentiques de vente des premiers appartements, le promoteur s'était toutefois engagé envers l'un des copropriétaires, par acte sous seing privé, à déposer en l'étude du notaire instrumentant une somme de 5.000 euros, les abords de l'immeuble ainsi que la pente d'accès aux garages n'étant pas terminés ; la somme devait être libérée quelques semaines plus tard, après réalisation des travaux par le promoteur. La question s'était posée ultérieurement de savoir si la loi Breyne aurait dû être appliquée à cette convention.

Selon la cour d'appel, le promoteur ne pouvait, malgré le libellé des actes notariés et malgré la circonstance que – selon les termes même de la cour – « les appartements étaient en état d'être habités », contester que l'immeuble était néanmoins toujours « en voie de construction » à l'époque de la signature desdits actes, de telle sorte que les acquéreurs pouvaient prétendre à l'application de la loi Breyne. Dans son pourvoi, le promoteur soutenait notamment que doivent être considérés comme achevés, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi Breyne, les biens immeubles qui, lors de la conclusion du contrat, présentent un degré de finition suffisant pour en permettre

l'habitabilité normale. Partant, le promoteur reprochait à la cour d'appel d'avoir conclu à l'application de la loi Breyne au seul motif que, selon la convention sous seing privé conclue avec l'un des copropriétaires, les abords de l'immeuble ainsi que la pente du garage n'étaient pas terminés, sans vérifier si ces travaux étaient de nature à empêcher l'habitabilité normale de l'immeuble collectif.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 4 mai 2012, fait droit au moyen soulevé par le promoteur. Après avoir énoncé le principe selon lequel, dans le cadre de la loi Breyne, « la construction d'un immeuble est achevée lorsque le degré de finition des travaux est tel que l'habitabilité normale de l'immeuble est assurée », la Cour reproche au juge du fond de ne pas avoir examiné l'incidence du défaut d'achèvement des abords de l'immeuble et de la pente du garage sur l'habitabilité normale du bien vendu<sup>10</sup>.

L'arrêt paraît donc tirer de l'article 1<sup>er</sup> de la loi Breyne le principe selon lequel la construction d'un immeuble doit être considérée comme achevée, au sens de cette loi, lorsque le degré de finition des travaux est tel que son habitabilité normale est assurée. Il en résulte que, à suivre la Cour de cassation, la loi cessera d'être applicable aux immeubles qui se trouvent déjà en état « d'habitabilité normale » lors de la signature de la convention – c'est-à-dire lors de la signature du compromis –, alors même que certains travaux d'achèvement contractuellement promis par le promoteur doivent encore être réalisés (et payés).

Nous avons déjà eu l'occasion, par le passé, d'exprimer nos réserves à propos de cet arrêt<sup>11</sup>.

10. Cass., 4 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1011 ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 595 ; *R.C.D.I.*, 2013, p. 22 ; *J.T.*, 2013, p. 104, note B. KOHL ; pour une critique de l'arrêt du 4 mai 2012, voy. B. KOHL, « Loi Breyne : un immeuble habitable est-il nécessairement achevé ? », note sous Cass., 4 mai 2012, *J.T.*, 2013, pp. 105-107 ; voy. également en ce sens B. KOHL, « Le champ d'application de la loi Breyne : notion d'«achèvement» des travaux et responsabilité notariale », note sous Bruxelles, 11 décembre 2008, *Rev. not. b.*, 2012, pp. 143-155.

11. Selon nous, les dispositions légales visant l'habitabilité normale – l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, e), et l'article 9 – ne nous paraissent pas, en soi, de nature à ériger celle-ci en condition d'application de la loi : l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, e), n'empêche pas que le promoteur s'engage à réaliser des finitions qui dépassent le stade de la seule habitabilité normale, de telle sorte que le prix de vente, s'il doit *au moins* englober tous les travaux nécessaires à l'habitabilité normale, peut également en englober d'autres, en particulier en fonction du degré de confort promis. De surcroît, exclusion du champ d'application de la loi Breyne les conventions portant sur la vente d'un bien, certes « habitable », mais assorties de l'obligation pour le promoteur de réaliser contre rémunération différents travaux complémentaires, place l'acquéreur devant un risque financier non négligeable lorsque la convention – par hypothèse exclue de la loi Breyne (et donc sans obligation de constituer la garantie d'achèvement) – prévoit le préfinancement total par l'acquéreur desdits travaux complémentaires ; or, ces parachèvements et finitions représentent souvent un poste important du budget total de construction (voy. sur cette question B. KOHL, « Loi Breyne : un immeuble habitable est-il nécessairement achevé ? », note sous Cass., 4 mai 2012, *J.T.*, 2013, pp. 105-107).

Il n'en demeure pas moins que cette décision de principe de la Cour, bien que n'étant pas exempte de toute critique, a depuis été appliquée à plusieurs reprises par les cours et tribunaux<sup>12</sup>.

Il résulte de ce qui précède que, lorsque la réception provisoire a été accordée<sup>13</sup>, l'on doit pouvoir considérer selon nous que les travaux sont « achevés ». Cette position nous paraît confortée par l'observation que la garantie « d'achèvement » que doit constituer le promoteur n'est libérée qu'à partir de la date de la réception provisoire (et non à partir de la date à laquelle les lieux sont, en fait, « habitables ») (art. 4, al. 5, de l'A.R.)<sup>14</sup>.

En revanche, lorsque, au jour de la signature de la convention, certains travaux de finition promis doivent encore être réalisés par le promoteur et que la réception provisoire ne peut être accordée pour ce motif, la détermination de l'application de la loi Breyne supposera que le notaire, à suivre l'arrêt prononcé par la Cour de cassation, considère que « le degré de finition des travaux est tel que l'habitabilité normale de l'immeuble est assurée »<sup>15</sup>. Il est bien malaisé de pouvoir, de manière abstraite, déterminer à quel stade des travaux le notaire pourra considérer que le degré de finition de ceux-ci est tel que l'habitabilité normale de l'immeuble est assurée. Dans l'affaire ayant

12. Voy. Anvers, 20 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 377 (la loi est déclarée non applicable à la vente d'une villa qui se trouvait en état d'habitation normale au jour de la signature du compromis de vente ; le prix de l'immeuble s'élevait approximativement à 680.000 euros ; les acquéreurs avaient toutefois demandé au promoteur de procéder à la réalisation d'une piscine, d'un pool-house, du jardin et de l'empierrement ; ces travaux étaient compris dans le prix de vente mais une retenue de 10.000 euros sur le prix de vente total avait été effectuée afin de garantir la finalisation de ces travaux) ; Civ. Flandre orientale (div. Gand), 8 février 2016, *T.B.O.*, 2016, p. 472 (vente d'appartements en cours de construction avec paiement de la totalité du prix à l'acte authentique, après achèvement des travaux ; bien que certaines prestations restaient à réaliser par le promoteur au jour de l'acte, la loi n'est pas déclarée applicable, car, examinant la nature desdites prestations, le tribunal considère qu'elles n'étaient pas telles que l'immeuble ne pouvait être considéré comme « habitable » au jour de la signature de l'acte authentique (ces prestations consistaient uniquement dans l'obligation du promoteur, postérieurement à l'acte, de transmettre le dossier d'intervention ultérieure et de réaliser certains menus travaux, repris dans le procès-verbal de réception provisoire (notamment le placement des portes des chambres, du thermostat et l'achèvement de l'aménagement de la salle de bains)) ; le tribunal considère que cette « habitabilité normale » suppose uniquement l'achèvement du gros œuvre et d'un minimum d'équipements de confort, et que le stade de l'habitabilité normale, à compter duquel la loi Breyne n'est plus applicable, n'équivaut pas nécessairement à la date de l'octroi de la réception provisoire et de la transmission du dossier d'intervention ultérieure).

13. En présence d'un immeuble à appartements, c'est de la réception provisoire des parties privatives et des parties communes qu'il s'agit.

14. Sauf si la réception provisoire s'accompagne de réserves telles qu'elles sont de nature à mettre en cause l'habitabilité même des lieux, ce qui revient à considérer que la réception provisoire n'est, en fait, pas acquise. Voy. E. DEVROEY, « La garantie d'achèvement dans la pratique », *Rev. not.*, 1978, p. 195.

15. Cass., 4 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1011, *R.A.B.G.*, 2013, p. 595 ; *R.C.D.J.*, 2013, p. 22 ; *J.T.*, 2013, p. 104, note B. KOHL.

donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation, les abords n'étaient terminés, et la pente du garage n'était pas achevée ; selon la Cour, le tribunal aurait dû apprécier si ceci faisait obstacle à l'habitabilité normale de l'immeuble.

**6. Proposition de clause.** La clause suivante peut, dans ce cas, être prévue :

« L'Acquéreur déclare avoir visité et agréé le bien vendu avant la signature du compromis de vente et constaté que le bien vendu se trouvait à ce moment dans un état d'habitabilité normale et final d'achèvement conforme au cahier des charges emportant l'agrément de l'Acquéreur sur ledit bien. Le bien vendu étant achevé et le vendeur n'étant tenu à aucun engagement de construire ou d'achever le bien en exécution de la présente convention, la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitation et la vente d'habitations à construire (dite "loi Breyne") ne trouve pas à s'appliquer au présent acte ».

Si quelques imperfections ont été relevées par l'acquéreur (sans que l'état achevé du bien puisse être remis en cause), une retenue sur le prix pourra être effectuée – et mention en sera faite dans l'acte –, et versée par le maître de l'ouvrage sur un compte bloqué, les sommes n'étant remises au vendeur que sur production de l'accord des parties ou d'une décision judiciaire coulée en force de chose jugée.

**7. Application de la loi Breyne à l'entrepreneur qui achève l'habitation commencée par un autre ?** Qu'en est-il de la situation dans laquelle un entrepreneur général achève l'immeuble qu'un premier entrepreneur général avait la charge d'ériger, par exemple en raison de la résolution du premier contrat aux torts de l'entrepreneur, ou en raison de la résiliation unilatérale de celui-ci, décidée par le maître de l'ouvrage ? L'application de la loi à cette situation est controversée.

Selon certains, le contrat d'entreprise relatif à une construction déjà entamée échappe à la loi Breyne, au motif notamment que l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, e), de la loi impose aux contractants de préciser, dans leur convention, « le prix total de la maison ou de l'appartement », ce qui confirmerait que la loi viserait essentiellement « les conventions par lesquelles le promoteur ou l'entrepreneur livre à son client un immeuble globalement conçu »<sup>16</sup>.

Nous pensons toutefois, avec d'autres, que l'entrepreneur qui reprend l'ensemble de la construction qu'un premier entrepreneur avait commencée, doit voir son contrat conclu avec le maître de l'ouvrage soumis à la loi

16. A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breyne*, coll. Droit et Justice, Bruxelles, Nemesis, 1989, p. 41. Ces auteurs apportent toutefois une réserve : « la loi deviendrait applicable au second entrepreneur si son intervention était d'une ampleur telle qu'il apparaîtrait comme répondant en fait de l'ensemble de l'ouvrage. D'autre part, il appartient au juge de déjouer les manœuvres de promoteurs ou d'entrepreneurs de connivence qui scinderaient artificiellement les opérations et soumettraient au candidat propriétaire des conventions distinctes dans le but de le priver des garanties offertes par la loi ».

Breyne. L'on ne se trouve pas là, en effet, dans une situation différente de celle d'un promoteur qui vend un immeuble « en l'état futur d'habitabilité » à un moment où la construction est déjà commencée. L'article 1<sup>er</sup> de la loi vise d'ailleurs expressément les conventions portant engagement de construire « un tel immeuble », c'est-à-dire une maison ou un appartement à construire « ou en voie de construction ».

Pour que la loi Breyne soit ainsi déclarée applicable à l'entrepreneur reprenant le chantier en cours de construction, celui-ci doit toutefois prendre envers le maître de l'ouvrage un engagement d'achèvement de l'ouvrage, jusqu'au stade des finitions : l'on vise donc bien l'hypothèse d'un entrepreneur « ensemblier » ou d'un entrepreneur général recourant le cas échéant à la sous-traitance. Au contraire, si seuls l'un ou l'autre poste est repris par un entrepreneur qui ne prend pas un engagement d'achèvement portant sur l'ensemble de l'habitation, la loi Breyne ne sera pas applicable : on se trouve dans ce cas dans l'hypothèse d'une construction (ou d'une reprise de construction) « par lots séparés », qui échappe à la loi (*supra*, n° 3).

Comme l'écrit J.M. Chandelle, « il nous semble en effet que, de même que l'on ne peut se soustraire à la loi en concluant un contrat d'entreprise générale qui ne couvrirait pas les travaux de finition, il faut décider qu'un contrat d'entreprise relatif à une construction déjà entamée doit être soumis à la loi dès lors que les conditions financières de l'opération peuvent présenter le danger contre lequel la loi a entendu prémunir le maître de l'ouvrage. Tel serait par exemple le cas si un contrat d'entreprise relatif à un immeuble entamé, mais inachevé, portait sur la fourniture d'un bien achevé »<sup>17</sup>.

Encore faut-il que les travaux repris par l'entrepreneur soient d'une certaine importance : si la résiliation ou la résolution du premier contrat intervient lorsque les travaux sont presque achevés, l'application de la loi Breyne aux seuls travaux mineurs de finition repris par un tiers entrepreneur ne paraît pas s'imposer avec une telle évidence<sup>18</sup>. Il s'agira sans doute ici d'une appréciation souveraine du juge, en fonction des circonstances propres à chaque espèce<sup>19</sup>.

17. Voy. p. ex. J.M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *Rép. not.*, t. VII, liv. VI, Bruxelles, larcier, éd. 1996, p. 61, n° 22 ; *Adde* en ce sens A. DE CALUWE et C. DELCORDE, « La loi du 9 juillet 1971 réglementant les contrats relatifs à certaines constructions immobilières », *J.T.*, 1972, p. 182.

18. Voy. J.M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *op. cit.*, p. 61, n° 22 ; l'auteur explique que « ne seront exclus que les contrats relatifs à des travaux mineurs de finition, comme la jurisprudence l'a laissé entendre » (l'auteur cite Comm. Charleroi, 12 juin 1974, *J.T.*, 1974, p. 352, note A. DE CALUWE ; Mons, 30 septembre 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 106).

