

La loi Breyne – Examen de jurisprudence récente (2011-2021)

Benoît KOHL

Professeur ordinaire à l'ULiège

Avocat

Président du CEPANI

Introduction

1. La loi Breyne : apports de la jurisprudence. La loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, dite « loi Breyne », a été adoptée afin de répondre à certaines dérives ayant résulté du développement de la promotion immobilière dans le secteur du logement à partir de la seconde moitié du XX^e siècle.

Cette loi, dont les dispositions sont impératives, régleme, dans l'intérêt de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, certains aspects des contrats de vente sur plan (appartements à construire) et clé sur porte (maisons individuelles en construction), mais aussi des simples contrats d'entreprise générale de construction ainsi que tout autre type de contrat (par exemple les contrats de prestations de service ou les contrats de mandat) relevant du phénomène de la promotion immobilière portant sur des habitations, pour autant que le vendeur, le promoteur ou l'entrepreneur s'engage à livrer à son client un immeuble dans un état futur d'achèvement de nature à le rendre habitable, et exige au moins un paiement avant l'achèvement des travaux.

L'année 2021 a marqué le 50^e anniversaire de la loi Breyne. Malgré cet âge respectable, certaines questions demeurent controversées. Au fil des ans et au gré de l'imagination de certains promoteurs, la jurisprudence a ainsi été amenée à délimiter progressivement le champ d'application de la loi, tel qu'il est établi par ses articles 1^{er} et 2. De même, lorsque la loi s'applique à la convention, des litiges naissent encore régulièrement quant à l'interprétation des dispositions relatives à l'information de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, à l'organisation des paiements et au régime de la garantie d'achèvement (ou du cautionnement), à la responsabilité du promoteur ou encore au régime de la nullité des conventions conclues en violation de la loi.

Ceci explique l'intérêt de l'examen de la jurisprudence publiée: la seule lecture du texte de la loi (et de son arrêté royal d'exécution) demeure, en effet,

insuffisante pour prétendre avoir une bonne compréhension du champ d'application de la loi et du régime applicable aux contrats visés par celle-ci.

2. Objet et limites de la présente chronique¹. La présente chronique commente les décisions des cours et tribunaux qui ont été publiées pendant la période de 2011 à 2021². Il n'est opéré des renvois à la jurisprudence antérieure que lorsque la compréhension des décisions plus récentes l'exigeait.

Cette chronique prend appui sur les examens de jurisprudence en matière de contrats spéciaux présentés, pendant la période commentée, aux *Chroniques notariales*, et qui ont fait l'objet d'une publication aux éditions Larcier. Enfin, notre chronique n'est pas un traité, ni même un manuel: il n'est fait référence à la doctrine que pour approfondir de manière occasionnelle l'un ou l'autre point de certaines décisions commentées.

Pour un examen plus complet du régime juridique applicable à la loi Breyne, nous invitons le lecteur à consulter le traité du *Répertoire Notarial* consacré à l'examen de la loi et de son arrêté royal, publié en 2022³.

3. Incidence de la réforme du droit des obligations (livre 1 et livre 5 du Code civil). Par deux lois du 28 avril 2022, le législateur a apporté une réforme fondamentale du droit des obligations, en adoptant le nouveau livre 1 (« Dispositions générales ») et le nouveau livre 5 (« Droit des obligations ») du Code civil. Ces lois ont été publiées au *Moniteur belge* en date du 1^{er} juillet 2022 et entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

En particulier, le livre 5 retient l'attention. En effet, le droit des contrats spéciaux (s'agissant notamment de la vente immobilière et du contrat d'entreprise de construction) s'appuie sur le droit des obligations: l'application de ce droit commun est complétée ou écartée par les dispositions légales particulières qui définissent le régime d'un contrat nommé, notamment du contrat de vente. La compréhension du régime juridique applicable aux contrats qui entrent dans le champ d'application de la loi Breyne ne peut s'envisager sans une maîtrise du droit des obligations, qui en constitue le socle. Il suffit de penser, par exemple, à la question de la théorie des risques, à celle de la responsabilité du promoteur ou encore à celle de la nullité des contrats visés par la loi.

En exécution de l'article 65 de la loi du 28 avril 2022 portant le livre 5, la réforme du droit des obligations entre en vigueur le 1^{er} janvier 2023⁴.

¹ La présente chronique trouvera également place dans l'examen de la jurisprudence consacré au droit de la vente immobilière, prochainement publié dans la collection « Les dossiers du Journal des Tribunaux » aux éditions Larcier en 2023 (B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence (2011-2021)*, coll. Les Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2023, à paraître).

² Il s'agit des décisions (et de la doctrine) publiées entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2021.

³ B. KOHL, *La loi Breyne*, coll. Répertoire Notarial, Bruxelles, Larcier, 2022, 620 p.

⁴ La loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge* (art. 65 de la loi). La loi ayant été publiée au *Moniteur belge* le 1^{er} juillet 2022, la date d'entrée en vigueur est donc fixée au 1^{er} janvier 2023.

Néanmoins, dérogeant aux principes résultant du droit transitoire (tels qu'ils seront désormais établis à l'article 1.2, alinéa 3, du Code civil⁵), l'article 64 de la loi du 28 avril 2022 ne se contente pas de prévoir, à l'alinéa 1^{er}, le principe de l'application de la loi nouvelle pour l'avenir, c'est-à-dire celui de l'application du livre 5 aux actes et faits juridiques survenus après la date de son entrée en vigueur. Il prévoit en outre, par dérogation aux règles ordinaires, que le droit antérieur demeure applicable (i) «aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi» (l'application immédiate des dispositions d'ordre public ou impératives étant ainsi écartée) et même (ii) «aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi qui se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur de la présente loi»⁶.

Il en résulte que, pour les contrats de vente d'immeuble sur plan, de construction clé sur porte ou de promotion immobilière conclus avant la date du 1^{er} janvier 2023 – il s'agit de la date de la conclusion du contrat, et non de son authentification –, le régime juridique applicable à ces contrats restera celui résultant des dispositions de l'ancien Code civil, telles qu'interprétées par la doctrine et par la jurisprudence. En d'autres termes, nonobstant la réforme du droit des obligations intervenue par l'effet de la loi du 28 avril 2022, le commentaire des décisions de jurisprudence en matière de loi Breyne, proposé dans la présente contribution, conservera sa pertinence pendant de nombreuses années, même lorsque les questions juridiques mobilisées par les arrêts et jugements commentés relèvent, en tout ou en partie, de la matière du droit des obligations.

I. Le champ d'application

A. Champ d'application *ratione personae*

4. Les promoteurs « non professionnels » doivent également respecter la loi Breyne. Le caractère professionnel ou non de l'activité de promotion immobilière ne présente pas d'incidence sur le champ d'application de la loi Breyne.

⁵ «Par dérogation à l'alinéa 2, la loi ancienne reste applicable aux contrats conclus sous l'empire de cette loi, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public ou impérative ou si elle prescrit son application aux contrats en cours. Néanmoins, la validité du contrat demeure régie par la loi applicable au moment de sa conclusion».

⁶ Voy. en ce sens R. JAFFERALI, «Quelques mots d'introduction sur le nouveau droit des obligations», in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, coll. Pli juridique, Limal, Anthemis, 2022, n° 5, p. 14; R. JAFFERALI, «Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations», in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 37-38.

Cette précision importante a été rappelée par un jugement du tribunal de première instance de Gand, prononcé le 24 juin 2008⁷. En l'espèce, une société, qui ne se présentait pas comme un professionnel de la promotion immobilière, avait acquis, lors d'une vente publique consécutive à la faillite d'un promoteur immobilier professionnel, un immeuble à appartements encore à l'état de gros œuvre. Les différents appartements avaient ensuite été revendus par la société adjudicataire à différents acquéreurs particuliers. Dans la mesure où la société s'engageait, après la signature de différents compromis, à prendre encore en charge certains travaux d'achèvement – à tout le moins relativement aux parties communes –, les conventions de revente devaient respecter le prescrit de la loi Breyne. La circonstance que le (re)vendeur soit un promoteur non professionnel ne changeait en rien la position des acquéreurs à son égard, quant au domaine d'application de la loi Breyne.