19. Voy. égal. en ce sens N. CARETTE, A. QUIRYNEN et T. SOETE, « Toepassingsgebied », in N. CARETTE (éd.), *Handboek Wet Breyne*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 37.

### §3. L'acquéreur ou le maître de l'ouvrage n'est pas tenu d'effectuer des versements avant l'achèvement

**8. Hypothèse de la construction sur fonds propres.** Dans ce cas, le promoteur, le vendeur ou l'entrepreneur finance la construction de l'immeuble d'habitation sur fonds propres (le cas échéant en recourant à du crédit bancaire). Parfois, il ne commencera la commercialisation d'un bien qu'une fois celui-ci achevé. L'on se trouve alors dans la situation décrite ci-avant.

Dans d'autres cas, le promoteur souhaite s'assurer, avant l'achèvement de l'immeuble, de l'engagement de l'acquéreur de procéder à son acquisition une fois l'immeuble achevé.

L'acquéreur ou le maître de l'ouvrage est dans ce cas engagé, dès la signature du contrat de construction ou de vente sur plan, à payer le prix après l'achèvement de l'ouvrage, c'est-à-dire après la réception des travaux<sup>20</sup>. Pour que l'opération échappe à la loi Breyne, aucun acompte ni versement ne peuvent être demandés au maître de l'ouvrage ou à l'acquéreur, ni lors de la conclusion du contrat sous signature privée, ni en cours d'exécution des travaux.

Si un tel procédé intervient rarement en cas de construction clé-sur-porte par un promoteur-constructeur sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage, il est, au contraire, fréquemment utilisé en cas de vente en cours de construction, spécialement lorsque l'habitation vendue est à un stade avancé de sa construction (par exemple au stade du gros œuvre fermé) : le promoteur fait signer à l'acquéreur un compromis de vente sur plan ne prévoyant la perception d'aucun acompte, et le prix total est payé quelques semaines ou mois plus tard, au moment de la signature de l'acte authentique qui intervient peu

20. S'il s'agit d'un contrat de vente sur plan d'une habitation dont le prix est payable en totalité à l'achèvement, il sera plus correct de parler dans une telle circonstance « d'agrégation provisoire » et « d'agrégation définitive », et non de « réception provisoire » et de « réception définitive ». Le terme « réception » renvoie en effet au contrat d'entreprise, alors qu'en matière de vente, il est d'usage de parler d'« agrégation ». La loi Breyne utilise certes le terme « réception » sans distinguer selon la qualification contractuelle des opérations qui entrent dans son champ d'application, de telle sorte qu'un acquéreur doit, lorsque la loi s'applique, accorder la « réception » des travaux au promoteur ; toutefois, s'agissant ici d'opérations n'étant pas soumises à la loi Breyne (le prix n'étant pas payé avant l'achèvement), rien ne commande de se départir du vocabulaire utilisé en droit « commun » du contrat de vente, de telle sorte que le terme « agrégation » nous paraît devoir être préféré dans ce cas (voy. B. KOHL, « Quelques particularités de la vente d'un immeuble sur plan ou en cours de construction (hors loi Breyne) », in *Les entraves à la libre disposition du bien*, coll. Association des licenciés et master en notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 248-250). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de prévoir dans ce cas une double « agrégation » (provisoire et définitive) : comme en droit commun de la vente, une seule agrégation suffit, lorsque le promoteur opère la délivrance du bien vendu.

après l'agréation (c'est-à-dire après achèvement)<sup>21</sup>. Une clause du compromis de vente prévoit habituellement que le promoteur doit inviter l'acquéreur, une fois l'immeuble achevé, à procéder à une visite de celui-ci afin de permettre à ce dernier d'accorder au promoteur « l'agréation » de l'habitation qui fait l'objet de la vente, pour autant que celle-ci soit en apparence conforme aux stipulations contractuelles (plans et cahier des charges) et aux règles de l'art. Ce n'est qu'ensuite que l'acte authentique peut être signé.

Une telle pratique est parfaitement légale. Les parties doivent toutefois être conscientes que, du point de vue de la réglementation relative aux droits d'enregistrement, l'enregistrement du compromis (et donc, en pratique, la signature de l'acte authentique) doit intervenir endéans les quatre mois à compter de la date du compromis. Ceci pose parfois des difficultés lorsque, contre toute attente, le processus d'agréation de l'immeuble est retardé, par exemple en présence de défauts affectant les travaux de parachèvement de l'habitation.

Un tel compromis adoptera généralement la forme d'une convention habituellement utilisée dans le cadre de ventes sur plan soumises à la loi Breyne (notamment quant à la description du bien vendu en l'état futur d'achèvement ou quant aux engagements de finition du vendeur). Les parties pourront toutefois librement aménager le régime contractuel ; le promoteur, le vendeur ou l'entrepreneur sera par ailleurs dispensé de fournir une garantie d'achèvement ou un cautionnement.

**9. Possibilité de sécuriser le paiement du prix par la remise d'une garantie par l'acquéreur ?** Puisque, dans une telle opération, le prix n'est payable par l'acquéreur qu'après achèvement et agréation de l'immeuble, le promoteur pourrait vouloir s'assurer que son client disposera bel et bien, à ce moment, des fonds nécessaires à l'acquisition. Peut-il demander à ce dernier qu'il lui fournisse une garantie bancaire visant à garantir le paiement du prix une fois l'ouvrage achevé ?

---

21. En théorie, il serait également possible de prévoir la signature de l'acte authentique avant l'achèvement de l'immeuble. Toutefois, pour échapper au champ d'application de loi Breyne, aucun paiement ne pourra intervenir lors de la passation de l'acte authentique (pas même la partie du prix correspondant au terrain). Une telle situation est donc beaucoup plus rare, car il convient alors de régler les conséquences du paiement retardé du prix, non seulement quant à la situation hypothécaire du bien vendu sur plan, mais également quant au risque de défaillance de l'acquéreur. En effet, dans une telle situation, il est probable que le bien se trouvera grevé d'une hypothèque prise au bénéfice de la banque ayant financé le projet du promoteur immobilier ; or, cette hypothèque ne pourra être remboursée au jour de la signature de l'acte, puisque le paiement du prix sera retardé jusqu'au jour de l'achèvement du bien ; une clause organisant la mainlevée de cette hypothèque par l'effet du paiement du prix lors de l'agréation (intervenant postérieurement à la signature de l'acte notarié) devrait ainsi être prévue. En outre, le paiement du prix étant retardé, une inscription d'office sera prise sur l'immeuble pour garantir le paiement du prix par l'acquéreur.

Nous considérons que la remise d'une telle garantie ne constitue pas un versement, à condition que la libération de cette garantie soit conditionnée au constat de l'achèvement. Il est en de même de l'engagement de caution souscrit par un tiers au profit de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, en garantie de l'obligation de paiement du prix. En revanche, une garantie bancaire irrévocable et à première demande, abstraite de toute cause, pourrait être qualifiée de versement, si sa libération peut intervenir sur simple demande du vendeur ou de l'entrepreneur, à n'importe quel moment<sup>22</sup>.

Un arrêt du 8 mai 2017 prononcé par la cour d'appel de Bruxelles comporte une illustration de cette pratique<sup>23</sup>. En l'espèce, une société privée à responsabilité limitée s'était portée acquéreuse d'un appartement à construire, vendu sous le régime de la loi Breyne<sup>24</sup>. Par un contrat séparé, une personne physique s'était engagée comme caution, en vue de garantie la bonne exécution par la société acquéreuse de son obligation de payer le prix de vente. Postérieurement à la signature de l'acte authentique (à laquelle la personne physique n'avait pas comparu), la société acquéreuse avait refusé d'accorder la réception provisoire et se refusait à payer une partie du prix de vente. Le promoteur avait alors assigné en payement aussi bien la société que la personne physique qui s'était engagée à titre de caution. Dans son arrêt, la cour décide à bon droit que la circonstance que la caution n'ait pas été mentionnée dans l'acte authentique de vente était en soi insuffisante pour décharger celle-ci : la caution avait été constituée par un contrat distinct du compromis de vente, de sorte que ses engagements de caution n'avaient pas pris fin par le seul fait de l'authentification du compromis de vente, l'acte notarié ne comportant par ailleurs aucune renonciation expresse du vendeur à se prévaloir de la caution.

22. Voy. en ce sens M. DEVROEY, *De wet Breyne*, éd. revue, Lokeren, Konstruktieve Publicaties, 2008, p. 44 ; P. RIGAUD, « La promotion d'immeubles d'habitations », in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1976, p. 456 ; K. UYTTERHOEVEN, « Woningbouwwet », in K. DEKETElaERE, M. SCHOUps et A. VERBEKE (éd.), *Handboek Bouwrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bruges et Anvers, die Keure et Intersentia, 2013, p. 919. Certains auteurs sont cependant plus réservés, spécialement lorsque la fourniture d'une telle garantie bancaire représente un coût pour l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage (voy. en ce sens H. DE DECKER, « Nieuwe accenten bij de Wet Breyne », in *Notariële facetten van het contractenrecht*, Serie Leuvense Notariële geschriften, n° 5, Louvain, Presses Universitaires, 2004, p. 87.

23. Bruxelles, 8 mai 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 386.

24. En effet, pour rappel, la loi s'applique à tout acquéreur ou maître de l'ouvrage, qu'il intervienne au contrat en qualité de personne physique ou de personne morale. Rien ne semble dès lors empêcher en principe d'accorder le bénéfice de la loi à une personne morale qui acquiert ou fait ériger un immeuble d'habitation, à condition que son activité habituelle ne consiste pas à céder à titre onéreux les habitations qu'elle fait construire (auquel cas la personne morale est visée par l'exclusion énoncée à l'article 2 de la loi). Ainsi, une personne morale constituée par un particulier afin d'y loger, pour des motifs d'ordre essentiellement fiscal, son habitation – principale ou secondaire –, bénéficie des protections de la loi Breyne dans ses rapports avec le promoteur immobilier.

De même, il nous semble que la constitution d'une garantie en espèces auprès d'un « tiers de confiance » (tel un notaire) ne devrait pas être considérée comme un « versement » au sens de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi, à condition que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage conserve la propriété des fonds qui doivent être portés à un compte ouvert à son nom (ce qui assure une protection contre les créanciers du promoteur) et que le « tiers de confiance » ne puisse être tenu à la libération des sommes au profit du promoteur qu'au plus tôt au moment de l'achèvement de l'ouvrage, soit sur instruction (écrite) du maître de l'ouvrage ou de l'acquéreur, titulaire du compte rubriqué, soit sur la base d'une décision de justice. La somme est, en d'autres termes, remise au notaire, non point à titre de paiement, mais à titre de garantie de l'obligation de paiement.

La Commission d'Avis de la Fédération des Notaires, dans un avis publié en 2010, indique d'ailleurs ne pas avoir d'objection à formuler au regard de cette pratique du versement sur un compte rubriqué, pour autant, en effet, que : « (1°) l'acquéreur conserve la propriété des fonds qui doivent être portés à un compte ouvert à son nom (protection contre les créanciers du vendeur) ; (2°) le lien juridique existant avec le tiers oblige celui-ci irrévocablement à ne se dessaisir des fonds qu'après achèvement des travaux, soit sur ordre écrit de l'acquéreur, titulaire du compte ; soit sur base d'une décision de justice »<sup>25</sup>.

Cette dernière pratique (dépôt sur un compte rubriqué du notaire) n'est pas sans danger pour le promoteur : « si la somme n'entre pas dans le patrimoine du vendeur, elle ne quitte pas celui de l'acquéreur, car le notaire, puisqu'il ne l'a pas perçue pour compte du vendeur, est alors tenu d'une obligation de restitution vis-à-vis de l'acquéreur. L'acquéreur pourrait donc [...] réclamer à tout moment la somme au notaire, qui devrait la lui restituer. Il n'en irait autrement que si l'obligation de restitution du notaire était affectée d'un terme. Quoi qu'il en soit, si les choses tournent mal, le notaire ne pourrait pas disposer de la somme et la remettre, de sa propre initiative,

25. Voy. l'avis n° 2012 de la Commission d'Avis de la Fédération des Notaires, « Loi Breyne. Validité des procédés de dépôt de garantie en compte rubriqué notarié et de la faculté de dédit, assortie d'arrhes », *Notamus*, 2010/1, pp. 9-12. La doctrine est divisée sur ce point ; voy. entre autres *pro* : M. DEVROEY, *De wet Breyne*, *op. cit.*, p. 46 ; Y. HANNEQUART, *Le droit de la construction*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 159 ; D. PATART, « Questions d'actualité en matière de loi Breyne », *R.G.E.N.*, 2001, p. 309 ; P. HENRY et F. POTTIER, « La réforme de la loi Breyne : à la recherche de l'arche perdue », in *Liber Amicorum Aimé de Caluwé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 264 ; S. MAES, « Wet Breyne. Knelpunten bij de toepassing », *NjW*, 2008, p. 54 ; *contra* : J.M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *op. cit.*, p. 71, n° 29 ; A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breyne*, coll. Droit et Justice, n° 9, Bruxelles, Nemesis, 1989, p. 34 ; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2008, pp. 121-122. Ces derniers auteurs estiment que le dépôt de sommes dans les mains d'un tiers garant doit être visé par la notion de « versement ».

au vendeur. En d'autres termes, le vendeur ne serait en rien privilégié par rapport aux autres créanciers de l'acquéreur qui réclamerait la somme »<sup>26</sup>.

Afin de lever toute incertitude, nous sommes d'avis, *de lege ferenda*, que la loi devrait expressément permettre aux parties de prévoir la constitution par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage d'une garantie de paiement, permettant au professionnel de s'assurer de la fidélité de l'acquéreur sur plan ou du maître de l'ouvrage, en garantie du parfait paiement des sommes dues<sup>27</sup>. Cette garantie pourrait permettre la conclusion d'un contrat de vente sur plan sans qu'il soit nécessaire pour le vendeur de procurer une garantie d'achèvement, avec paiement de la totalité du prix de vente après achèvement – dont le constat suppose soit l'accord de l'acquéreur, soit la décision d'un juge, généralement sur la base du rapport d'un expert –, l'obligation de paiement étant, pour tout ou partie du prix, garantie par le dépôt ainsi effectué.