De la même manière, dans un arrêt prononcé par la cour d'appel de Liège le 16 janvier 2012⁸, la cour rappelle à bon droit que le caractère professionnel ou non de l'activité de promotion immobilière ne présente pas d'incidence sur le champ d'application de la loi Breyne. En l'espèce, le vendeur de l'appartement en construction tentait d'échapper à la loi en invoquant qu'il s'agissait d'une vente entre deux particuliers, le vendeur n'étant enregistré en personne physique à la BCE que pour l'activité de location et exploitation des biens immeubles non résidentiels. Comme le relève la cour, rien ne permet cependant d'exclure les promoteurs particuliers (agissant en personne physique ou morale) du champ d'application de la loi⁹.

Dans leurs relations avec leurs clients, ces promoteurs devront respecter, tout comme les professionnels, les dispositions de la loi établies en faveur de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, et ce quand bien même les obligations résultant de l'application de la loi (en particulier la constitution d'une garantie d'achèvement) peuvent être lourdes (voire impossibles) à assumer pour un promoteur particulier réalisant une opération de promotion immobilière ponctuelle dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé¹⁰.

⁷ Civ. Gand, 24 juin 2008, *R.C.D.I.*, 2012, p. 25.

⁸ Liège, 16 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1349. Sur cet arrêt, voy. égal. *infra*, n° 8.

⁹ Voy. en ce sens B. KOHL, «Le champ d'application de la loi Breyne», in L. ROUSSEAU (dir.), *La loi Breyne*, coll. Conseil francophone de la fédération royale du notariat belge, n° 9, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 25-26; R. DE BRIEY, «La promotion immobilière et la loi Breyne: questions choisies», *Jurimpratique*, 2008/1, pp. 134-135; A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breyne*, coll. Droit et Justice, n° 9, Bruxelles, Nemesis, 1989, pp. 57-58; D. PATART, «Questions d'actualité en matière de loi Breyne», *R.G.E.N.*, 2001, p. 310.

¹⁰ Comme le relève D. Patart (*op. cit.*, p. 310), bien que la charge résultant de l'application de la loi aux promoteurs particuliers puisse être lourde, il demeure indispensable d'appliquer la loi aux conventions conclues par ceux-ci. À défaut, une exclusion du champ d'application de la loi «risquerait d'ouvrir grand la porte aux tentatives d'éluder l'application de la loi. Quoi de plus facile, en effet, que de trouver un homme de paille, particulier, qui rachèterait (sous régime TVA, avec application théorique de la loi Breyne) les immeubles construits par un professionnel, qui les revendrait (toujours sous régime TVA, mais sans application de la loi Breyne puisque la dérogation jouerait) à des acquéreurs définitifs».

5. Certains professionnels de l'immobilier sont privés de la protection de la loi. La loi Breyne n'est pas applicable «aux conventions conclues par [...] 3° un acquéreur ou un maître de l'ouvrage dont l'activité habituelle consiste à construire ou à faire construire des maisons ou appartements en vue de les céder à titre onéreux»¹¹. Les professionnels de l'immobilier (promoteurs, entrepreneurs, voire dans certains cas agents immobiliers...) ne bénéficient donc pas de la protection de la loi lorsqu'ils sont eux-mêmes acquéreurs ou maîtres de l'ouvrage.

Pour être considéré comme un tel professionnel de l'immobilier, l'acquéreur doit donc avoir, pour «activité habituelle», la construction ou la promotion d'immeubles d'habitation. Aussi, comme le décide la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 26 février 2018¹², ce n'est pas parce que des personnes physiques, qui n'exercent pas la profession de promoteur immobilier (en l'espèce, un couple de maîtres de l'ouvrage, l'un exerçant la profession de chimiste, l'autre de médecin) font construire par un entrepreneur un immeuble clé sur porte à titre d'investissement et sont par ailleurs propriétaires de quelques autres biens qu'ils ont fait construire dans le cadre d'une gestion de leur patrimoine privé, que ceux-ci doivent être considérés comme exerçant «l'activité habituelle» de construire ou de faire construire des maisons ou appartements en vue de les céder à titre onéreux. Dans leur relation avec l'entrepreneur, ces personnes physiques peuvent donc prétendre à la protection de la loi Breyne¹³.

6. Formule de l'«architecte-bâtitseur» et application de la loi. La formule de construction dite de l'*architecte-bâtitseur* est apparue récemment et peut, dans certains cas, s'apparenter à une forme de promotion immobilière. Dans cette formule, le maître de l'ouvrage constitue au profit de l'architecte un mandat permettant à ce dernier de passer, au nom de son mandant, tous les contrats avec les différents entrepreneurs chargés de la construction, sur la base des plans et du cahier des charges que l'architecte a réalisés. Le maître de l'ouvrage est par ailleurs invité à conclure par un contrat distinct une assurance garantissant que le prix et les délais annoncés par l'architecte seront bien respectés¹⁴.

¹¹ Art. 2, § 1^{er}, 3°, de la loi.

¹² Bruxelles, 26 février 2018, *T.B.O.*, 2019, p. 45.

¹³ En l'espèce, les maîtres de l'ouvrage avaient dû subir la faillite du constructeur avant l'achèvement de l'ouvrage. Ils agissaient à titre personnel contre les gérants de la société de construction, en se prévalant notamment de la loi Breyne (le constructeur ne pouvant, semble-t-il, justifier d'une agrégation suffisante qui lui aurait permis d'échapper à la constitution de la garantie d'achèvement, en lieu et place du cautionnement de 5% qu'il avait fourni). La cour ordonne la réouverture des débats afin d'être plus amplement éclairée sur ce point.

¹⁴ Voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 793-794; M.-A. FLAMME *et al.*, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, coll. Les Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001, n° 29, pp. 39-41.

La question de l'application de la loi Breyne à cette construction juridique est posée, dans la mesure où il pourrait être considéré que l'architecte s'engage à « procurer » un immeuble à son client.

Dans un arrêt prononcé le 3 décembre 2015¹⁵, la cour d'appel de Liège considère cependant que l'article 10, 3°, du règlement de déontologie de l'architecte¹⁶, qui autorise l'architecte à accomplir, au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage, l'ensemble des actes qu'implique la réalisation d'une construction, n'entraîne pas dans le chef de « l'architecte-bâtitseur » ayant reçu mandat à cet effet, la qualification de promoteur immobilier. La cour d'appel ne fut cependant pas amenée à se prononcer sur l'application de la loi Breyne à cette convention¹⁷.

Il demeure donc possible selon nous, en fonction des circonstances de l'espèce, que le contrat de mandat conclu entre l'architecte-bâtitseur et son client puisse entrer dans le champ d'application de la loi : l'on rappelle en effet que, pour l'application de la loi Breyne, la qualification juridique du contrat importe peu : un contrat de mandat peut ainsi parfaitement être soumis à la loi Breyne lorsque le promoteur, agissant pour le compte d'un acquéreur, s'engage à lui procurer un immeuble répondant à la définition de l'article 1^{er} de la loi¹⁸.

B. Champ d'application *ratione materiae*

7. Conventions de « réservation », promesses de vente et pactes de préférence. Il est interdit au promoteur de « réserver » contre rémunération un appartement ou une maison à construire, sauf à faire d'une telle convention de réservation une réelle convention d'étude respectant les exigences de l'article 2, alinéa 2. En outre, si ces conventions de « réservation » prennent en réalité la forme d'une promesse unilatérale de contrat, elles doivent comporter les mentions énoncées à l'article 7 de la loi, et ce même lorsqu'elles ne sont

¹⁵ Liège, 3 décembre 2015, *Entr. et dr.*, 2016, p. 392, note J.-P. RENARD et S. TAMINIAU.

¹⁶ Approuvé par arrêté royal du 18 avril 1985.

¹⁷ La question ne nous paraît pas définitivement tranchée : le litige concernait les défauts de construction reprochés à l'entrepreneur mandaté par l'architecte, ainsi que la récupération de paiements faits « en noir » à l'architecte, qui avait été chargé de les remettre aux entrepreneurs pour couvrir une partie du coût de la construction. Sur cet aspect du litige, voy. la note de J.-P. RENARD et S. TAMINIAU, « Application des principes *Nemo auditur* et *In pari causa* dans le cadre d'un contrat d'entreprise conclu avec un architecte-bâtitseur », note sous Liège, 3 décembre 2015, *Entr. et dr.*, 2016, p. 399.

¹⁸ Voy. Cass., 5 novembre 1998, *Bull. et Pas.*, 1998, p. 1096 : la Cour confirme qu'« il ne s'en suit pas de la circonstance qu'un vendeur est intervenu en qualité de mandataire dans le cadre de la construction d'habitations au sens de la loi du 9 juillet 1971 que celui-ci ne peut s'engager personnellement à procurer une habitation à construire au sens de l'article 1^{er} de la loi précitée » ; *add.* Gand, 5 septembre 2006, *T.G.R.*, 2007, p. 247 (contrat de « coordination » doublé d'un mandat donné par le client au promoteur, en exécution duquel ce dernier passait les contrats d'entreprise avec les corps de métier, au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage) ; Mons, 13 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, p. 404 (« le but de la loi n'est pas de se désintéresser du mandat mais, au contraire, de protéger les acquéreurs ou maîtres de l'ouvrage [...] contre les promoteurs exerçant leur activité sous le couvert d'un mandat »). Voy. égal. à ce sujet B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 1185-1186.

pas rémunérées : l'on prémunit ainsi l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage qui, par exemple, concéderait une promesse d'achat, et qui serait dès lors tenu irrévocablement d'acheter (et généralement de procéder à un premier versement) dès que le promoteur lève l'option qui lui est ainsi concédée.

Plusieurs décisions ont abordé la question de ces conventions de « réservation » ainsi que des promesses de conventions.

1. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Liège du 26 juin 2012¹⁹, une convention intitulée « convention de réservation » avait été signée entre une entreprise de construction et son client. Aux termes de cette convention, le client, désigné « candidat acquéreur », déclarait acquérir de l'entreprise une maison trois façades « actuellement en construction » avec jardin. La convention, datée du 22 décembre 2006, précisait ce qui suit :

« [...] dans l'attente de l'achèvement total de la maison (celle-ci étant actuellement en gros œuvre fermé), le candidat-acquéreur demande au vendeur qui accepte, de réserver le bien prédécrit par préférence à toute autre personne. Le prix d'achat, si celui-ci se réalise, est de commun accord fixé à cent quatre-vingt-cinq mille euros (185.000,00 euros). [...] Si, le 1^{er} mai 2007 au plus tard, le cachet de la poste faisant foi, le vendeur n'a pas informé le candidat-acheteur, par lettre recommandée qu'il était en mesure de procéder à la signature du compromis de vente en raison de l'achèvement total de la maison, le candidat-acheteur pourra demander, par lettre recommandée, à être dégagé de toutes obligations liées à l'acquisition du bien susmentionné. Cet achèvement correspondra au permis d'urbanisme (et plans) dont question ci-avant, à la fiche technique remise préalablement aux présentes au candidat-acquéreur ainsi qu'aux éventuelles demandes de modifications que ceux-ci demanderaient au vendeur, sous réserve de l'accord de celui-ci quant auxdites modifications ainsi que sous réserve de suppléments qui en découleraient pour le candidat-acquéreur, pour autant que ce dernier les accepte. Par contre, à la suite de la notification au candidat-acquéreur de l'achèvement de la maison, celui-ci disposera d'un délai de vingt jours pour signer le compromis de vente, pour autant que cet achèvement corresponde bien à ses attentes et aux descriptions données. Lors de la signature du compromis, le candidat-acquéreur s'engage à verser un montant de neuf mille deux cent cinquante euros (9.250,00 euros) à titre d'acompte sur le prix hors frais. À défaut de signer un compromis dans ce délai, le candidat-acquéreur sera déchu de tout droit d'exiger ultérieurement la vente. L'acte notarié

¹⁹ Liège, 26 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1699. La décision de première instance est également publiée (Civ. Dinant, 28 mai 2009, *Rev. not. b.*, 2010, p. 383).

devra être passé [...] dans les deux mois de la signature du compromis de vente».

Le compromis de vente ne fut pas signé. Toutefois, le 1^{er} juin 2007, l'acte authentique de vente était signé, étant toutefois stipulé dans cet acte, au titre de «conditions générales», que certains travaux d'achèvement devaient encore être exécutés par l'entreprise, laquelle s'engageait à les réaliser pour le 6 juin 2007, une retenue de 10.000,00 euros sur le prix de vente étant effectuée à titre de garantie de leur bonne exécution.

La convention de réservation signée entre parties le 22 décembre 2006 devait-elle respecter les dispositions de la loi Breyne (notamment les mentions obligatoires (art. 7) et la fourniture d'une garantie d'achèvement ou d'un cautionnement (art. 12))?

Il résulte en effet de la loi qu'il est interdit au promoteur de «réserver» contre rémunération un appartement ou une maison à construire. La seule possibilité consiste à conclure une réelle convention d'étude respectant les exigences de l'article 2, alinéa 2, c'est-à-dire (i) que la convention contienne une description des travaux sur lesquels porte l'étude ainsi qu'un relevé des besoins de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, (ii) que le coût ne soit pas supérieur à 2% du coût prévu de la construction et (iii) que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage dispose d'un délai de réflexion de sept jours au moins avant que la convention ne devienne définitive. En outre, pour rappel, si ces conventions de «réservation» prennent en réalité la forme d'une promesse unilatérale de contrat, elles doivent comporter les mentions énoncées à l'article 7 de la loi, et ce même lorsqu'elles ne sont pas rémunérées.

Selon la cour d'appel, la convention de réservation signée en l'espèce par les parties s'analysait en une promesse de vente. L'on peut toutefois hésiter, à la lecture de la convention, sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner aux termes employés par les parties. En présence d'une convention de «préférence», le seul engagement du vendeur consiste, s'il vend, à réserver la maison en cours de construction en priorité au bénéficiaire de la réservation. En revanche, en cas de promesse unilatérale de vente d'une maison dans son état futur d'achèvement, le vendeur est tenu de vendre à l'acquéreur la maison une fois celle-ci achevée, si l'acquéreur lève l'option d'achat; le seul fait de lever l'option entraîne donc la vente de l'immeuble, le vendeur étant par la promesse définitivement lié par un engagement de vendre, après achèvement, l'immeuble en construction.

Les termes de la convention de réservation, reproduits dans l'arrêt, permettent difficilement de conclure à l'existence d'une promesse unilatérale de vente: la convention précise que le vendeur «accepte de réserver le bien prédécrit *par préférence* à toute autre personne» et qu'un prix de 185.000,00 euros est fixé pour l'achat «s'il se réalise». Nulle part dans la convention ne semble apparaître un engagement définitif du candidat vendeur (promoteur immobilier) de vendre l'immeuble et d'accorder à

son cocontractant le bénéfice d'une option d'achat. Or, il n'y a promesse unilatérale de vente que lorsque celui qui octroie l'option d'achat est engagé à vendre de manière définitive. En sens inverse, la convention ne paraissait pas non plus pouvoir être qualifiée de promesse d'achat : si la convention précisait certes qu'après la notification au candidat-acquéreur de l'achèvement de la maison, ce dernier « disposait » d'un délai de vingt jours pour signer le compromis de vente – et ce « pour autant que cet achèvement corresponde bien à ses attentes et aux descriptions données » –, le promoteur ne pouvait toutefois en rien contraindre le candidat-acquéreur à signer ce compromis et, ainsi, à « forcer » la vente : la convention prévoyait en effet que la seule sanction du défaut de signature du compromis dans les quinze jours était la déchéance du droit d'exiger ultérieurement la vente.

Le choix de la qualification n'est pas anodin. En effet, les promesses unilatérales de conventions relatives à des opérations immobilières soumises à la loi Breyne (en particulier les promesses de vente, qui donnent à l'acquéreur une option d'achat), sont visées à l'article 7 de la loi, qui précise le contenu des conventions régies par la loi : les promesses de contrats soumis à la loi Breyne doivent en effet renfermer des mentions identiques à celles imposées en cas de conclusion d'un contrat « bilatéral ». La circonstance que de telles conventions de promesse soient qualifiées par les parties de « convention de réservation », ne permet bien entendu pas d'échapper à l'application de la loi. Ces conventions de promesse doivent respecter le prescrit de l'article 7, lors même qu'elles seraient établies à titre gratuit. L'objectif est en effet d'informer la partie contractante du contenu précis du contrat qui sera conclu, ce dernier devenant parfait – et imposant généralement le paiement d'un acompte – par le seul effet de la levée de l'option.