**10. Proposition de clause.** Le contrat de vente sur plan pourra adopter une forme similaire aux contrats de vente sur plan soumis à la loi Breyne (notamment quant à la description du bien vendu en l'état futur d'achèvement, quant aux délais et pénalités de retard ou quant aux engagements de finition du vendeur). Les parties pourront toutefois librement aménager le régime contractuel ; le vendeur sera par ailleurs dispensé de fournir une garantie d'achèvement ou un cautionnement.

La clause suivante devra être prévue dans le compromis, s'agissant du prix :

« Le prix total de (...) euros devient exigible en totalité lors de l'achèvement du bien, au plus tôt le jour de la signature du procès-verbal [de réception provisoire][d'agrégation provisoire], dont question à l'article (...). Il sera payable par l'acquéreur endéans les (...) jours sur le compte (...) ».

Si les parties, afin de sécuriser le paiement du prix par l'acquéreur, prévoient, concomitamment à la signature de convention sous signature privée, la remise d'une garantie bancaire ou la fourniture d'une caution par l'acquéreur au vendeur (*supra*, n° 9), la clause suivante pourrait, par exemple, figurer dans le compromis de vente :

« À titre de garantie de son obligation de payer le prix, l'Acquéreur remettra au Vendeur, dans les (...) jours de la signature de la présente convention, une garantie bancaire à première demande à concurrence du prix total mentionné à l'article (...), dont le Vendeur sera le bénéficiaire et qui sera conforme aux conditions et modalités reprises dans le modèle figurant en Annexe n° (...) à la présente convention.

26. D. PATART, « Questions d'actualité en matière de loi Breyne », *op. cit.*, p. 309.

27. Voy. B. KOHL, « La loi Breyne. La garantie de paiement », in *Suggestions de loi faites au législateur en matière notariale*, coll. Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 154-157.

Au nom et pour le compte de l'Acquéreur, la banque se porte garantie envers le Vendeur jusqu'à concurrence du montant total du prix. La banque payera au Vendeur, à la première demande dudit Vendeur, la somme que ce dernier lui indiquera, après que le Vendeur ait adressé à la banque un courrier recommandé mentionnant le montant dont l'Acquéreur est redevable envers le Vendeur, tel qu'il ressort de l'une des pièces suivantes, qui sera annexée à la demande adressée à la banque par courrier recommandé :

– soit une attestation, fournie et signée par l'Acquéreur, ou fournie et signée par un architecte conseil engagé à ses frais par l'Acquéreur, dont il résulte que l'appartement est achevé conformément aux dispositions de la présente convention, du cahier des charges et des plans dressés par l'architecte (...), à l'exception des points qui, le cas échéant, seraient mentionnés dans le procès-verbal de réception provisoire ;

– soit le rapport, fourni et signé par un expert désigné de commun accord par les parties ou par un tribunal, dont il ressort que l'appartement est en état de réception provisoire.

Cette garantie bancaire à première demande doit être soumise au droit belge et doit être délivrée par un établissement bancaire de première classe, dont le siège est établi dans l'Union européenne et approuvé par le Vendeur.

La garantie bancaire prend fin après que le Vendeur ait confirmé à la banque, par courrier recommandé, que l'Acquéreur a rempli toutes ses obligations de paiement au titre du présent contrat.

Si l'Acquéreur néglige de fournir la garantie bancaire à première demande dans les (...) jours de la signature de la présente convention, le Vendeur, au profit duquel la présente clause est stipulée, a le droit, par courrier recommandé adressé à l'Acquéreur, de déclarer le présent contrat résolu de plein droit et sans mise en demeure préalable. L'Acquéreur est, dans ce cas, redevable au Vendeur d'une indemnité fixée à 10 % (dix pourcents) du prix total ».

Les parties veilleront par ailleurs à prévoir les conséquences du paiement retardé du prix, quant à la situation hypothécaire du bien vendu. L'on rappelle en effet que les droits réels que détient le vendeur sur le sol et sur les constructions existantes sont immédiatement transférés à l'acheteur de la maison ou de l'appartement à construire ou en voie de construction (art. 4 de la loi). En d'autres termes, l'acheteur devient propriétaire du terrain et des constructions existantes dès la signature de la convention sous signature privée.

Or, dans la situation présentée ici, il est probable que le bien se trouvera grevé d'une hypothèque prise au bénéfice de la banque ayant financé le projet du promoteur immobilier. L'immeuble ne pourra être livré lors de l'acte authentique « quitte et libre de toute charge », mais uniquement « pour

quitte et libre »<sup>28</sup>, une fois le prix payé par l'acquéreur à l'achèvement de la construction. Une clause organisant la mainlevée de cette hypothèque par l'effet du paiement du prix lors de la réception provisoire devrait ainsi être prévue. En outre, le paiement du prix étant retardé, une inscription d'office sera prise sur l'immeuble pour garantir le paiement du prix par l'acquéreur.

#### §4. L'acquéreur consent une promesse d'achat que le promoteur ne peut lever qu'après achèvement

**11. Présentation du mécanisme.** Cette opération constitue une variante de celle présentée ci-avant : le candidat acquéreur d'une habitation à construire consent, pendant une certaine durée (par exemple douze ou vingt-quatre mois) une promesse d'achat au promoteur immobilier, bénéficiaire de ladite promesse. Le promoteur immobilier bénéficie donc d'une option de vente qui lui permet de forcer la vente avec le promettant par la levée de l'option, laquelle intervient par une notification adressée au promettant. Par le simple effet de la levée d'option, la convention de vente devient alors définitive aux conditions énoncées dans le contrat de promesse : la conclusion de la vente se réalisera donc par et au moment de la levée de l'option<sup>29</sup>.

Pour que cette opération échappe au champ d'application de la loi, il est généralement prévu que l'option de vente ne pourra être levée par le promoteur qu'au plus tôt lorsque le bâtiment sera achevé et pourra être utilisé

28. Une différence existe selon que le vendeur s'engage à délivrer un immeuble « quitte et libre de toutes charges » ou selon qu'il s'engage à délivrer un tel immeuble « pour quitte et libre de toutes charges » : la clause « pour quitte et libre » signifie uniquement que, dans l'hypothèse où le bien est effectivement grevé de charges, le vendeur ou son représentant n'atteste pas l'inexistence de celles-ci, mais s'engage à prendre les dispositions nécessaires pour qu'au jour de la délivrance, elles aient été levées ou, à tout le moins, le soient dans un bref délai. En d'autres termes, cette clause – à la différence de la clause « quitte et libre » – n'exclut pas nécessairement qu'au moment de la signature du compromis de vente, des charges existent sur le bien (voy. p. ex. Liège, 11 septembre 1991, *Rev. not. b.*, 1992, p. 310, note R.D.V.).

29. Dans l'hypothèse où la promesse arrive à échéance et que l'option de vente n'est pas levée par le promoteur immobilier (soit parce qu'il souhaite ne plus vendre à cet acquéreur parce qu'il a, par exemple, trouvé un autre acquéreur à un prix plus intéressant (et il laisse ainsi s'éteindre la promesse sans la lever pour conclure avec un tiers), soit parce que les travaux ne sont pas achevés à la date ultime à laquelle ils auraient dû l'être, étant la date d'expiration de la promesse, augmentée éventuellement des délais nécessaires en cas de force majeure ou d'intempéries), la promesse s'éteint. Dans ce cas, afin d'éviter toute critique, il paraît opportun de prévoir dans la convention de promesse qu'une indemnité doit être payée par le promoteur au candidat acquéreur, puisque ce dernier aura immobilisé durant une certaine période un investissement financier important et, le cas échéant, aura encouru des frais relatifs à l'obtention d'un crédit immobilier alors que, finalement, ces frais et cette immobilisation financière se seront avérés supportés en vain. Cette indemnité devrait être calculée de manière raisonnable pour couvrir la perte de rentabilité de l'investissement financier bloqué dans le chef du promettant pendant toute la durée de la promesse.

conformément à sa destination par le futur acquéreur et que l'acquéreur sera invité, une fois l'option levée (c'est-à-dire une fois la vente définitivement conclue par l'effet de la levée de l'option) à procéder à l'agrément du bien ; comme indiqué ci-dessus, l'agrément permet à l'acquéreur de confirmer que l'immeuble répond bien à ce qu'il a commandé, c'est-à-dire qu'il est bien conforme à la commande telle qu'elle résulte de la vente par l'effet de la levée de l'option.

La circonstance que la levée de l'option n'intervienne qu'après l'achèvement de l'ouvrage, qu'aucun acompte ne soit payé lors de la levée de l'option (laquelle marque la formation du contrat de vente) et que la totalité du prix soit payable à l'acte authentique permet de faire échapper la convention à l'application de la loi Breyné. Il n'est donc pas nécessaire pour le promoteur immobilier de constituer la garantie d'achèvement ou le cautionnement prévus par la loi Breyné, ce qui constitue la raison principale de la signature d'une telle promesse d'achat.

Si l'acquéreur ne comparait pas lors de la date fixée pour la signature de l'acte authentique alors que l'option a été levée et que le bien a été agréé, les sanctions habituelles s'appliquent, à savoir, la possibilité pour le promoteur de réclamer soit l'exécution forcée de la vente, soit la résolution de la vente avec une indemnité à titre de dommages et intérêts, dont le montant (par exemple 5 % ou 10 %) peut être fixé à titre de clause pénale dans les conditions de la vente figurant dans le contrat de promesse.

En revanche, si l'option a été levée par le promoteur mais que l'agrément ne peut intervenir parce que l'acquéreur émet certaines réserves quant à l'achèvement des travaux et que ces réserves sont de telle importance qu'elles conduisent l'acquéreur à refuser purement et simplement l'agrément, le refus de passer l'acte authentique est compréhensible. Dès lors, dans l'hypothèse où un tel refus de procéder à l'agrément est intervenu et que ce refus n'est pas abusif (parce que, par hypothèse, l'immeuble n'est pas achevé ou parce que des défauts importants, empêchant l'utilisation de l'immeuble conformément à sa destination, sont constatés lors de la visite préalable à l'agrément), le retard ou le refus de procéder à la signature de l'acte authentique n'est pas imputable à l'acquéreur mais, au contraire, au promoteur. Dans ce cas, il se recommande de prévoir dans la convention une indemnisation de l'acquéreur pour le retard dans la signature de l'acte authentique, retard correspondant à la durée nécessaire pour finaliser l'immeuble ou remédier aux désordres<sup>30</sup>.

---

30. Par contre, si l'acquéreur refuse abusivement d'accorder l'agrément, c'est-à-dire si les désordres qui subsistent au jour de la levée de l'option par le promoteur ne sont pas de nature telle qu'ils empêchent d'utiliser l'immeuble conformément à sa destination (c'est-à-dire qu'au contraire il s'agit davantage d'imperfections mineures pouvant être facilement corrigées), le refus de procéder à l'agrément sera alors considéré comme abusif, ce que le promoteur pourra faire

Par ailleurs, si le chantier présente un retard qui n'est pas justifié par la survenances d'un cas de force majeure, le paiement d'une indemnité (pour l'immobilisation du capital subie par le candidat acquéreur) pourrait être prévu, sous la forme d'un intérêt à un taux contractuel.

Enfin, cette construction juridique doit être distinguée de la convention de vente sur plan ou de construction clé-sur-porte conclues « sous la condition de l'achèvement de l'ouvrage » dans un délai déterminé ou « sous la condition de l'octroi de la réception provisoire ». De telles conditions suspensives ne sauraient être permises<sup>31</sup>. En effet, l'achèvement de l'ouvrage dans le délai contractuel constitue une obligation dans le chef du promoteur, du vendeur ou de l'entrepreneur<sup>32</sup>. Cette obligation ne peut donc être érigée en condition suspensive. De même, une fois l'immeuble achevé, l'octroi par l'acquéreur ou par le maître de l'ouvrage de la réception provisoire constitue une obligation dans le chef de ce dernier ; le refus illégitime de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage d'accorder la réception ouvre pour le vendeur ou l'entrepreneur le droit à l'application des sanctions relevant du droit commun des obligations et des contrats<sup>33</sup>. La convention ne peut dès lors être conclue « sous la condition de l'octroi de la réception provisoire ». En d'autres termes, conclure une convention de vente sur plan ou de construction clé-sur-porte « sous la condition suspensive de la réception provisoire » ne constitue pas une manière adéquate d'échapper à l'application de la loi Breyné.

**12. Proposition de clause.** Le contrat de promesse pourrait par exemple comporter la clause suivante :

« Durée de validité de la promesse d'achat.

La présente promesse d'achat est unilatérale. Elle est valable jusqu'au (...), date à laquelle le bien ci-avant sera en état d'achèvement au regard des plans et du cahier des charges.

Pour le cas où le bien ci-avant ne serait pas en état d'achèvement pour cette date du (...), la présente promesse est de plein droit prorogée sans indemnité jusqu'à la date du (...) (3 mois supplémentaires). À défaut d'achèvement à cette date, la présente promesse est de plein droit prorogée sans indemnité une seconde fois jusqu'à la date du (...) (3 mois supplémentaires). Si le bien n'est pas achevé à l'issue de cette seconde prorogation, la présente

---

établir par un expert désigné de commun accord ou sur décision du président du tribunal. Une fois que l'expert a rendu son rapport confirmant que le refus de procéder à l'agrégation est abusif, l'agrégation est censée être accordée et l'acte authentique peut alors être passé.

31. Voy. Liège, 16 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1349.

32. Voy. Anvers, 28 avril 1982, *R.W.*, 1984-1985, 213.

33. Le vendeur ou l'entrepreneur, après avoir mis l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage en demeure, peut ainsi demander en justice la délivrance d'un jugement tenant lieu de réception provisoire (généralement sur la base du rapport d'un expert judiciaire désigné par le tribunal à l'effet de déterminer si l'immeuble se trouve en état de réception provisoire).

promesse s'éteint par l'arrivée de son terme ainsi prorogé de plein droit, sauf aux parties à s'accorder pour une nouvelle prorogation, aux conditions à déterminer de commun accord.