En revanche, un pacte de préférence à titre gratuit ne sera pas soumis à la loi : dans une telle convention, le propriétaire (en l'espèce le promoteur) ne s'engage pas à vendre, mais il promet, s'il décide de vendre, de donner la préférence au bénéficiaire de la promesse, ceci à conditions égales à celles qu'il envisagerait de proposer à un tiers. En d'autres termes, aucune des deux parties n'est, au jour de la signature du pacte de préférence, tenue envers l'autre ; en particulier, le promoteur n'est pas, à la différence de la situation existant en présence d'une promesse de contrat, tenu de vendre, de construire, de faire construire ou de procurer un immeuble en état futur d'achèvement. La protection de la loi Breyne est donc reportée au jour de la signature du contrat de vente, consécutif à la décision du bénéficiaire du pacte de faire valoir ce dernier en cas de vente du bien (à construire). Si, au jour où le promoteur effectue le choix de vendre, l'immeuble est achevé, le compromis de vente (si le candidat acquéreur, bénéficiaire du pacte de préférence, décide d'acheter) pourra intervenir sans que les conditions de la loi Breyne doivent être respectées.

Bien entendu, la convention de réservation, fût-elle qualifiée de pacte de préférence, devra respecter les termes de la loi si un paiement (parfois

qualifié de «*reservation fee*») est exigé du consommateur avant la signature du contrat «*définitif*». L'article 10 de la loi interdit en effet strictement tout paiement ou versement avant la conclusion du contrat de vente répondant aux formalités prévues par la loi. En d'autres termes, la convention de réservation, quoique de rédaction malheureuse et imprécise, ne nous paraissait pas, en l'espèce, devoir entrer dans le champ d'application de la loi Breyne et être annulée pour ce motif. Fût-elle même qualifiée de promesse d'achat ou de vente, comme le décida la cour, encore une telle promesse aurait-elle concerné, non la vente d'une habitation à construire, mais la vente d'une habitation achevée, l'option ne pouvant être levée qu'après achèvement de ladite habitation. En d'autres termes, même dans cette qualification à nos yeux inadéquate, la convention de «*promesse*» ne pouvait être frappée de nullité, puisqu'elle n'avait pas pour objet une opération de vente soumise à la loi.

En revanche, dans la mesure où l'acte authentique du 1^{er} juin 2007 visait la vente d'une habitation comportant pour le vendeur l'obligation de procéder à son achèvement ainsi que l'obligation pour l'acquéreur de procéder à un paiement – étant le prix de vente, diminué de la retenue de 10.000,00 euros –, la loi Breyne devait s'appliquer à cet acte, même en considérant que l'immeuble fut habitable à cette date (*quod non*, dans la mesure où – au minimum – la chaudière n'était pas encore mise en route). Nous reviendrons ci-après sur l'applicabilité de la loi aux immeubles habitables mais non achevés. À nos yeux, les notaires auraient dès lors dû rédiger un acte comportant les mentions prescrites à peine de nullité par l'article 7 de la loi et exiger du vendeur qu'il constitue une garantie d'achèvement pour les travaux qu'il s'engageait à terminer: la seule consignation du solde du prix était insuffisante.

Enfin, l'on signale que la solution retenue heurte *a priori* le prescrit de l'article 13, alinéa 3, de la loi Breyne, qui énonce que la nullité de la convention peut être invoquée par l'acquéreur «*avant la passation de l'acte authentique*». Lorsqu'un acte en forme authentique visant une opération soumise à la loi ne respecte pas les prescriptions des articles 7 et 12 de la loi, l'acquéreur est déchu de son droit de postuler la nullité de la convention pour ce seul motif. L'article 13, alinéa 4, précise d'ailleurs, depuis 1993, que «*l'acte authentique doit mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées*». Le rapport de la commission parlementaire de la Chambre²⁰ sur le sujet concluait qu'à l'avenir, le notaire ne pourrait plus passer l'acte authentique s'il constate que les prescriptions des articles 7 et 12 de la loi Breyne n'ont pas été respectées. La majorité des auteurs en déduit que le notaire est investi d'un devoir de légalité et qu'il ne peut participer à la violation de la loi Breyne en signant un acte qui ne serait pas conforme à ces

²⁰ Rapport VAN LOOY, *Doc. parl.*, Ch., sess. extraord., 1991-1992, n° 22/5 du 5 août 1992, discussion de l'article 5 et de l'amendement n° 11 du Gouvernement.

dispositions²¹. Dans ces conditions, l'acquéreur, privé de l'action en nullité, se retourne généralement contre le notaire instrumentant²². À nos yeux, il eut été sans doute plus orthodoxe que l'acquéreur oppose au promoteur l'exception d'inexécution ou qu'il prétende à la résolution de la convention, à considérer dans ce dernier cas que le manquement du promoteur puisse être suffisamment grave.

2. La notion de «convention de réservation» était également au centre des débats dans une affaire ayant donné lieu à un jugement prononcé par le tribunal de première instance de Gand le 14 septembre 2010²³. Cette affaire concernait le projet de vente sur plan de quatre appartements à réaliser par la transformation d'une maison de maître. L'on rappelle que le champ d'application de la loi Breyne a été étendu en 1993 de manière à y faire entrer certains contrats ayant pour objet le transfert de la propriété d'une maison ou d'un appartement, lorsque le vendeur prend l'engagement de transformer ou d'agrandir l'habitation, à condition que le prix total des travaux de transformation ou d'agrandissement excède 18.600,00 euros et s'élève à 80 % au moins du prix de vente de l'immeuble²⁴.

En l'espèce, un couple de candidats-acquéreurs avait signé le 1^{er} octobre 2007 avec les promoteurs une «convention de réservation» portant

²¹ M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve Publicaties, éd. revue, 2008, p. 165; J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, coll. Répertoire Notarial, t. VII, livre VI, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 169, n° 152; B. KOHL, «La loi Breyne», in *La vente. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2008, n° II.1-51; 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: la réforme de la loi Breyne», *Entr. et dr.*, 1994, pp. 112-136; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 160.

²² En l'espèce, si l'action en nullité n'avait pas été accordée pour le motif qu'elle aurait été introduite postérieurement à la signature de l'acte authentique, encore n'est-il pas certain que la responsabilité des notaires aurait pu être engagée; en l'absence de garantie d'achèvement, «la réparation la plus adéquate de la faute commise par les notaires consiste dans l'obligation de fournir à leurs clients respectifs les moyens financiers nécessaires à l'achèvement de l'immeuble dans la mesure où les promoteurs demeurent en défaut d'y pourvoir» (Bruxelles, 18 mars 1986, *Pas.*, 1986, II, p. 97); ainsi, le dommage vanté par l'acquéreur pourrait-il être inexistant si la somme nécessaire pour l'achèvement de la totalité des travaux devant être couverts par la garantie d'achèvement a été consignée par le notaire (voy. en ce sens L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2^e éd., coll. Droit notarial, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 169). En l'espèce, il ne semble du reste pas ressortir de l'arrêt que l'absence de constitution de la garantie ait causé un quelconque préjudice à l'acquéreur.

²³ Civ. Gand, 14 septembre 2010, *R.C.D.I.*, 2011, p. 54.

²⁴ Art. 1^{er}, § 5, de l'arrêté royal d'exécution de la loi Breyne. Cette réforme fut adoptée en 1993 pour combattre les abus constatés à l'époque; comme le souligne J.-M. Chandelle, «il ne fallait pas beaucoup d'imagination juridique pour éluder l'application de la loi Breyne en scindant comme suit les conventions: tout d'abord, vente du terrain et des constructions existantes, anciennes ou nouvellement érigées, dans leur état actuel et conclusion, pour le surplus, d'une ou plusieurs conventions portant tantôt sur la transformation ou l'agrandissement, voire sur les deux à la fois, des constructions» (J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 65).

sur l'un des quatre appartements à réaliser, et dont le prix était fixé à 320.000,00 euros. En réalité, comme l'analysa à juste titre le tribunal, il s'agissait là d'une promesse de vente, par laquelle le vendeur-promettant concédait aux candidats-acquéreurs, bénéficiaires de la promesse, une option de se porter acquéreurs de l'immeuble contre un prix déterminé. Pour bénéficier de cette «réservation», les candidats-acquéreurs avaient été amenés à verser à titre de «prix de l'option» une somme de 15.000,00 euros sur le compte tiers de l'agent immobilier. L'option ne pouvait être levée par les acquéreurs que par la signature d'un compromis de vente, emportant l'obligation de verser un acompte de 10% du prix. Le 20 octobre 2007, les époux signaient le compromis de vente (avec le promoteur et deux autres vendeurs) et versaient sur le compte tiers un montant complémentaire de 17.000,00 euros, de telle sorte que, avec le premier versement, l'acompte de 10% était constitué. Par après, les vendeurs refusèrent non seulement de passer l'acte authentique de vente, mais même de restituer l'acompte versé, augmenté du montant de la clause pénale, avant qu'une décision de réorganisation judiciaire vienne faire perdre aux acquéreurs tout espoir – ou presque – de récupérer leurs fonds.

Dans son jugement, le tribunal décida à juste titre que tant la promesse de vente que le compromis de vente sous seing privé étaient manifestement contraires aux prescriptions de la loi Breyne. Les deux conventions ne comportaient pas les mentions imposées par l'article 7 de la loi; en outre, l'acompte de 10% constituait le double de la somme qui, en vertu de l'article 10, alinéa 2, de la loi, pouvait être réclamée à l'acquéreur lors de la signature de l'acte sous seing privé. Le tribunal prononça donc la nullité et condamna les vendeurs au remboursement de l'acompte.

Privés de toute chance de récupération réelle de l'acompte en raison de la réorganisation judiciaire, les acquéreurs avaient mis l'agent immobilier à la cause. Cependant, le simple fait que l'argent se trouvait sur le compte tiers de l'agent immobilier ne rendait pas ce dernier débiteur de l'obligation de restitution résultant de l'annulation de la convention de vente, à laquelle l'agent n'était pas partie: le versement de 32.000,00 euros constituait un paiement du patrimoine des acquéreurs au patrimoine du vendeur, auquel l'agent était étranger. En revanche, considérant que l'agent immobilier avait, comme les vendeurs, orchestré la réalisation d'une opération illégale, le tribunal estima que ce dernier devait être tenu *in solidum* avec les vendeurs à l'indemnisation du préjudice subi par les acquéreurs, et estimé par le tribunal, *ex æquo et bono*, à la somme de 16.000,00 euros. Pour le surplus, le tribunal considéra qu'au regard du manque de professionnalisme de l'agent, ce dernier devait garantir les vendeurs, tenus au remboursement de l'acompte, à concurrence de trois quarts²⁵.

²⁵ L'agent immobilier fut par ailleurs privé de son droit à la commission sur le prix de vente, en raison de l'inexécution fautive par ce dernier de sa mission (mise sur pied de contrats illégaux).

3. Enfin, il ne paraît pas inutile de rappeler, à la suite d'un jugement prononcé le 21 avril 2009 par le tribunal de première instance de Gand²⁶, que l'article 7 de la loi Breyne s'applique à toute « promesse de convention » présentant l'un des objets énoncés à l'article 1^{er} de la loi, soit « le transfert de la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction [ou] l'engagement de construire, de faire construire ou de procurer un tel immeuble »; comme le relève le tribunal, les promesses unilatérales de vente, mais également les promesses unilatérales d'achat, sont donc visées²⁷.

8. Nécessité que le promoteur s'engage à achever l'immeuble. Rôle du notaire qui passe un acte relatif à un immeuble en construction lors du compromis, mais achevé lors de la passation de l'acte. 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 contrat²⁸.

Par ailleurs, puisqu'il est exigé, pour que la loi puisse s'appliquer, que le vendeur ou l'entrepreneur s'engage à achever l'habitation à ériger²⁹, la vente d'un immeuble inachevé, dans l'état dans lequel il se trouve, sort également du champ d'application de la loi Breyne. En revanche, la loi s'appliquera bel et bien si, dans la convention portant sur la vente d'un tel immeuble inachevé (ou par une convention distincte de cette vente³⁰), le promoteur ou l'entrepreneur prend l'engagement de procéder aux travaux nécessaires à l'achèvement de celui-ci, afin qu'il soit au minimum rendu « habitable »³¹ (par exemple, les travaux d'électricité, de chauffage ou de plomberie).

Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Liège du 16 janvier 2012³², des acquéreurs avaient signé une convention de vente sous seing privé par laquelle le vendeur leur vendait un appartement dans un immeuble se trouvant, au jour de vente, en l'état de gros œuvre fermé. Le compromis de vente était conclu sous la condition suspensive

²⁶ Civ. Gand, 21 avril 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 546.

²⁷ Voy. égal. Bruxelles, 14 septembre 2007, *NjW*, 2008, p. 84; voy. égal. A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, Bibl. Burgerlijk Recht, n° 2, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 7-8.

²⁸ Voy. par exemple Civ. Bruges, 18 mars 1980, *Res jur. imm.*, 1980, p. 209.

²⁹ Voy. dans ce sens Anvers, 28 avril 1982, *R.W.*, 1984-1985, 213; Mons, 30 septembre 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 106; Comm. Charleroi, 12 juin 1974, *J.T.*, 1974, p. 532, note A. DE CALUWÉ.

³⁰ À cet égard, les cours et tribunaux n'hésitent pas à condamner les promoteurs ou constructeurs qui tentent d'échapper à l'application de la loi en scindant artificiellement l'opération entre un gros œuvre non habitable (non soumis à la loi) et des travaux d'achèvement (voy. p. ex. Anvers, 18 septembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 139; Civ. Tongres, 19 décembre 2008, *R.C.D.I.*, 2009/2, p. 38; sur ce point, voy. not. B. KOHL, « Chronique de jurisprudence. Contrats spéciaux. Loi Breyne – Contrat d'entreprise », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XL, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 243).

³¹ L'exigence d'habitabilité est contenue à l'article 7, alinéa 1^{er}, e, de la loi.

³² Liège, 16 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1349.

« que tous les travaux de finition soient terminés pour la passation de l'acte authentique ». Au compromis était annexé un descriptif de fin des travaux. Un acompte de 2.000 euros sur le prix de vente avait été payé lors de la signature du compromis. Le solde du prix avait ensuite été payé le jour de l'acte authentique, après finition.

Se plaignant de problèmes d'humidité, l'acquéreur avait assigné le vendeur, en se fondant notamment sur la loi Brejne. En effet, le vendeur considérait que la convention était une vente « pure et simple » et que l'action de l'acquéreur était vouée à l'échec, tant en raison de l'agrégation tacite de l'immeuble résultant de la passation de l'acte authentique en connaissance de cause, qu'en raison de la clause d'exonération des vices cachés figurant dans le contrat ; il est vrai qu'en l'espèce, le vendeur n'était pas un professionnel de l'immobilier, de telle sorte que la clause ne pouvait être écartée, ni sur la base de l'article VI.83 du Code de droit économique, ni sur la base de la jurisprudence qui retient à charge du vendeur professionnel une « présomption de connaissance du vice » qui affecte la chose vendue.

De son côté, l'acquéreur considérait que, la loi Brejne devant être déclarée applicable, il ne pouvait être tenu compte de l'acte authentique comme acte valant « réception » de l'immeuble : dans la loi Brejne, les concepts de « réception provisoire » et « réception définitive » sont en effet différents de ceux du droit commun de la vente, qui ne connaît que l'« agrégation » : en vertu de l'article 9 de cette loi, un écrit contradictoire doit être dressé pour constater la réception et préciser ses modalités, à peine de nullité ; celle-ci doit obligatoirement être scindée en « réception provisoire » et « réception définitive ».

En l'espèce, rien n'avait été prévu, ni dans le compromis, ni dans l'acte notarié, quant aux modalités de la réception puisque, dans la thèse du vendeur, il ne s'agissait pas d'une convention tombant dans le champ d'application de la loi Brejne.

Ainsi amenée à s'interroger sur l'application de la loi Brejne, la cour d'appel considère à bon droit que les conditions visées à l'article 1^{er} de la loi étaient bel et bien réunies : (i) les parties avaient rédigé une convention écrite, (ii) qui avait pour objet le transfert de la propriété d'un appartement en voie de construction, avec obligation d'achèvement du vendeur et (iii) l'acquéreur était tenu de procéder à des versements avant l'achèvement : en l'espèce, un acompte de 2.000 euros avait été versé lors de la signature du compromis. La circonstance que cet acompte avait été versé sur le compte de l'agent immobilier ne changeait rien, ce dernier étant mandataire du vendeur, de telle sorte que l'acquéreur n'avait plus de pouvoir de disposition sur l'acompte ainsi versé.