Le bénéficiaire de la promesse est, dans ce cas, tenu au paiement envers le promettant, à titre d'indemnisation pour l'immobilisation du montant correspondant au prix, d'un intérêt de retard au taux de (...) %. il en est de même lorsque le bien est achevé avant la date d'expiration de la présente promesse, mais que le bénéficiaire de la promesse renonce à lever l'option de vente.

Il est toutefois précisé que dans le cas où, entre la signature de la présente convention et la date où le bien sera en état d'agrégation, il y a des jours pendant lesquels les intempéries ont eu, directement ou indirectement, pour effet de rendre le travail impossible pendant quatre heures au moins, cela entraîne une prolongation du délai d'exécution initialement prévu d'une période égale au nombre de ces jours. De plus, tout événement constituant un obstacle insurmontable à l'exécution normale des obligations du constructeur ou le contraignant à suspendre temporairement ou définitivement ses travaux est considéré comme cas de force majeure (par exemple les accidents, les guerres ou épidémies et leurs conséquences, les grèves ou les lock-out). La suspension temporaire des travaux pour cause de force majeure entraîne de plein droit et sans indemnité la prorogation du délai d'exécution initialement prévu d'une période égale à la durée de la suspension, augmentée, en accord avec l'architecte, du laps de temps normalement nécessaire à la remise en route du chantier.

Si des intempéries ont rendu le travail impossible pendant quatre heures au moins ou en cas de suspension temporaire des travaux résultant d'un cas de force majeure, le Bénéficiaire de la promesse en avertira le Promettant à bref délai ; il indiquera également au Promettant la date de la fin de la suspension des travaux, et la durée de la prolongation résultant des intempéries ou de la suspension temporaire pour force majeure. La durée de la promesse est de plein droit prorogée à concurrence d'une durée correspondant à la période de suspension temporaire des travaux.

#### Levée de l'option

L'option de vente consentie par le Promettant pourra être levée par le Bénéficiaire de la promesse par la notification de la levée de l'option avant l'expiration de la promesse par lettre recommandée à la poste adressée par le Bénéficiaire de la promesse au Promettant.

Par le seul effet de la levée de l'option et sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire, un contrat de vente sera automatiquement conclu, au jour de la levée de l'option, entre le Promettant et le Bénéficiaire de la promesse. Les conditions de la vente figurent à l'article (...) de la présente convention et en Annexe (...).

Il est de convention expresse entre parties que l'option ne pourra être levée par le Bénéficiaire de la promesse avant que les travaux de construction

du bien ci-avant décrit soient en état d'achèvement, et ce tant pour ce qui concerne les parties privatives faisant l'objet de la présente convention que pour ce qui concerne les parties communes.

Les parties ont convenu entre elles que le bien sera en état d'achèvement lorsque les travaux seront, dans l'ensemble, terminés, permettant d'utiliser le bien conformément à sa destination, nonobstant des imperfections mineures. Les travaux sont, jusqu'à preuve du contraire, présumés être en état d'achèvement à la date qu'a indiquée le Bénéficiaire de la promesse dans la notification de la levée de l'option dont question ci-avant ».

Les conditions de la vente de l'immeuble (qui intervient par la levée de l'option, après achèvement) figureront dans un document annexé au contrat de promesse, signé également par les deux parties.

## Section 2. Conséquences d'une modification de l'état d'avancement de l'immeuble entre le compromis et l'acte authentique

**13. La détermination de l'application de la loi se produit lors de la convention sous signature privée et non lors de son authentification.** C'est lors de la conclusion de la convention qu'il convient d'apprécier si celle-ci entre dans le champ d'application de la loi Breyne et, partant, de vérifier si les exigences résultant de la loi ont été respectées par les parties.

La loi Breyne est dès lors applicable dès que le *negotium* est valablement formé, c'est-à-dire dès que les parties se sont accordées sur une opération dont l'objet entre dans le champ d'application de la loi (c'est-à-dire une opération par laquelle un promoteur vend, construit, fait construire un immeuble dans son état futur d'achèvement ou s'engage à procurer un tel immeuble, lequel doit être de nature à permettre l'habitation) et sur un prix, dont une partie est payable avant l'achèvement.

En présence d'une vente d'immeuble sur plan ou en cours de construction, il s'agira généralement du moment de la signature du compromis de vente – voire, avant cette date, du moment de l'acceptation par l'acquéreur de l'offre de vente du promoteur –, et non de l'acte authentique. Le notaire peut être chargé par les parties de la négociation et de la préparation du compromis de vente<sup>34</sup>. Lorsque ce n'est pas le cas – par exemple parce que le promoteur dispose d'un compromis de vente sur plan « type » qu'il lui suffit d'adapter en fonction de l'unité d'habitation qui fait l'objet de la vente –, l'intervention du

34. Cass., 11 juin 2010, *Rev. not.*, 2010, p. 443 ; voy. égal. B. KOHL, « Notariat et courtage immobilier : soleil à l'horizon », *J.T.*, 2010, pp. 529 et s.

notaire est reportée à la (préparation de et à la) passation de l'acte authentique, lors de laquelle il doit, en vertu de l'article 13, alinéa 2, de la loi, vérifier que le contrat comporte bien les mentions obligatoires visées à l'article 7 et que la garantie d'achèvement ou le cautionnement a été constitué.

Dans le cas où la convention ne respecte pas la loi, l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage est en droit, s'il le souhaite, d'en invoquer la nullité (art. 13 de la loi).

**14. *Quid* lorsqu'une convention de vente « hors loi Breyne » au jour du compromis vient à entrer dans son champ d'application avant la passation de l'acte authentique ?** Il pourrait se produire que les conditions de la loi Breyne ne soient pas réunies lors de la signature du compromis de vente, mais qu'elles le soient à l'occasion de la signature de l'acte authentique.

Une telle situation pourrait se produire par exemple si l'acquéreur, souhaitant initialement acquérir un loft « casco » sur plan<sup>35</sup>, demande au promoteur, après la signature du compromis de vente, que ce dernier lui procure un appartement habitable et dans son état futur d'achèvement.

Dans ce cas, si des modifications sont ainsi apportées au projet initialement envisagé, un nouveau *negotium* intervient en réalité entre parties. Et si celles-ci n'ont pas adapté leur compromis de vente afin d'y insérer les mentions exigées par l'article 7 de la loi, le notaire chargé de l'authentification du compromis et informé des modifications intervenues depuis la date de celui-ci, devra préparer un acte authentique répondant aux prescriptions de la loi Breyne et se faire remettre la copie de l'acte de cautionnement ou de la garantie d'achèvement que le promoteur aura dû constituer.

Il nous semble que manquerait de prudence le notaire qui, chargé d'authentifier un contrat de vente sur plan d'une habitation ne devant pas respecter la loi Breyne car n'entrant pas dans son champ d'application (par exemple en raison du caractère futur non habitable du bien à construire faisant l'objet du compromis), s'abstiendrait de s'enquérir auprès de l'acquéreur de ce que la description du bien à construire et des droits et obligations des parties figurant dans le compromis et permettant à l'opération d'échapper à loi Breyne, est bien conforme à la réalité, et qu'elle est demeurée inchangée jusqu'au jour de l'authentification de celui-ci.

**15. *Quid* lorsqu'un immeuble vendu sur plan est achevé lors de l'acte authentique ?** Il se produit aussi très fréquemment, en sens inverse, que, lors de la signature du compromis de vente, les conditions du champ d'application de la loi Breyne soient réunies, mais que cela ne soit plus le cas au jour de la passation de l'acte authentique. En effet, vu la période s'écoulant

35. La vente sur plan d'un loft « casco » à construire est exclue du champ d'application de la loi Breyne (voy. *supra*, n° 3).

entre la date de la signature du compromis, lors de laquelle un acompte aura été versé, et celle de l'acte authentique, un immeuble vendu en cours de construction peut se trouver achevé et être devenu habitable par l'acquéreur de l'habitation ; ce dernier en aura d'ailleurs parfois déjà pris possession avant la passation de l'acte.

Il arrive alors régulièrement qu'au moment d'authentifier une convention de vente sur plan soumise à la loi, le notaire constate que le compromis de vente ne répond pas aux exigences de la loi (en particulier lorsque toutes les mentions visées par l'article 7 de la loi ne figurent pas dans le compromis, ou lorsque le cautionnement ou la garantie d'achèvement n'a pas été fourni)<sup>36</sup>. Quelle attitude le notaire doit-il adopter si, entretemps, l'acquéreur a signé le procès-verbal de réception provisoire de l'immeuble, lui confirme que celui-ci est achevé conformément aux plans et au cahier des charges et, le cas échéant, lui indique être prêt à occuper celui-ci ?

La circonstance que la réception provisoire ait déjà été accordée par l'acquéreur au vendeur, le cas échéant, et que la prise de possession des lieux se soit déjà produite entre le jour de la signature du compromis et celui de la passation de l'acte authentique, n'y change rien en réalité<sup>37</sup> : en particulier, la vérification par le notaire de l'existence des garanties prévues par la loi demeure importante, spécialement lorsque le vendeur bénéficie de l'agrément au sens de la loi du 20 mars 1991 et, de ce fait, a pu limiter son obligation de garantie à la fourniture d'un cautionnement de 5 % du prix de vente (et non d'une garantie d'achèvement). En effet, ce cautionnement n'est libéré que pour une moitié seulement lors de la réception provisoire (art. 3, al. 6, de l'A.R.) ; l'acquéreur sur plan conserve, pour l'autre moitié, le bénéfice du cautionnement jusqu'au jour de la réception définitive de son habitation, laquelle peut intervenir postérieurement à la signature de l'acte authentique (lorsque cet acte a été passé moins d'un an après la date de la réception provisoire).

Partant, sauf à violer l'article 13, alinéa 4, de la loi, qui l'oblige à « mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées », le notaire devrait refuser de passer l'acte.

36. Si les conditions déterminant le champ d'application de la loi Breynne demeurent réunies au jour de la signature de l'acte authentique, le notaire ne peut, à l'évidence, accepter d'authentifier comme tel le compromis de vente conclu en violation de la loi. L'article 13, alinéa 4 de la loi, oblige d'ailleurs le notaire à « mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées ». Une thèse minoritaire considère toutefois (*infra*, n° 20), mais à tort selon nous (*infra*, n° 21) que le notaire pourrait purement et simplement acter la renonciation de l'acquéreur à se prévaloir de la nullité, et accepter ensuite de passer l'acte de vente sur plan sans respecter la loi Breynne.

37. Voy. p. ex. en ce sens P. Y. ERNEUX et I. GERLO, « Draaiboek en aandachtspunten voor de notaris », in N. CARETTE (éd.), *Handboek Wet Breynne*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 287.

Toutefois, en pareil cas, une doctrine de plus en plus importante – se constituant toutefois uniquement de notaires ou collaborateurs de notaires – considère que le notaire, constatant que le compromis ne respectait pas la loi Breyne alors que celle-ci était bien applicable au moment de sa signature, pourrait acter la renonciation de l'acquéreur à prétendre au bénéfice de la nullité du compromis de vente, et accepter de passer un acte authentique dénué du formalisme de la loi Breyne, bien que les formalités des articles 7 et 12 n'aient pas été respectées (ce que le notaire doit pourtant attester dans son acte).

La détermination de la marge de manœuvre laissée aux parties et au notaire dans une telle configuration est étroitement liée à la question de savoir si l'acquéreur dispose du droit de renoncer à la protection légale. Elle est examinée ci-dessous<sup>38</sup>.

### Section 3. Le client du promoteur peut-il valablement renoncer à la protection de la loi et écarter son application ?

**16. Rappel du régime des sanctions.** L'article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi Breyne, établit d'abord une *sanction générale* et précise que toute clause contraire aux articles 3 à 6 et 8 à 11 ainsi qu'aux arrêtés royaux pris en exécution de l'article 8, alinéa 2, est réputée non écrite.

Par ailleurs, l'article 13, alinéa 2, de la loi établit une *sanction spécifique*, en cas d'inobservation de l'une des dispositions de l'article 7, de l'article 12 ou des arrêtés royaux pris en exécution de ces articles (c'est-à-dire les articles qui concernent les mentions obligatoires à insérer dans le contrat et qui organisent le régime du cautionnement ou de la garantie d'achèvement) : dans ce cas, l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage peut choisir, soit d'invoquer la nullité de la seule clause contraire aux dispositions des articles 7 ou 12 (ou des arrêtés royaux pris en exécution de ces articles), soit d'invoquer la nullité de la totalité de la convention (ou de la promesse de convention).

En outre, et à la différence de la sanction générale présentée ci-avant, la nullité de l'article 13, alinéa 2, de la loi Breyne, doit, selon l'alinéa 3 du même article, être invoquée avant la passation de l'acte authentique ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise et que celui-ci n'est pas constaté dans un acte authentique, avant la réception provisoire des travaux.

Enfin, lorsque la convention soumise à la loi Breyne fait l'objet d'un *acte authentique*, le notaire doit par ailleurs mentionner dans l'acte que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la loi Breyne ont été respectées (art. 13, al. 4, de la loi).

38. Voy. *infra*, n° 25.

**17. Rôle et responsabilité du notaire.** L'article 13, alinéa 4, de la loi Breyne, inséré à l'occasion de la réforme de la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993, précise que « l'acte authentique doit mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées ».

En d'autres termes, la passation de l'acte authentique présente, pour l'acquéreur, l'effet d'une renonciation implicite mais irrévocable à invoquer la nullité de la vente en raison de sa contrariété à l'article 7 ou à l'article 12 de la loi. Ceci explique le rôle crucial dévolu au notaire par l'article 13, alinéa 4, de la loi : puisque l'acquéreur se voit privé de toute action en annulation (se fondant sur une contrariété de la convention aux articles 7 et 12) une fois l'acte authentique signé, il s'avère indispensable que le notaire s'assure, sous sa propre responsabilité, du respect des règles de l'article 7 (mentions obligatoires) ainsi que de la production de la garantie d'achèvement ou du cautionnement prévu par l'article 12 de la loi. Pour ce motif, le législateur impose au notaire de mentionner dans son acte « que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées ».

Il en résulte que, si le notaire venait à authentifier une convention ne comportant pas toutes les mentions obligatoires prévues par l'article 7 de la loi Breyne (ou comportant des mentions erronées) ou s'il devait s'avérer que la constitution du cautionnement ou de la garantie d'achèvement s'est réalisée en violation de l'article 12 de la loi ou des dispositions de l'arrêté royal prises en exécution de cet article 12 (ou qu'aucune garantie n'a été constituée alors qu'il y avait lieu d'en prévoir une), l'acquéreur se trouvera, par la faute du notaire instrumentant, privé de la protection de la loi Breyne à laquelle il aurait normalement pu prétendre. La responsabilité du notaire est, dans ce cas, pleinement engagée.

Partant, si le notaire, sciemment ou par mégarde, accepte de passer un acte authentique relatif à une convention relevant du champ d'application de la loi sans s'assurer du respect de celle-ci, il commet une faute professionnelle qui peut causer préjudice à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage dans la mesure où, après la passation de l'acte, ce dernier est privé du droit d'agir en nullité de la convention dont il s'avérerait qu'elle est contraire aux dispositions de l'article 7 ou de l'article 12 de la loi.

Cette responsabilité, à l'égard des parties qui l'ont requis d'authentifier la convention sous signature privée, présente en principe une nature contractuelle<sup>39</sup>.

39. Voy. C. const., 13 décembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 627. La Cour de cassation s'est désormais ralliée à cette thèse (voy. p. ex. Cass., 29 juin 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.463 ; *T. Not.*, 2018, p. 85). Sur cette question, voy. p. ex. récemment M. PATERNOSTE, « Le notaire dans la vente immobilière : moins garant qu'équilibriste », in A. DE MUNCK (dir.), *Conseil francophone 2018-2020. Deux ans de formation*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 77-80 ; F. BRULOOT, « Aard van de notariële aansprakelijkheid », *NjW*, 2017, p. 800.

L'examen de la jurisprudence publiée témoigne de la sévérité avec laquelle les cours et tribunaux jugent les notaires qui acceptent de passer, consciemment ou par négligence, des actes contraires aux dispositions des articles 7 et 12 de la loi<sup>40</sup>.

**18. Possibilité pour l'acquéreur, informé par son notaire, de renoncer à la nullité et de passer un acte authentique contraire à loi Breyne alors que l'immeuble n'est pas achevé ? a) Position de la question** Lorsque le notaire constate que la convention qu'il lui revient d'authentifier ne comporte pas toutes les mentions prévues par l'article 7 de la loi (ou que certaines mentions sont erronées) ou que la garantie prévue par l'article 12 (cautionnement ou garantie d'achèvement), n'a pas été constituée (ou que cette garantie ne répond pas aux conditions fixées par la loi), peut-il accepter de passer l'acte, en actant la renonciation de l'acquéreur, dûment informé de ses droits par le notaire, à invoquer la nullité de la convention ?

La doctrine est très divisée à propos de cette question qui, à notre connaissance, n'a pas encore été tranchée par les cours et tribunaux<sup>41,42</sup>.

**19. b) Thèse majoritaire.** La thèse largement majoritaire, se fondant sur une déclaration catégorique figurant dans les travaux préparatoires de la loi du 3 mai 1993, consiste à défendre l'idée que le notaire devrait purement et simplement décliner son intervention et refuser de procéder à l'authentification d'une convention dont il constaterait qu'elle est contraire à l'article 7 ou à l'article 12 de la loi<sup>43</sup>. Selon cette thèse, il serait donc interdit au notaire de recevoir un acte qui ne constaterait pas l'existence (et la conformité) de

40. Voy. p. ex. Bruxelles, 10 mars 1986, *Pas.*, 1986, II, p. 84 ; Gand, 22 janvier 2004, *NjW*, 2004, p. 703, note B. WYLLEMAN ; civ. Tongres, 7 septembre 2006, *T. Not.* 2007, p. 413 ; Gand, 9 novembre 2017, *R.C.D.I.*, 2018/1, p. 19 ; *T. Not.*, 2018, p. 128 ; et Cass., 18 février 2019, *R.C.D.I.*, 2019/2, p. 20, note R. TIMMERMANS.

41. Pour un résumé de la controverse, voy. égal. récemment S. VAN DER BEECK, « L'acte contraire à une norme impérative. Vers une nouvelle approche de l'obligation de refus du notaire », *Rev. not. b.*, 2019, pp. 507-508.

42. Par comparaison, la responsabilité du notaire est très fréquemment mise en cause (et établie) lorsque l'acte authentique ne répond pas aux prescriptions de la loi Breyne (soit que l'acte ait été passé sans respecter la loi, alors que celle-ci était applicable compte tenu des caractéristiques de l'opération, soit que les mentions exigées par la loi n'aient pas été correctement reprises dans l'acte). Voy. *supra*, n° 17. En revanche, à notre connaissance, les cours et tribunaux n'ont pas encore été amenés à se prononcer sur la question spécifique de savoir si la responsabilité du notaire peut être recherchée lorsque celui-ci, ayant dûment informé l'acquéreur de son droit de prétendre à la nullité d'une convention sous signature privée (et ayant acté cette déclaration), accepte de passer l'acte authentique dans ces conditions.

43. Voy. dans ce sens entre autres M. DEVROEY, *De wet Breyne, op. cit.*, p. 165 ; P. HENRY et F. POTTIER, « La réforme de la loi Breyne : à la recherche de l'arche perdue », *op. cit.*, p. 269 ; J.M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *op. cit.*, p. 169, n° 153 ; A. RENARD, « La loi du 3 mai 1993 modifiant la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction », *Entr. et dr.*, p. 135 ; S. DE COSTER, « Wijzigingen aan de wet Breyne door de wet van 3 mei 1993 », *R.W.*, 1993-1994, p. 1021.

la garantie d'achèvement et des mentions prévues à l'article 7 : « le notaire a reçu du législateur l'injonction de ne pas recevoir l'acte si les conditions légales du contrat ne sont pas remplies, l'accord des parties de passer outre étant [...] inopérant »<sup>44</sup>.

Partant, l'acquéreur ne pourrait donc pas renoncer à invoquer, jusque et y compris à l'occasion de la passation de l'acte authentique, la nullité de l'article 13.

Les travaux préparatoires semblent en effet confirmer une telle approche : à l'occasion des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi du 3 mai 1993, le vice-premier ministre déclarait : « [...] au cas où le notaire constaterait le non-respect de la convention au prescrit des articles ci-dessus mentionnés, l'acte authentique ne devra pas être passé »<sup>45</sup>. De même, au Sénat, le rapport rédigé par le Sénateur Hofmann précisait : « [...] l'acte authentique devra mentionner que toutes les dispositions obligatoires de la législation Breyne, notamment celles relatives à la garantie d'achèvement, ont été respectées ; au cas où le notaire constaterait que tel n'est pas le cas, l'acte authentique ne pourra être passé »<sup>46</sup>.

**20. c) Thèse minoritaire.** D'autres auteurs considèrent au contraire que le notaire, pour autant qu'il veille à s'assurer du consentement éclairé de l'acquéreur, pourrait parfaitement acter dans l'acte authentique la renonciation de l'acquéreur à se prévaloir de la nullité – et notamment à se prévaloir de l'absence de garantie d'achèvement – et, ainsi, prêter son ministère en vue de l'authentification d'un acte non conforme à la loi<sup>47</sup>.

En particulier, P. Van den Eynde et L. Barnich estiment que la vérification de la légalité des actes juridiques du droit privé est réservée au pouvoir exclusif des cours et tribunaux par l'article 92 de la Constitution et qu'eu égard aux controverses trouvant leur source dans les dispositions de la loi Breyne,

44. A. DELIEGE, « Entre le législateur et le citoyen ou le devoir de légalité du notaire », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 701.

45. Rapport Van Looy, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1991-1992, n° 48-22/1.

46. *Doc. parl.*, Sén., 1992-1993, n° 496/2.

47. Voy. L. BARNICH et P. VAN DEN EYNDE, « Les garanties d'achèvement et le rôle du notaire », in L. ROUSSEAU (dir.), *La loi Breyne*, coll. Conseil Francophone de la Fédération Royale du Notariat Belge, n° 9, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 173 ; J. DEMBLON, « Renonciation à la nullité résultant du défaut de la garantie d'achèvement. Le notaire peut-il recevoir l'acte ? Note sur l'article 13, dernier alinéa, introduit par la loi du 3 mai 1993 », in M. GRÉGOIRE et P. VAN DEN EYNDE, *La réforme de la loi Breyne. Loi du 3 mai 1993*, coll. Patrimoine, vol. XVI, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant et Academia, 1994, pp. 79 et s. ; ce dernier estime ainsi, à tort selon nous, que le notaire pourrait toujours, sous l'empire de la nouvelle loi passer un acte dans lequel il constate le non-respect des prescriptions légales « (...) en précisant les points faisant défaut, et/ou la non-fourniture de la garantie d'achèvement ; en signalant dans l'acte avoir informé l'acquéreur de ces défauts ; en actant la volonté de l'acquéreur de ne pas invoquer de ce chef la nullité de la convention (...) ».

il n'appartiendrait pas au notaire de trancher celle-ci, s'arrogeant en quelque sorte un pouvoir réservé au juge. Ils considèrent dès lors que conformément au droit commun des règles impératives, le droit de critique de l'acquéreur pourrait survivre à la signature de l'acte authentique et se maintenir jusqu'à la réception provisoire des travaux. Il en résulterait que la renonciation irrévocable de l'acquéreur à son action en nullité n'aurait de valeur que si la cause de nullité a entre-temps disparu : « si ce n'est pas le cas, la signature de l'acte authentique n'implique aucune renonciation définitive par l'acquéreur à ses droits. En signant un acte authentique non conforme au prescrit de la loi, l'acquéreur ne fait donc que renoncer momentanément à agir en nullité, sans perdre ce droit »<sup>48</sup>.

Ces auteurs en concluent que si le notaire est requis par l'acquéreur de passer l'acte authentique, car la passation de l'acte serait « conforme à ses intérêts », rien ne devrait empêcher le notaire de prêter son concours à la signature de l'acte. Même en présence d'une convention manifestement contraire à la loi – résultant par exemple de l'absence de constitution de la garantie d'achèvement –, le notaire serait fondé, après en avoir informé les deux parties et les avoir avisées de la nullité relative en résultant (ainsi que des conséquences de celle-ci), à procéder à l'authentification de l'acte si les parties lui en exprimaient la demande. P. Van den Eynde et L. Barnich écrivent ainsi : « s'il est requis de recevoir l'acte authentique en pareil cas, le notaire devra donc acter que l'acquéreur, dûment informé de la cause éventuelle de nullité, a décidé de poursuivre la convention ; il précisera aussi utilement que l'acquéreur ne renonce pas à ses droits, nonobstant la signature de l'acte authentique. Il n'est pas douteux qu'une telle réserve est valable et protège efficacement l'acquéreur jusqu'à la réception provisoire. Et lorsque les parties ne s'entendent pas sur la portée réelle de la loi Breyne, notamment relativement aux conditions précises dans lesquelles l'entrepreneur est en droit de limiter sa garantie à celle prévue par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 12 de la loi, c'est aux cours et tribunaux qu'il incombe de trancher ce point de droit, avant ou après la signature de l'acte authentique. Il n'appartient pas au notaire de le faire car il n'en a pas le pouvoir et, en agissant de la sorte, il s'arrogerait à tort un pouvoir qu'il ne possède pas »<sup>49</sup>.

Enfin, ces auteurs ajoutent qu'il ne faut pas oublier que l'acquéreur dispose, même après la passation de l'acte authentique, de l'exception d'inexécution, qui lui permet de « [...] suspendre les paiements tant que [le promoteur] ne lui délivre pas la garantie d'achèvement que la loi oblige à délivrer. Et

48. L. BARNICH et P. VAN DEN EYNDE, « Les garanties d'achèvement et le rôle du notaire », *op. cit.*, p. 173.

49. *Ibid.*, p. 175.

[le promoteur] défaillant ne peut, de son côté, suspendre l'exécution de ses propres obligations »<sup>50</sup>.

**21. d) Appréciation.** Lorsque les conditions d'application de la loi Breyne sont réunies aussi bien lors de la signature du compromis que lors de la passation de l'acte (l'immeuble n'étant pas encore achevé à cette date), nous ne pouvons souscrire à l'analyse opérée par les auteurs qui défendent la thèse minoritaire.

D'abord, le devoir de légalité qui repose sur le notaire n'est pas chose exceptionnelle. Le Code des sociétés et des associations fournit d'ailleurs une multitude de situations similaires<sup>51</sup>. En imposant au notaire de confirmer la légalité de l'acte qu'il authentifie, le législateur n'investit pas ce dernier de pouvoirs juridictionnels.

En outre, le raisonnement tenu par ces auteurs s'appuie sur l'idée que dans la mesure où la loi Breyne présente un caractère impératif, l'acquéreur pourrait prétendre au bénéfice de la protection légale jusqu'au jour de la réception provisoire des travaux, même lorsque la convention fait l'objet d'une authentification à l'intervention d'un notaire. Ceci permet en quelque sorte de déresponsabiliser le notaire, qui pourrait valablement passer un acte non conforme à la loi comportant une renonciation à se prévaloir de sa nullité, cet acte pouvant toujours être, selon ces auteurs, annulé jusqu'à la réception provisoire. Une telle approche est cependant contraire au prescrit de l'article 13, alinéa 3, de la loi, qui limite le droit de critique jusqu'au jour de « l'acte authentique » ; elle est en outre contraire à la sécurité juridique des opérations de vente sur plan, qui pourraient ainsi être remises en cause pendant une longue période, même postérieurement à l'intervention du notaire.