De même, la circonstance que la convention sous seing privé avait été conclue « sous la condition de l'achèvement de l'ouvrage » était insuffisante pour écarter l'application de la loi. Une telle condition suspensive ne saurait être permise. En effet, l'achèvement de l'ouvrage dans le délai contractuel constitue une obligation dans le chef du promoteur, du vendeur ou

de l'entrepreneur³³. Cette obligation ne peut donc être érigée en condition suspensive³⁴.

En l'espèce, la cour d'appel a donc déclaré la loi Breyne applicable, constatant qu'au jour du compromis, les conditions d'application de l'article 1^{er} étaient réunies. Partant, dans la mesure où les procédures de réception provisoire et de réception définitive n'avaient pas été respectées et que la présomption de réception tacite résultant de l'occupation des lieux par l'acquéreur pouvait, sur la base de l'analyse des faits de l'espèce, être retournée³⁵, la cour considéra que l'action de l'acquéreur était recevable tant pour les vices apparents (qui n'avaient été couverts par aucune réception), qu'*a fortiori* pour les vices cachés, vu l'absence de réception.

La décision, pragmatique, interpelle toutefois dans la mesure où l'acte authentique avait pu être passé par le notaire après achèvement, sans qu'il soit fait référence dans l'acte à la loi Breyne.

Or, 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 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 ou s'engage à procurer un immeuble dans son état futur d'achèvement, lequel doit être de nature à permettre l'habitation) et sur un prix, dont une partie est payable avant l'achèvement.

Il arrive parfois, comme cela aurait dû être le cas en l'espèce, qu'au moment d'authentifier une convention de vente sur plan soumise à la loi, le notaire

³³ Voy. Anvers, 28 avril 1982, *R.W.*, 1984-1985, 213.

³⁴ De même, l'on rencontre parfois des clauses prévoyant que la vente est conclue « sous la condition de l'octroi de la réception provisoire », une fois l'immeuble achevé. Une telle condition suspensive n'est pas valable non plus : l'octroi par l'acquéreur ou par le maître de l'ouvrage de la réception provisoire constitue également une obligation dans le chef de ce dernier. Or, ainsi que l'affirme la Cour de cassation, « [l]a condition suspensive ne peut jamais consister dans l'exécution par l'un des cocontractants d'une obligation qui lui incomberait en vertu de ce lien » (Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103 ; confirmé plus récemment par Cass., 8 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1585 ; voy. égal. à ce sujet B. KOHL et Fr. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *op. cit.*, p. 22).

³⁵ Comme le relève la cour, si la loi Breyne admet la possibilité de présumer une réception tacite dans l'hypothèse où l'acheteur occupe le bien, l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 autorise toutefois l'acquéreur à apporter la preuve contraire de la réception et, par ailleurs, l'attitude du promoteur peut également démontrer l'absence de réception tacite. Or, en l'espèce, l'acquéreur avait, quelques mois après la passation de l'acte authentique, adressé au vendeur un courrier rappelant les discussions relatives au problème d'humidité, remerciant ce dernier pour les différentes démarches et travaux entrepris pour remédier aux problèmes d'humidité et précisant les problèmes d'humidité subsistant. Le vendeur n'avait pas contesté cette correspondance ; au contraire, ce dernier avait demandé et obtenu de recevoir une clé de l'appartement pour venir y effectuer les travaux, et avait marqué accord sur une mission d'expertise amiable, dont le libellé indiquait qu'il n'y avait pas eu de réception provisoire tacite.

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). Dans ce cas, deux situations peuvent se produire.

(i) Soit les conditions déterminant le champ d'application de la loi Breyné demeurent réunies au jour de la signature de l'acte authentique. Dans ce cas, le notaire ne peut, à l'évidence, même de l'accord des parties, accepter d'authentifier comme tel le compromis de vente conclu en violation de la loi, et auquel les parties n'auraient pas préalablement remédié à la nullité (par exemple par la signature d'un avenant³⁶). 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 ». Ayant dûment informé l'acquéreur sur plan de son droit à invoquer la nullité de la vente, le notaire peut toutefois inviter les parties à résilier de commun accord la convention qu'ils ont conclue³⁷, et à s'accorder sur les termes d'une nouvelle convention, conforme à la loi, dont il assurera ensuite l'authentification.

(ii) Soit les conditions déterminant le champ d'application de la loi Breyné ne sont plus réunies au jour de la signature de l'acte authentique, par exemple parce que, comme en l'espèce, l'immeuble, vendu sur plan en cours de construction (avec versement d'un acompte) est totalement achevé et habitable – voire habité – au jour de la passation de l'acte authentique. Dans la mesure où l'acte notarié a pour seule fonction l'authentification d'une vente préalablement formée, et ce en vue d'en assurer son opposabilité au tiers, cet acte devra reprendre soigneusement le contenu du compromis de vente, en ce compris les mentions obligatoires. Le notaire se fera remettre la copie du cautionnement ou de la garantie d'achèvement préalablement constituée. Qu'en est-il toutefois si le notaire constate que le compromis ne comporte pas toutes les mentions obligatoires, mais qu'entre-temps, l'acquéreur a « réceptionné » l'immeuble et occupe celui-ci ?

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 en réalité : 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

³⁶ Encore dans ce cas, constatant qu'au jour de la signature de la première convention, la loi Breyné n'avait pas été respectée, le notaire devra informer l'acquéreur et vérifier qu'il entend bien renoncer à invoquer la nullité du compromis tel qu'initialement rédigé.

³⁷ Cette convention de résiliation fera l'objet d'une perception du droit fixe d'enregistrement, à condition qu'elle soit présentée dans l'année à l'enregistrement avec la convention initiale que les parties entendent résilier.

seulement lors de la réception provisoire; 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.

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 dans le compromis (ce que le notaire doit pourtant attester dans son acte)³⁸.

À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore formellement déterminée sur cette dernière question. Il nous semble, à tout le moins, que si le notaire décide de passer l'acte dans une telle situation³⁹, 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 motif⁴⁰.

Ceci étant dit, lors même que l'acte authentique comporterait une telle renonciation à se prévaloir de la nullité du compromis, encore l'acquéreur

³⁸ 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 L. ROUSSEAU (dir.), *La loi Breyne, op. cit.*, 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 L. ROUSSEAU (dir.), *La loi Breyne*, coll. Conseil francophone de la fédération royale du notariat belge, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 198-199.

³⁹ 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.

⁴⁰ Voy. en ce sens J. DERUMEAUX, « Informatieplichten, verplichte vermeldingen, bijlagen en algemene consumentenbescherming », in N. CARETTE (ed.), *Handboek Wet Breyne*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 158.

pourrait-il selon nous invoquer le bénéfice de la loi à l'égard du vendeur postérieurement à l'acte, non point pour prétendre à la nullité de la convention, mais, par exemple, pour se prévaloir à l'égard du vendeur du bénéfice de l'article 6 de la loi, qui étend au promoteur-vendeur la responsabilité décennale des articles 1792 et 2270 du Code civil. L'arrêt prononcé par la cour d'appel de Liège nous semble faire une application, fût-ce implicite, de ce raisonnement.

9. Notion d'«achèvement» au sens de l'article 1^{er} de la loi: la loi est-elle applicable en cas de vente d'un immeuble déjà «habitable», avec engagement du promoteur de réaliser ou d'achever des aménagements de confort? Puisque la loi ne s'applique pas aux constructions qui sont achevées, il est essentiel 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?

La loi ne s'appliquera que si le promoteur ou l'entrepreneur s'engage à réaliser un immeuble habitable⁴¹. D'aucuns estiment toutefois que 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 –, lors même que certains travaux d'achèvement contractuellement promis par le promoteur doivent encore être réalisés (et payés)⁴².

1. Cette thèse a été entérinée par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mai 2012⁴³.

Les faits de l'espèce peuvent être brièvement résumés comme suit: des copropriétaires se portent acquéreurs, en 2006, de plusieurs appartements situés dans une résidence érigée par un promoteur immobilier. Les actes authentiques stipulent 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

⁴¹ L'exigence d'habitabilité est contenue à l'article 7, alinéa 1^{er}, e, de la loi.