Enfin, l'argument selon lequel l'acquéreur serait adéquatement protégé même après la passation d'un acte authentique conclu en violation de la loi, grâce au moyen de défense que constitue l'exception d'inexécution, ne résiste pas non plus à l'analyse ; si l'on prend, par exemple, l'hypothèse d'un acte authentique passé par le notaire avec l'accord des parties alors que le promoteur n'a pas été en mesure de délivrer la garantie d'achèvement, que se passera-t-il si, postérieurement à la signature de l'acte, le promoteur devient insolvable ? Certes, protégé par l'exception d'inexécution tant que la garantie n'était pas fournie – pour autant qu'il ait songé à invoquer une telle exception, ce qui ne sera pas toujours le cas (l'acquéreur étant souvent un profane ignorant des droits dont il peut

50. *Ibid.*, p. 176.

51. Voy. A. DELIEGE, « Entre le législateur et le citoyen ou le devoir de légalité du notaire », *op. cit.*, pp. 695-702 ; H. CASMAN, *Précis du notariat*, coll. Précis ULB, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 24. Voy. ainsi les articles 2:71, 12:31, 12:44 et 12:54 du Code des sociétés et des associations.

disposer) –, l'acquéreur pourra avoir valablement suspendu le paiement des états d'avancement présentés par le promoteur ; mais si ce dernier est déclaré en faillite, l'acquéreur ne pourra espérer obtenir ni un remboursement des sommes versées jusqu'au jour où il a mis en œuvre l'exception d'inexécution, ni l'achèvement de l'ouvrage.

Pour ce motif, nous partageons la thèse majoritaire qui considère que le notaire doit purement et simplement refuser de passer un acte authentique qui, soit comporte des clauses contraires à l'article 7 de loi Breyne, soit ne s'accompagne pas de la délivrance du cautionnement ou de la garantie d'achèvement conforme aux conditions fixées par l'article 12 de la loi et par les articles de l'arrêté royal pris en exécution de cette disposition.

Comme nous le précisons ci-dessous, ceci n'empêche toutefois pas le notaire, exerçant son devoir de conseil à l'égard des parties et après avoir informé l'acquéreur de son droit d'invoquer la nullité d'une convention conclue en violation de la loi, de suggérer aux parties, si l'acquéreur accepte librement et en connaissance de cause de renoncer à prétendre à l'annulation de la convention initiale, de procéder à la réfection de cette convention conclue en violation de la loi, puis de procéder ensuite à l'authentification de la nouvelle vente ainsi conclue.

**22. Attitude du notaire à préconiser, notamment en l'absence de garantie d'achèvement : réfection libre et consciente de la convention sous signature privée préalablement à l'authentification.** Quelle attitude le notaire doit-il adopter lorsqu'il constate que la convention sous signature privée que les parties l'invitent à authentifier ne respecte pas les conditions de la loi Breyne ?

Comme indiqué ci-avant, le notaire, confronté à une telle situation, ne peut accepter de passer purement et simplement un acte authentique contraire à la loi Breyne, même si l'acquéreur lui indique accepter de renoncer à la protection légale. Le notaire ne pourrait, par exemple, accepter de passer un acte ne comportant par toutes les mentions obligatoires visées par l'article 7 de la loi ou encore, constatant l'absence de constitution par le promoteur du cautionnement ou de la garantie d'achèvement requise en exécution de l'article 12 de la loi, accepter d'acter la renonciation de l'acquéreur au bénéfice du cautionnement ou de la garantie d'achèvement.

Il ne nous paraît toutefois pas interdit au notaire, si les parties veulent poursuivre l'opération immobilière et procéder à son authentification, de conseiller à celles-ci de procéder à une réfection de l'acte nul.

La réfection d'une convention affectée d'un vice est un mode usuel de « sauvetage » d'un contrat affecté d'un défaut dans sa formation : « en s'accordant sur la réfection de l'acte, les parties conviennent d'un nouveau contrat, dont la validité n'est pas affectée de la cause de nullité qui entachait le contrat

initial : elles refont l'acte. C'est à cette solution que peuvent songer les parties, lorsque le contrat est entaché d'une cause de nullité absolue, tenant, par exemple, au non-respect de certaines formes d'ordre public : les parties peuvent faire table rase de leur convention et en conclure une autre qui soit respectueuse des formes légales »<sup>52</sup>. La réfection peut prendre la forme d'une annulation complète de la convention initiale, pour lui substituer une nouvelle convention, pleinement valable cette fois. Elle peut également s'opérer par la signature d'un avenant modifiant la première convention, lorsque seule l'une ou l'autre clause de cette convention s'avère être illicite, ou lorsque les parties constatent que la convention initiale ne comporte pas une clause dont la loi impose pourtant la mention.

Une telle « réfection » est-elle possible pour les conventions qui ne respectent pas la loi Breyne ?

Certes, la doctrine moderne défend l'idée qu'une annulation amiable d'une convention atteinte d'une cause de nullité est possible<sup>53</sup>. Par conséquent, si les parties constatent que la convention initiale, visant une opération soumise à la loi Breyne, a été conclue en violation de celle-ci, rien ne nous paraît empêcher qu'elles procèdent à son annulation amiable<sup>54</sup>. Eu égard à l'effet rétroactif de l'annulation, le promoteur, le vendeur ou l'entrepreneur restituera à son client les acomptes versés, ce dernier rétrocédant la valeur des constructions dont il sera devenu propriétaire par l'accession au jour de l'annulation (par exemple en cas de construction d'une maison individuelle sur le terrain du maître de l'ouvrage)<sup>55</sup>.

52. P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 385, n° 355-2.

53. *Ibid.*, p. 453, n° 322 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, coll. *Traité de droit civil Belge De Page*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 974, n° 633 ; J. BAECK, « (Feitelijk ?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten », *T.P.R.*, 2008, pp. 328-330. Une telle annulation amiable est d'ailleurs expressément reconnue en droit fiscal (voy. l'article 159bis, § 1<sup>er</sup>, du Code des droits d'enregistrement). En revanche, dans l'état actuel du droit belge, l'annulation par déclaration unilatérale de volonté n'est pas encore admise (voy. P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 453, n° 322 et réf. citées).

54. Voy. égal. en ce sens N. CARETTE, A. QUIRYNEN et T. SOETE, « Toepassingsgebied », *op. cit.*, p. 25. Les auteurs envisagent toutefois l'hypothèse de la résiliation amiable, et non de l'annulation amiable. S'agissant d'une irrégularité affectant la formation de la convention, la voie de l'annulation amiable paraît plus appropriée.

55. Sur l'évaluation des restitutions réciproques consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat d'entreprise de construction, voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 530-533, n° 207. En cas de vente sur plan, puisque l'annulation amiable du compromis intervient par hypothèse avant la passation de l'acte authentique, le vendeur redeviendra propriétaire du terrain et des constructions ; l'acte authentique n'ayant pas encore été passé au jour de l'annulation amiable, aucun acte de mutation authentique ne sera nécessaire pour rendre opposable à l'égard des tiers la rétrocession au vendeur des droits réels sur le terrain et les constructions.

Est-il toutefois possible, une fois la convention annulée, de « refaire » celle-ci en concluant une nouvelle convention conforme à la loi ?

La difficulté réside dans le fait que c'est au jour du *negotium* qu'il convient de déterminer si la loi est applicable, et que c'est également à ce moment que ses prescriptions devront avoir été respectées – en particulier la présence des mentions visées à l'article 7 de la loi – ; or, une telle convention initiale, conclue en violation de la loi Breynne, demeure annulable dans les délais et les conditions mentionnées à l'article 13, et plus particulièrement, l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage ne peut valablement, jusqu'à la signature de l'acte authentique ou jusqu'à la réception provisoire selon le cas, accepter de renoncer au bénéfice de la protection légale, c'est-à-dire accepter de renoncer à invoquer la nullité de la clause ou de la convention dans son ensemble. Autrement dit, il ne semble pas possible, par un accord conclu postérieurement au *negotium* initial, de « réparer » celui-ci tant que l'action en nullité reste ouverte à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage.

Par conséquent, la signature de cette nouvelle convention (ou d'un avenant modificatif) ne peut en principe valoir renonciation à invoquer la nullité de l'opération juridique. Toutefois, si l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage n'est certes pas privé du droit d'invoquer l'annulation de la convention jusqu'à la signature de l'acte authentique ou l'octroi de la réception provisoire, l'exercice de ce droit est encadré par les limites de la bonne foi. Or, si un acquéreur ou un maître de l'ouvrage, de manière consciente et éclairée et en toute liberté, a volontairement et en connaissance de cause procédé à la réfection de la convention initiale préalablement annulée, il nous semble qu'il se rendrait coupable d'un abus de droit s'il voulait ensuite, avant la signature de l'acte authentique ou l'octroi de la réception provisoire et sans faire état de l'existence d'un moindre préjudice dans son chef, prétendre à l'annulation de l'opération juridique<sup>56</sup>.

Ceci suppose, bien entendu, que le consentement de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage soit totalement libre et éclairé, et qu'il ne puisse être donné à ce dernier l'impression d'être contraint de procéder à la signature d'une nouvelle convention (ou de l'avenant modificatif faisant suite à l'annulation amiable partielle, c'est-à-dire de l'annulation de la ou des seules clauses illicites)<sup>57</sup>. Par exemple, la circonstance que l'acquéreur ou le maître

56. De surcroît, lorsque c'est à l'occasion de la préparation de son acte que le notaire prend connaissance de la violation de la loi Breynne, la durée s'écoulant entre la réfection de la convention initiale et la passation de l'acte authentifiant la nouvelle convention sera sans doute assez réduite, laissant finalement peu de temps à l'acquéreur pour « revenir sur son accord » et entreprendre avant la passation de l'acte une action en annulation du *negotium* initial (conclu en violation de la loi, mais annulé et « refait » par la suite).

57. Une fois la première convention annulée (et les restitutions opérées), les parties peuvent aussi décider de conclure une nouvelle convention portant sur une opération exclue du champ

de l'ouvrage ait déjà effectué un paiement ou un versement sur la base de la première convention, dont la restitution pourrait ne pas lui être garantie s'il n'acceptait pas de remplacer celle-ci par une nouvelle convention conforme aux exigences légales, constituera sans doute un élément d'appréciation important quant au caractère « libre » du consentement de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage<sup>58</sup>.

**23. « Réfection » de l'acte nul : conséquences fiscales.** Outre que, sous la réserve importante de l'abus de droit, la réfection de l'acte nul ne prive pas, par elle-même, l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage de son droit de prétendre à l'annulation du *negotium* conclu en violation de la loi Breyne, une telle réfection produit par ailleurs des conséquences fiscales auxquelles les parties seront attentives, spécialement lorsque l'opération emporte un transfert de droits réels à l'acquéreur, telle une vente sur plan ou en cours de construction.

L'annulation amiable suivie de la conclusion d'une nouvelle convention purgée de ses vices est en effet considérée, sur le plan fiscal, comme une double cession immobilière du point de vue de la législation relative aux droits d'enregistrement.

Afin d'éviter de lourdes conséquences fiscales dans une telle situation, les législateurs régionaux ont prévu un régime favorable en présence d'une annulation ou d'une résiliation amiable d'un compromis de vente. Ce régime permet aux parties d'éviter le recours à la procédure judiciaire pour échapper à l'obligation de payer les droits d'enregistrement lorsqu'elles résilient

---

d'application de la loi ; par exemple, le promoteur et le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur pourraient convenir de limiter les prestations du premier à la réalisation du seul gros œuvre fermé ; de même, les parties pourraient prévoir qu'aucun paiement ne doit être effectué par le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur avant l'achèvement de la construction. De telles conventions sont, en effet, exclues du champ d'application de la loi Breyne (voy. *supra*, n° 8).

58. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 9 mars 1990, un promoteur avait conclu avec un maître de l'ouvrage un contrat portant sur la construction d'une maison unifamiliale clé-sur-porte. Cette convention violait la loi Breyne, car l'article 7 n'avait pas été pleinement observé. Pour « régulariser » la situation, le promoteur et ses clients avaient « annulé » la première convention et conclu une nouvelle respectant les conditions établies par la loi. La cour d'appel constata cependant que les acquéreurs n'avaient pas eu le « libre choix » de conclure en toute liberté une nouvelle convention conforme à la loi. En effet, le promoteur s'était fait remettre le jour de la signature de la première convention une traite d'un montant important à titre d'acompte, dont la date avait été laissée en blanc lors de sa signature pour pouvoir la « rattacher » à la seconde convention – conforme à la loi –, dont la date n'était pas connue au moment de la signature de la première. Il s'agissait d'un cas de violation flagrante de la loi, contournée « à dessein » par la conclusion d'une convention contraire à la loi, dont le promoteur savait au moment de sa signature qu'il la ferait remplacer ultérieurement « de commun accord » par une autre convention, plus conforme aux exigences de la loi. Le mécanisme mis sur pied visait donc en réalité à engager la personne protégée par la loi (ou à la faire croire à un engagement ferme) à un moment où la loi a voulu interdire tel engagement, afin d'empêcher tout libre choix de la personne protégée au moment où les conditions de la conclusion d'une convention répondant aux exigences de la loi Breyne sont réunies (Bruxelles, 9 mars 1990, *Rev. not. b.*, 1990, p. 613).

ou annulent amiablement, pour une raison ou une autre, leur convention de vente non encore enregistrée.

Le régime de faveur est toutefois soumis à différentes conditions visées à l'article 159*bis*, paragraphe 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, du Code des droits d'enregistrement<sup>59</sup>, et notamment : (i) que la convention d'annulation, de rescision, de résolution ou de résiliation soit présentée au receveur de l'enregistrement au plus tard en même temps que la convention de base ; (ii) que la convention de base n'ait pas encore fait l'objet d'un acte authentique ; (iii) que cette convention ne soit pas antérieure de plus d'un an à la conclusion de la convention d'annulation ou de résiliation amiable ; (iv) que les parties paient à l'occasion de la présentation de la convention de résiliation ou d'annulation un droit fixe de 10 euros. La convention annulée doit être présentée dans le même temps à l'enregistrement, et fera l'objet d'une perception également au droit fixe de 10 euros<sup>60</sup>.

Si la convention initiale a déjà été enregistrée au moment de son annulation amiable – ce qui sera rarement le cas, les droits d'enregistrement étant usuellement payés lors la signature de l'acte authentique –, les droits d'enregistrement sont, conformément à l'article 209, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>*ter*, du Code des droits d'enregistrement<sup>61</sup>, restitués consécutivement à la présentation, au receveur de l'enregistrement, de la convention de résiliation ou d'annulation amiable ainsi que de la convention préalablement enregistrée, qui a été résiliée ou annulée amiablement<sup>62</sup>.

**24. Exercice abusif du droit d'invoquer la nullité de la convention dans son ensemble ?** Il est habituellement considéré que la démonstration par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage de l'existence d'un préjudice n'est pas une condition de l'action en nullité qu'il entend exercer. Il n'est, par exemple, pas nécessaire d'établir la preuve que la clause nulle revêtait une importance

59. En Région flamande, la disposition figure désormais à l'article 2.9.4.2.9 du V.C.F. (*Vlaamse Codex Fiscaliteit*) du 13 décembre 2013.

60. Voy. l'article 159*bis*, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> du Code des droits d'enregistrement.

61. En région flamande, voy. l'art. 3.6.0.0.6. du V.C.F. (*Vlaamse Codex Fiscaliteit*) du 13 décembre 2013.

62. Sur l'incidence d'une annulation amiable d'un compromis de vente du point de vue de la réglementation relative aux droits d'enregistrement, voy. entre autres R. DOUNY, M. GUSTIN et B. KOHL, « De quelques causes d'extinction d'un contrat de vente d'immeuble et de leurs conséquences fiscales », in *Vente immobilière : la phase préalable et ses écueils*, Malines, Kluwer, 2012, pp. 213-238 ; A. CULOT e.a., « Droits d'enregistrement. TVA ventes d'immeubles », *Rép. not.*, t. VII, l. VII, Bruxelles, Larcier 2019, n<sup>os</sup> 728 à 739 ; A. CULOT, P. CULOT et P. VAN DEN EYNDE, *Manuel du compromis de vente*, coll. Cahiers de fiscalité pratique, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 162-172. En Région wallonne, le régime favorable exposé a été adopté dès 2009, peu après la réforme similaire intervenue en Région flamande (voy. spéc. les articles 67 et 68 du Décret wallon du 30 avril 2009 (*M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 2009)). Depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 décembre 2016 portant la deuxième partie de la réforme fiscale (*M.B.*, 29 décembre 2016), une disposition similaire (également reprise à l'article 159*bis* du Code des droits d'enregistrement) existe également en Région de Bruxelles-Capitale.

décisive au moment de la conclusion du contrat, ou que la clause nulle est liée au reste du contrat au point de rendre le contrat nul dans son ensemble<sup>63</sup>.

Il a ainsi déjà été décidé à plusieurs reprises que l'existence d'un dommage dans le chef de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage n'est pas requise pour que celui-ci puisse se prévaloir de la nullité<sup>64</sup>. Celui-ci n'est pas tenu d'établir l'existence d'une motivation spécifique ou d'un intérêt particulier<sup>65</sup>. De même, la circonstance que l'action en nullité trouve sa motivation réelle dans des difficultés de paiement rencontrées par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage ne prive pas ce dernier de son droit d'invoquer la protection légale<sup>66</sup>.

L'action en nullité peut être initiée par l'acquéreur ou par le maître de l'ouvrage à tout moment jusqu'à la signature de l'acte authentique ou, en présence d'un contrat d'entreprise, jusqu'à la date de la réception provisoire. La circonstance que le chantier soit presque parvenu au stade de son achèvement ne constitue pas un obstacle au droit de prétendre au bénéfice de l'annulation de la convention. En d'autres termes, la protection accordée par le législateur à l'acquéreur et au maître de l'ouvrage permettrait de faire échec à l'application de la théorie de l'abus de droit<sup>67</sup>.

Cette thèse n'est toutefois pas partagée par tous. Certaines décisions semblent ainsi considérer que le droit de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage est, comme en droit commun des obligations et des contrats, encadré par les limites de l'abus de droit<sup>68</sup>.

63. Voy. J. DERUMEAUX, « Informatieplichten, verplichte vermeldingen, bijlagen en algemene consumentenbescherming », in N. CARETTE (éd.), *Handboek Wet Breyne*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 155.

64. Voy. Gand, 14 mai 1982, *R.W.*, 1984-1985, 1851 ; Civ. Bruges, 28 février 1991, *T. Not.*, 1991, p. 181 ; voy. égal. J.M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *op. cit.*, p. 163, n° 143 ; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 165.

65. Voy. p. ex. Anvers, 31 mai 1976, *R.W.*, 1976-1977, 940 ; Gand, 14 mai 1982, *R.W.*, 1984-1985, 1851 ; Civ. Bruxelles, 14 janvier 1991, *Res. jur. imm.*, 1991, p. 251.

66. Voy. p. ex. Civ. Namur, 6 décembre 1982, *R.R.D.*, 1983, p. 209.

67. Voy. par ex. Civ. Nivelles, 22 août 2000 : dans cette affaire, le maître de l'ouvrage sollicitait l'annulation de la convention en raison de l'absence de constitution par le promoteur de la garantie d'achèvement. L'action avait été introduite à un moment où l'habitation, bien que n'ayant pas encore fait l'objet de la réception provisoire, était toutefois sur le point d'être achevée. Le tribunal refusa de faire droit à l'objection soulevée par le promoteur immobilier, qui prétendait dénier au maître de l'ouvrage le droit de se prévaloir de la nullité de la convention, en soutenant que, dans de telles conditions, le maître de l'ouvrage se rendait coupable d'un abus de droit (Civ. Nivelles, 22 août 2000, *Cah. dr. immo.*, 2001/6, p. 13 ; voy. aussi Gand, 14 mai 1982, *R.W.*, 1984-1985, 1851).

68. Voy. p. ex. Comm. Termonde, 1<sup>er</sup> avril 2010 : en l'espèce, le tribunal accepte de vérifier si l'acquéreur n'a pas commis un abus de droit dans l'exercice de son droit demander la nullité. Après examen des circonstances de l'espèce, le tribunal considère toutefois que l'introduction de l'action en annulation ne procédait pas d'un abus de droit dans le chef de l'acquéreur. En effet, la convention signée par l'acquéreur péchait par l'absence de plusieurs mentions obligatoires et par l'absence totale d'acte de base ; en outre, le promoteur vendait en réalité la propriété d'autrui (au sens de l'article 1599 de l'ancien Code civil), car au moment de la signature de

Cette position nous semble pouvoir trouver appui dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui élève désormais la prohibition de l'abus de droit au rang de principe général de droit<sup>69</sup> et qui, dans d'autres matières dans lesquelles le législateur accorde à une partie protégée le droit de prétendre à la nullité de la convention conclue en violation de la loi, réserve toutefois le cas de l'abus de droit.

Ainsi, dans un arrêt prononcé le 24 juin 2010 à propos de la sanction de nullité en cas de violation de la réglementation flamande relative à la pollution du sol, la Cour rappelle dans un premier temps que l'acquéreur peut en principe demander la nullité de l'acte sous signature privée sans que cela soit pour autant constitutif d'un abus de droit. Pour la Cour, il ne résulte donc pas nécessairement de la circonstance que le vendeur ait délivré l'attestation du sol requise par le décret du Conseil flamand du 22 février 1995, après la signature de l'acte sous signature privée et avant la passation de l'acte authentique, que l'acquéreur abuse de son droit de réclamer la nullité de la convention sous signature privée, même si l'attestation délivrée démontre une absence de pollution. En d'autres mots, ce n'est pas seulement en cas d'absence de délivrance d'une telle attestation, mais également en cas de retard dans la délivrance de celle-ci, que l'action en nullité est ouverte à l'acquéreur de l'immeuble. Il résulte de cet arrêt que l'acquéreur dispose, en l'absence de délivrance de l'attestation du sol de l'O.V.A.M. au moment de la signature du compromis, d'une voie aisée pour prétendre à la nullité de la convention de vente pour des motifs qui peuvent ne présenter aucun lien avec la nature – polluée ou non – du bien vendu. La Cour de cassation laisse toutefois ouverte, dans un second temps, la possibilité pour le juge du fond, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, d'apprécier l'existence d'un comportement abusif dans le chef d'un acquéreur prétendant à la nullité suite à la délivrance tardive de l'attestation du sol : selon les termes de la Cour, il ne résulte pas « nécessairement » de la fourniture de cette attestation entre le compromis de vente et l'acte authentique que l'acquéreur abuse de son droit. *A contrario*, pareil comportement pourrait, dans certains cas, constituer un comportement abusif<sup>70</sup>.

Cette jurisprudence nous paraît parfaitement transposable en matière de loi Breynne, spécialement en cas de violation de l'article 7 de la loi qui établit certaines mentions à peine de nullité.

---

la convention, il n'avait manifestement aucun droit de propriété ni aucun autre droit réel lui permettant de construire l'immeuble (Comm. Termonde, 1<sup>er</sup> avril 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 258, note L. VAN VALCKENBORGH).

69. Pour une confirmation récente, voy. Cass., 26 octobre 2017, *Pas.*, 2017, p. 2027.

70. Cass., 24 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 2017 ; sur cet arrêt, voy. B. KOHL, D. GRISARD, F. ONCLIN, A. RIGOLET et R. SALZBURGER, « Le contrat de vente immobilière. Développements récents », in B. KOHL (éd.), *La vente immobilière*, coll. CUP, vol. n° 161, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 120-122.

*De lege ferenda*, d'aucuns plaident d'ailleurs pour la reconnaissance d'un pouvoir modérateur du juge, spécialement lorsque seule l'une ou l'autre clause est frappée de nullité et que l'annulation de la convention dans son ensemble ne serait pas appropriée<sup>71 72</sup>.

**25. Cas particulier de l'immeuble vendu sur plan mais achevé lors de l'acte authentique. a) Possibilité de passer l'acte « hors loi Breyne » ?** La situation paraît moins dangereuse lorsque l'immeuble a été vendu sur plan mais qu'il est achevé lors de la passation de l'acte authentique. Ceci se produit régulièrement lorsque l'habitation est « presque » achevée lors de la signature du compromis (lors de laquelle un acompte est demandé), et que les parachèvements sont finalisés à la date de la signature de l'acte authentique.

Si les conditions déterminant le champ d'application de la loi Breyne ne sont plus réunies au jour de la signature de l'acte authentique mais qu'elles l'étaient au jour du compromis, le notaire peut-il accepter de passer un acte sans reprendre les mentions de la loi Breyne, lorsqu'il constate que celles-ci ne figuraient pas dans le compromis de vente, alors qu'elles auraient dû s'y trouver ?

Pour rappel, la circonstance que la réception provisoire ait déjà été accordée par l'acquéreur au vendeur et que la prise de possession des lieux se soit déjà produite entre le jour de la signature du compromis et celui de la passation de l'acte authentique, n'y change rien : la loi est applicable à l'opération et, sauf à violer l'article 13, alinéa 4, de la loi, qui l'oblige à « mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées », le notaire devrait normalement refuser de passer l'acte.

Toutefois, en pareil cas, une doctrine de plus en plus importante considère que le notaire, constatant que le compromis ne respectait pas la loi Breyne alors que celle-ci était bien applicable au moment de sa signature, pourrait acter la renonciation de l'acquéreur à prétendre au bénéfice de la nullité du compromis de vente, et accepter de passer un acte authentique dénué du formalisme de la loi Breyne, bien que les formalités des articles 7

71. Voy. p. ex. A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, Bibl. Burgerlijk Recht, n° 2, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 71-73 et pp. 89-90.

72. La proposition de loi visant à réformer la loi Breyne et déposée au Parlement le 27 février 2007 contenait d'ailleurs une proposition de modification de l'article 13, alinéa 3 de la loi, précisant ce qui suit : « en cas de demande en nullité, le juge déterminera, sur la base de circonstances concrètes, laquelle des deux sanctions de nullité est la plus appropriée » (Proposition de loi « protégeant le consommateur dans le secteur de la construction résidentielle », *Doc. parl.*, Ch. repr., 2006-2007, n° 51-2942/001 ; sur la modification de l'article 13, alinéa 3 telle que suggérée dans cette proposition, voy. L. VAN VALCKENBORGH, « Het recht op en de bekrachtiging van de relatieve nietigheid van de woningbouwovereenkomst wegens schending van artikel 7 van de Wet-Breyne », note sous *Comm. Termonde*, 1<sup>er</sup> avril 2010, *R.G.D.C.*, 2013, pp. 265-266). Cette proposition de loi n'a pas connu de développement législatif.

et 12 n'aient pas été respectées (ce que le notaire doit pourtant attester dans son acte)<sup>73</sup>.

Comme nous l'avons déjà précisé<sup>74</sup>, la jurisprudence ne s'est pas encore formellement déterminée sur cette question.

Si l'on devait admettre que le notaire puisse procéder de la sorte, ce ne serait alors qu'en s'assurant que certaines précautions aient été prises par ce dernier ; des déclarations importantes devraient alors être actées par le notaire qui procéderait à l'authentification de l'acte dans une telle situation. Il nous semble en effet, à tout le moins, que si le notaire décide de passer l'acte dans une telle situation<sup>75</sup>, ce dernier devra acter la reconnaissance de l'acquéreur (i) qu'il a été suffisamment informé quant à la violation de la loi Breyne constatée par le notaire à la lecture du compromis, et quant à la possibilité de poursuivre la nullité du compromis de vente, (ii) que préalablement à la signature de l'acte authentique, il a reçu toutes les informations visées par l'article 7 de la loi et qui ne figuraient pourtant pas dans le compromis et (iii) qu'il renonce expressément, par la signature de l'acte, à poursuivre la nullité de la vente pour ce motif<sup>76</sup>.

**26. b) Proposition de clause.** Si l'on devait accepter que le notaire puisse passer l'acte dans une telle situation, la clause suivante pourrait être rédigée. Cette clause n'est toutefois proposée que sous les plus explicites réserves d'usage, le recours à cette pratique n'ayant pas encore été, ni validé, ni infirmé, par les cours et tribunaux :

« L'Acquéreur déclare avoir visité et agréé le bien vendu avant la signature du présent acte et constaté que le bien vendu se trouve, au jour du présent acte, dans un état d'habitabilité normale et final d'achèvement conforme au cahier des charges emportant l'agrément de l'Acquéreur sur ledit bien.