⁴² Voy. p. ex. J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, op. cit., p. 52, n° 9; A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, op. cit., p. 51, n° 90.

⁴³ 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. égal. 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.

celles découlant des présentes. En conséquence, après avoir été informé[es] 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 pour la date du 15 octobre 2006, après réalisation des travaux par le promoteur.

Début 2007, les acquéreurs s'étaient plaints auprès du promoteur de malfaçons affectant les parties communes et privatives. À défaut d'accord, ceux-ci avaient initié une procédure aux fins d'obtenir l'indemnisation du dommage qu'ils prétendaient subir et, avant-dire droit, la désignation d'un expert chargé de relever les malfaçons et d'estimer le préjudice subi par les copropriétaires. Le promoteur s'opposait à cette demande, à défaut selon lui d'applicabilité aux actes de vente de la loi Breyne et de réunion des conditions de mise en œuvre de la responsabilité décennale, compte tenu également de la réception définitive intervenue, résultant des clauses contenues dans les actes de vente.

Tant le premier juge que la cour d'appel de Mons firent droit à la demande d'expertise en décidant que, nonobstant les clauses figurant dans les actes authentiques de vente attestant de la reconnaissance du caractère habitable des biens vendus, il n'y avait eu ni réception, ni agrégation tacite des travaux dès lors que la convention sous seing privé conclue avec l'un des copropriétaires mentionnait expressément qu'à cette date, les travaux n'étaient pas terminés (s'agissant des abords de l'immeuble ainsi que de la pente d'accès aux garages).

Selon la cour d'appel, le promoteur ne pouvait donc, 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^{er} 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 des parties privatives et communes de l'immeuble.

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.

L'arrêt paraît tirer de l'article 1^{er} 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.

Or, rien selon nous ne permet de tirer pareille conclusion de la lecture de l'article 1^{er} de la loi, qui rend la loi Breyne applicable « à toute convention ayant pour objet le transfert de la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction ainsi qu'à toute convention portant engagement de construire, de faire construire ou de procurer un tel immeuble, lorsque la maison ou l'appartement est destiné à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et que, en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer un ou des versements avant l'achèvement de la construction ».

En d'autres termes, pour qu'une convention de vente sur plan soit soumise à la loi Breyne, il faut – mais il suffit – que les conditions énoncées à son article 1^{er} soient rencontrées. En particulier, la loi ne s'appliquera pas aux constructions qui sont achevées à la date de la convention, c'est-à-dire à la date du compromis de vente. Partant, il est essentiel 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 ?

L'article 1^{er} de la loi n'énonce pas le critère permettant de définir la notion d'« achèvement » de l'immeuble. Selon la Cour de cassation, l'achèvement doit s'examiner au regard de « l'habitabilité normale » de l'immeuble : serait achevé l'immeuble dont les travaux ont atteint un degré de finition tel que cette habitabilité normale pourrait être assurée.

L'habitabilité normale n'est pas visée à l'article 1^{er} de la loi, mais à ses articles 7, e) (« le prix de vente englobe tous les travaux nécessaires à l'habitabilité normale »), et 9 (« la réception définitive de l'ouvrage ne peut avoir lieu qu'après qu'il se soit écoulé un an depuis la réception provisoire, et pour autant qu'il ait déjà été procédé à la réception définitive des parties communes, y compris les accès, de telle sorte qu'une *habitabilité normale* soit assurée »).

D'aucuns en déduisent que l'achèvement dépend de l'habitabilité de l'immeuble, de telle sorte que la loi cessera d'être applicable aux immeubles habitables lors de la signature de la convention, lors même que certains travaux d'achèvement contractuellement promis par le promoteur doivent encore être réalisés (et payés).

Nous ne partageons pas cette thèse, entérinée sans autre justification par la Cour de cassation :

- *premièrement*, les dispositions légales visant l’habitabilité normale – l’article 7, e), et l’article 9 – ne nous paraissent pas, en soi, de nature à ériger celle-ci en condition d’application de la loi. En effet, l’article 7, 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. En outre, le libellé de l’article 9 vise essentiellement à protéger contre lui-même l’acquéreur ou le maître de l’ouvrage, qui accorderait au promoteur la réception des travaux, lors même que l’habitabilité normale de l’immeuble ne serait pas assurée ; il n’empêche nullement au client du promoteur, conformément aux règles usuelles du droit de la construction, de refuser à ce dernier la réception d’un immeuble qui, quoiqu’habitable, serait affecté de diverses malfaçons au regard des plans et du cahier des charges de nature à compromettre son achèvement ;
- *deuxièmement*, définir l’achèvement par référence au critère de l’habitabilité n’est pas d’un grand secours, dans la mesure où ce critère, lui-même, pêche par manque de précision. La libre utilisation d’un garage ou d’un jardin ne fait sans doute pas obstacle à l’habitabilité. Mais qu’en est-il d’un bien dépourvu d’une cuisine ? De même, l’absence d’un escalier rend-elle une maison inhabitable ? ;
- *troisièmement*, exclusion du champ d’application de la loi Breyne, au motif que le bien serait « achevé », 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 – prévoit le préfinancement total par l’acquéreur desdits travaux complémentaires. En effet, la loi n’étant pas déclarée applicable à ces conventions, le promoteur se verrait libéré de l’obligation de constituer une garantie d’achèvement. Le client serait ainsi placé face au risque d’insolvabilité d’un promoteur ayant, par exemple, réclamé en cours de construction (ou lors de la passation de l’acte authentique) des montants importants, ne laissant subsister qu’un faible pourcentage à payer pour les parachèvements et *finitions* qu’il s’engage à réaliser, mais dont le coût représente souvent un poste important du budget total de construction. Ce risque se trouve conforté par l’observation qu’après la passation de l’acte authentique de vente, la loi n’a plus prévu l’approbation d’un architecte pour la libération du paiement des différentes tranches.

Bref, si le régime de protection mis en œuvre par la loi Breyne nous paraît devoir s’appliquer dès que, au-delà du simple « gros œuvre fermé »,

le professionnel « ensemblier », promoteur ou constructeur, a promis d'effectuer un minimum d'installations rendant l'immeuble habitable, en revanche, le degré de confort (par exemple, prise en charge ou non par le professionnel « ensemblier » des menuiseries intérieures, des installations de la cuisine, des revêtements de sols...) ressort quant à lui de la libre négociation entre les parties.

En d'autres termes, selon nous, c'est au regard des termes du contrat que sera apprécié l'achèvement de l'immeuble, fonction du degré de confort promis par le professionnel, au-delà des seules conditions minimales d'habitabilité. Par conséquent, la convention portant sur la construction d'un immeuble habitable au moment de sa signature, mais non encore « achevé », au regard des engagements de finition pris par le promoteur, reste selon nous soumise à la loi Breyne, l'habitabilité ne se confondant pas avec l'achèvement de l'immeuble. En revanche, si l'immeuble est déjà habitable lors de la signature du contrat de vente et que le promoteur ne s'engage pas à réaliser les parachèvements et les finitions, le contrat pourra être passé par le notaire sans que ce dernier n'ait à s'assurer du respect de la loi Breyne, le promoteur n'ayant plus aucune prestation à accomplir pour achever l'immeuble après la passation de l'acte.

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 »). Ceci ne témoigne-t-il pas également de l'intention du législateur de considérer la réception (provisoire) comme constituant l'étape cruciale avant laquelle une habitation ne peut être considérée comme achevée au sens de la loi ?

Si la formule employée par la Cour de cassation nous paraît critiquable, encore la cour d'appel aurait-elle pu, en fonction des circonstances propres, considérer néanmoins l'immeuble achevé et, partant, écarter l'application de la loi Breyne. En effet, en droit commun de la construction comme en matière de loi Breyne, l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage est présumé agréer les travaux, lorsqu'il occupe ou utilise le bien ; cette dernière présomption est réfragable, l'acquéreur pouvant la renverser en apportant une preuve contraire. Or, subordonner l'octroi de la réception à l'entier parachèvement des travaux et à l'absence de toute défectuosité s'avère abusif, dès lors que les malfaçons sont de peu d'importance et ne compromettent pas l'usage du bâtiment. Le constat de l'achèvement des travaux – c'est-à-dire selon nous la réception provisoire – s'accommode donc de la possibilité, en cas de défauts ou imperfections mineures, d'acter des réserves faisant état de ceux-ci.