73. Voy. pour une position que nous jugeons trop audacieuse, L. BARNICH et P. VAN DEN EYNDE, « Les garanties d'achèvement et le rôle du notaire », in *La loi Breyne*, coll. Conseil Francophone FRNB, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 170-172. Voy. égal. de manière plus nuancée P. Y. ERNEUX et I. GERLO, « La loi Breyne en pratique : essai de cheminement intellectuel en matière de loi Breyne et de loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur – Questionnaire commenté et modèles de lettres », in *La loi Breyne*, coll. Conseil Francophone FRNB, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 198-199.

74. Voy. *supra*, n° 18.

75. Si l'acte est néanmoins passé alors que la réception définitive n'est pas accordée et que, postérieurement à celle-ci, le promoteur (agréé) vient à faire faillite, ne pourrait-on reprocher au notaire d'avoir accepté de passer l'acte alors même que le cautionnement de 5 % n'avait pas été constitué ? Ce cautionnement reste en effet actif pour moitié jusqu'à la réception définitive, et permet, jusqu'à concurrence de ce montant, de suppléer à la carence du promoteur, spécialement pour financer les travaux nécessaires pour remédier aux défauts constatés lors de la réception provisoire, ou pendant la période qui s'étend entre la réception provisoire et la réception définitive.

76. Voy. en ce sens J. DERUMEAUX, « Informatieplichten, verplichte vermeldingen, bijlagen en algemene consumentenbescherming », in N. CARETTE (éd.), *Handboek Wet Breyne*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 158.

Le bien vendu n'étant pas dans cet état d'achèvement lorsque l'Acquéreur et le Vendeur ont signé le compromis de vente en date du (...), le notaire instrumentant a informé les parties, préalablement à la signature du présent acte, que la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitation et la vente d'habitations à construire (dite "loi Breyne") aurait dû être appliquée lors du compromis de vente.

L'Acquéreur, dûment informé par le notaire instrumentant de ce que le compromis de vente a été conclu sans respecter la loi Breyne et dûment informé de ce qu'il disposait du droit d'invoquer pour ce motif la nullité du compromis de vente, renonce expressément et en connaissance de cause à invoquer la nullité de toute ou partie de la convention antérieurement formée en violation des dispositions impératives de la loi Breyne, entre les mêmes parties et relativement à l'objet du présent acte ».

## Section 4. Examen des conséquences de l'application de la loi à une convention exclue de son champ d'application

**27. Principe.** Les parties peuvent parfaitement décider de soumettre à la loi Breyne une convention qui ne répond pourtant pas aux conditions d'application établies par les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi.

Il peut, par exemple, s'agir d'une convention de vente sur plan ou d'un contrat de construction portant sur un immeuble qui ne serait pas destiné à l'habitation, d'une convention aux termes de laquelle le prix n'est payable qu'à compter de l'achèvement de l'immeuble, ou encore d'une convention prévoyant la construction du gros œuvre fermé d'une habitation (et non d'une maison ou d'un appartement habitable).

Il est probable qu'une telle situation ne soit pas le produit de l'expression de la volonté réelle des parties, mais se produise davantage par mégarde du promoteur (ou du notaire rédacteur de l'acte). En effet, un promoteur immobilier utilise habituellement un même compromis « type », conforme à la loi Breyne, pour l'ensemble des logements relevant d'un même projet (immeuble à appartements, maisons multiples érigées au bénéfice d'un même permis de lotir, etc.). Or, il se peut que, pour l'un ou l'autre des logements, les conditions déterminant l'application de la loi Breyne ne soit en réalité pas réunies, de telle sorte qu'une telle vente pourrait parfaitement être conclue sans devoir en respecter les strictes formalités<sup>77</sup>.

---

77. Il suffirait par exemple que l'un des appartements sur plan soit en réalité destiné à l'usage exclusif de profession libérale, ou que l'acquéreur de l'une des maisons indique au promoteur

En pareil cas, bien que l'opération soit normalement exclue du champ d'application de la loi Breyne, le promoteur, qui aura utilisé un compromis de vente sur plan (ou un contrat de construction) reproduisant fidèlement toutes les exigences de la loi (notamment les mentions requises par l'article 7), sera tenu de respecter les obligations qui résultent de la loi et de son arrêté royal d'exécution<sup>78 79</sup>.

Les parties peuvent aussi décider d'appliquer uniquement certaines dispositions de la loi Breyne à une opération exclue de son champ d'application<sup>80 81</sup>. Si les articles concernés par le renvoi auquel il y serait fait sont l'un

---

qu'il prendra à sa charge différents travaux qui sont pourtant nécessaires en vue de rendre celle-ci habitable (par exemple l'électricité, le carrelage et la plomberie), pour que l'opération puisse normalement échapper à la loi Breyne.

78. Par exemple, il sera tenu de fournir la garantie d'achèvement visée à l'article 12 de la loi ; de même, sa responsabilité décennale (article 1792 de l'ancien Code civil) pourra être engagée sur la base de l'article 6, al. 1<sup>er</sup> de la loi, en cas de défaut affectant la stabilité ou la solidité de l'ouvrage, quand bien même le contrat serait-il qualifié comme un contrat de vente (sur plan), et non comme un contrat d'entreprise.

79. Ainsi la cour d'appel de Gand a-t-elle pu décider d'appliquer la loi Breyne à une convention dont que le promoteur ne prenait pas l'engagement d'achever l'immeuble, l'appartement étant vendu sur plan mais « casco » : les prestations du promoteur se limitaient au gros œuvre (fermé), aux travaux de plafonnage et aux chapes, ce qui ne permettait pas de considérer qu'il prenait l'engagement de livrer un appartement « habitable ». La loi fut néanmoins déclarée applicable, l'article 1<sup>er</sup> du compromis de vente ne renvoyant pas seulement aux articles 1602 et suivants de l'ancien Code civil (qui déterminent le régime du contrat de vente), mais précisant expressément que les dispositions de la loi Breyne étaient reprises dans le contrat de vente et dans le cahier des charges. En l'espèce, l'action contre le promoteur concernait l'existence de vices cachés, dénoncés par l'acquéreur. La cour confirma, sur la base des stipulations contractuelles, que la loi Breyne s'appliquait à cette opération de vente sur plan pourtant limitée au gros œuvre fermé, à l'électricité et au plafonnage et que dès lors, le promoteur pouvait être tenu de la responsabilité décennale à l'égard de l'acquéreur (tant le compromis de vente sur plan que l'acte authentique énonçaient d'ailleurs que « conformément à l'article 6 de la loi Breyne, le vendeur est responsable avec l'architecte des défauts affectant l'immeuble, conformément aux articles 1792 et 2270 du Code civil »). L'action fut toutefois rejetée, ayant été initiée plus de dix ans après l'agrégation des travaux (laquelle, de convention expresse, avait été fixée au jour de la réception provisoire) (Gand, 12 juin 2009, *NjW*, 2010, p. 253, note R.S.).

80. Voy. p. ex. de manière explicite J.P. Audenarde, 1<sup>er</sup> avril 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 44, note C. ENGELS. Le juge relève que « *dit alles belette evenwel niet de contracterende partijen om een aantal bepalingen uit de Wet Breyne over te nemen en op hun overeenkomst toepasselijk te verklaren op basis van de vrije wilsautonomie in hoofde van de contractspartijen, doch hieruit kan geenszins worden afgeleid dat men daarmede de volledige woningbouwwet bedoelde* ».

81. Par exemple, les parties peuvent décider de calquer les modalités de réception des travaux d'une opération contractuelle exclue du champ d'application de loi Breyne sur celles énoncées par loi, et plus particulièrement par l'article 2 de l'arrêté royal d'exécution. Elles peuvent aussi recourir au mécanisme d'échelonnement des paiements, avec le contrôle de l'architecte lors de la passation de l'acte authentique, tel qu'il est prévu à l'article 10 de la loi. De même, les parties peuvent-elles décider de rendre applicable au vendeur sur plan (dans une opération non soumise à la loi Breyne) le régime de la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes (art. 1792 et 2270 de l'anc. C. civ.), comme le prévoit l'article 6 de la loi.

de ceux visés par l'arrêté royal d'exécution, les dispositions pertinentes de celui-ci devraient également s'appliquer<sup>82</sup>.

**28. Régime des sanctions en cas d'application conventionnelle de la loi.** Lorsque les parties soumettent à la loi Breyne une convention qui n'entre normalement pas dans le champ d'application de la loi, la sanction pénale visée à l'article 14 de la loi n'est pas applicable. En effet, le principe de légalité de l'infraction pénale (*nullum crimen sine lege*) fait obstacle au droit des parties contractantes de moduler le champ d'application d'une disposition pénale<sup>83</sup>. L'article 14 de la loi, qui érige en infraction pénale le fait d'exiger ou d'accepter des paiements en violation de la règle d'échelonnement des paiements visée à l'article 10 de la loi, ne s'applique qu'en présence de conventions relevant du champ d'application tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> de la loi. La circonstance que, par convention, les parties contractantes aient voulu faire profiter à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage de la totalité (ou d'une partie) des dispositions protectrices établies par la loi Breyne n'a pas pour effet de rendre le promoteur passible des sanctions pénales, lesquelles ne s'appliquent qu'aux opérations dont les caractéristiques doivent être telles que la loi Breyne leur est applicable indépendamment de la volonté des parties.

De même, les sanctions civiles de nullité énoncées à l'article 13 de la loi ne nous paraissent pas applicables si les parties, qui ont entendu soumettre à la loi Breyne une opération ne relevant normalement pas de son champ d'application, ont inséré dans le contrat certaines clauses contraires aux dispositions impératives de la loi ou si la garantie d'achèvement ou le cautionnement n'ont pas été fournis conformément à l'article 12 de la loi<sup>84</sup>.

82. L'arrêté royal d'exécution de la loi Breyne ne concerne en effet que certaines dispositions de la loi. Il précise, complète ou exécute les articles 1<sup>er</sup> et 7(e) et 9, s'agissant de la définition du « prix total » et des modalités de sa révision (art. 1<sup>er</sup> de l'A.R.), les articles 7(g) et 10, s'agissant des modalités de la réception provisoire et de la réception définitive (art. 2 de l'A.R.), l'article 12, alinéa 1<sup>er</sup>, s'agissant des modalités du cautionnement (art. 3 de l'A.R.) et l'article 12, alinéa 2, s'agissant des modalités de la garantie d'achèvement (art. 4 de l'A.R.).

83. Voy. en ce sens N. CARETTE, A. QUIRYNEN et T. SOETE, « Toepassingsgebied », *op. cit.*, p. 96.

84. La situation est similaire dans d'autres réglementations qui présentent également un caractère impératif. Ainsi, en matière de bail commercial, en cas de soumission volontaire à la loi sur le bail commercial du 30 avril 1951, le locataire ne bénéficie en principe pas du droit au renouvellement. Le preneur ne pourra solliciter le renouvellement du bail que si la convention lui accorde expressément cette faculté. Cette solution se justifie par le fait que le preneur est dans l'impossibilité de continuer l'exploitation du même commerce lorsqu'il n'exerce pas un commerce au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1951. Il n'est donc pas satisfait à l'une des conditions de fond requises par l'article 13 de la loi, qui soumet la protection du locataire à l'exigence que celui-ci poursuive l'exercice d'un « même commerce » dans les lieux (voy. J.P. Jodoigne, 27 février 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 104. Voy. égal. à ce sujet C. BARÉ, B. KOHL et F. ONCLIN, « Le bail de droit commun, le bail d'habitation et le bail commercial : chronique de jurisprudence (2015-2020) », in B. KOHL (éd.), *Actualités en droit du bail*, coll. CUP, vol. 206, Limal, Anthemis, 2021, p. 192, n° 79). De même, le locataire et les bailleurs pourraient parfaitement, à propos d'un bail relatif à un local qui ne serait pas destiné à l'usage d'un commerce de détail, décider de conclure un contrat de bail

En effet, lorsque l'opération n'est pas visée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi, les dispositions de la loi Breyne ne sont pas impératives, de telle sorte que le contrat de vente, de construction ou de promotion immobilière relève alors de la liberté contractuelle des parties (sous réserve, le cas échéant, des règles applicables aux contrats conclus avec les consommateurs, et notamment de la réglementation relative aux clauses abusives)<sup>85</sup>. Certains auteurs réservent toutefois, à juste titre nous semble-t-il, le cas dans lequel les parties auraient, de manière explicite ou implicite (pourvu qu'une telle volonté soit certaine), convenu qu'elles entendaient permettre à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage d'invoquer la nullité d'une clause ou de la convention (le cas échéant) contraire aux dispositions de la loi Breyne rendue, de leur volonté expresse, applicable à l'opération<sup>86</sup>. La jurisprudence n'a pas encore été amenée à se prononcer sur cette question.

---

qu'elles qualifieraient de « commercial » afin d'y rendre la loi du 30 avril 1951 applicable par analogie, mais en dérogeant à certaines de ses dispositions impératives. Les clauses contraires à la loi ne seraient pas non plus, dans ce cas, frappées de nullité.

85. Voy. égal. en ce sens par analogie J.M. CHANDELLE, « La loi Breyne », *op. cit.*, p. 56, n° 15 : à propos du champ d'application *rationae loci*, l'auteur écrit qu'en présence d'une opération portant sur la vente sur plan ou sur la construction d'un immeuble d'habitation situé à l'étranger (laquelle ne relève dès lors normalement pas du champ d'application de la loi), « [s]i les parties (...) ont élu la loi belge, et même si elles ont précisé qu'elles entendaient par là notamment la loi Breyne, toutes les clauses contraires à celle-ci seront valables puisque le caractère impératif de la loi ne joue pas dans ce cas ».

86. Voy. en ce sens N. CARETTE, A. QUIRYNEN et T. SOETE, « Toepassingsgebied », *op. cit.*, p. 96.