Dès lors, en l'espèce, n'était-ce pas d'imperfections mineures dont il était question, dans la mesure où les copropriétaires avaient confirmé, par une mention contenue dans leurs actes authentiques respectifs, que le promoteur n'était plus tenu à aucune obligation à leur égard postérieurement à la signature de l'acte (l'immeuble étant donc achevé) et où seul l'un d'entre

eux avait opéré une retenue sur le prix de vente, minime au regard du prix total convenu⁴⁴ ?

2. Bien que n'étant pas exempt de toute critique, cet arrêt de principe de la Cour de cassation a depuis été appliqué à plusieurs reprises par les cours et tribunaux.

Ainsi, dans un arrêt prononcé le 27 février 2020⁴⁵, la cour d'appel de Bruxelles reprend à son compte la définition énoncée par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mai 2012. En l'espèce, la réception provisoire des travaux avait eu lieu entre la date de la signature du compromis de vente et la passation de l'acte authentique. Cependant, alors que le solde du prix avait été payé lors de la passation de l'acte, certains travaux avaient été reportés après celle-ci. Le promoteur considérait qu'il s'agissait de travaux « mineurs », de telle sorte que l'immeuble était, selon lui, dans un état d'habitabilité normal au moment de la signature de l'acte notarié. La cour d'appel considéra, au contraire, que les travaux reportés étaient bel et bien nécessaires à l'habitabilité du bien (placement de la cuisine, de l'escalier extérieur, de la rampe d'escalier, de certains appareils sanitaires, du carrelage de la salle de douche, etc.). La loi Breyne fut dès lors déclarée applicable.

3. La position retenue par la Cour de cassation semble également avoir été appliquée par la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 20 mars 2017⁴⁶. En l'espèce, le litige concernait 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, d'une valeur de 50 000 euros environ, étaient compris dans le prix de vente; une retenue de 10 000 euros sur le prix de vente total avait été effectuée afin de garantir la finalisation de ces travaux.

Se basant sur la précision fournie par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mai 2012 (« la construction d'un immeuble est achevée lorsque le degré de finition des travaux est tel que l'habitabilité normale de l'immeuble est

⁴⁴ Enfin, une question demeure: en quoi l'application de la loi Breyne présentait-elle en l'espèce un intérêt pour les parties? En effet, les copropriétaires fondaient leur action – semble-t-il – sur la responsabilité décennale d'ordre public des entrepreneurs et architectes (art. 1792 et 2270 anc. C. civ.). Malgré l'inapplicabilité de la loi Breyne (selon les déclarations contenues dans les actes de vente), les parties, dérogeant au droit commun, avaient prévu dans les actes que les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil demeuraient applicables au vendeur. Dans la mesure où les copropriétaires se plaignaient en l'espèce de malfaçons postérieures à leur acquisition (et non d'un défaut d'achèvement à l'époque de la signature des actes), le recours à la loi Breyne, vu la présence dans l'acte de la clause précitée, ne nous semblait pas constituer une condition nécessaire à l'examen de la demande de condamnation du promoteur à réparer les vices de construction et, avant-dire droit, à la désignation d'un expert judiciaire chargé d'éclairer le tribunal sur l'existence et l'ampleur de ceux-ci.

⁴⁵ Bruxelles, 27 février 2020, *Res. jur. imm.*, 2020, p. 110.

⁴⁶ Anvers, 20 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 377.

assurée»), la cour d'appel considère que la loi Breyne n'est pas applicable, dans la mesure où l'immeuble se trouve dans un état d'habitabilité normal au moment de la signature du compromis de vente. Ce faisant, la cour suit l'enseignement de la Cour de cassation.

Par ailleurs, la cour d'appel vérifie également si la convention ne pouvait entrer dans le champ d'application de la loi Breyne au regard de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi, qui vise les opérations de vente d'immeuble à rénover ou à agrandir. La cour, constatant que le montant retenu sur le prix de vente est bien inférieur à 80 % du prix de vente, en conclut que le seuil visé à l'article 1^{er}, § 5, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 (qui permet de déclencher l'application de la loi Breyne en présence d'une vente d'un immeuble en état futur de rénovation) n'est pas atteint⁴⁷.

4. C'est également le caractère habitable de l'appartement au jour de la signature de l'acte authentique qui permet au tribunal de première instance de Flandre orientale (division Gand), dans un jugement du 8 février 2016⁴⁸, de considérer que la loi Breyne n'est pas applicable à la relation contractuelle. En l'espèce, les compromis de vente des appartements vendus en cours de construction ne prévoyaient pas le paiement d'un acompte (à la différence des compromis concernant les unités de commerce), la totalité du prix étant payable à l'acte authentique, après achèvement des travaux: la loi Breyne ne s'appliquait donc pas au jour du compromis⁴⁹. Les acquéreurs faisaient toutefois état du fait qu'au jour de la signature de l'acte notarié, certaines prestations restaient à réaliser par le promoteur, de sorte que la loi Breyne devait s'appliquer à ce moment.

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

⁴⁷ Si ce seuil avait été dépassé (et que le prix total des travaux de transformation ou d'agrandissement avait bien été supérieur à 18 600 euros), la loi Breyne aurait-elle été applicable? Il n'en est pas certain: l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi précise que la loi s'applique à la convention ayant pour objet un transfert de propriété et portant engagement de transformer ou d'agrandir une maison ou un appartement et que « [...] en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer un ou plusieurs versements avant l'achèvement de ces travaux ». Or, dans son arrêt du 4 mai 2012, la Cour de cassation précise 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 ». Si la Cour définit ainsi ce qu'il convient d'entendre par « achèvement de la construction d'un immeuble », cette définition nous semble s'appliquer aussi à « l'achèvement de la transformation ou de l'agrandissement d'un immeuble », qui constitue l'hypothèse couverte par l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi.

⁴⁸ Civ. Flandre orientale, div. Gand, 8 février 2016, *T.B.O.*, 2016, p. 472.

⁴⁹ Dans une telle configuration, la loi Breyne n'est donc pas applicable, puisque l'acquéreur n'est pas tenu d'effectuer des versements avant 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. Partant, l'action des acquéreurs à raison des vices et malfaçons affectant l'immeuble ne pouvait pas se fonder sur les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil, mais bien uniquement sur la garantie des vices cachés du vendeur (laquelle doit être initiée à « bref délai » après la découverte du vice⁵⁰, ce qui faisait l'objet d'une contestation en l'espèce).

10. Notion de « versement » au sens de l'article 1^{er} de la loi Breyne. Pour que la loi Breyne soit applicable, il est exigé que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage soit, en vertu de la convention, tenu de procéder à des versements avant l'achèvement de l'immeuble. Ainsi, lorsqu'une convention remplit toutes les conditions énoncées par la loi, mais qu'aucun paiement ou versement n'est effectué par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage avant l'achèvement de l'habitation à construire, la loi n'est pas applicable à la convention⁵¹.

Dans un arrêt du 27 octobre 2008⁵², concernant des défauts apparus cinq ans après la vente d'un appartement en cours de construction, la cour d'appel d'Anvers a déclaré la loi inapplicable au motif que, « sauf l'acompte », la totalité du prix devait être payée par l'acquéreur lors de la réception provisoire de l'appartement, sous déduction d'une petite retenue, à payer par l'acquéreur lors de la réception de l'immeuble dans son ensemble. Cet arrêt prête selon nous le flanc à la critique: au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi, rentre dans le champ d'application de la loi toute opération par laquelle le client est tenu d'effectuer « un ou des versements » avant l'achèvement. Partant, tenu au paiement de l'acompte avant l'achèvement, l'acquéreur nous paraissait devoir bénéficier des protections établies par la loi. Comme le relève cependant la Cour à juste titre, l'application de la loi n'aurait rien changé en l'espèce. En effet, le litige concernait la découverte de défauts cachés postérieurement à la réception; dans la mesure où ceux-ci ne portaient pas atteinte à la solidité ou à la stabilité du bâtiment, ils ne pouvaient être considérés comme des vices graves au sens des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil; dès lors, même en bénéficiant de la loi, l'acquéreur n'aurait pas pu profiter, pour de tels désordres, de l'extension au promoteur-vendeur du régime

⁵⁰ Sur l'exigence de bref délai, voy. B. KOHL et Fr. ONCLIN, « L'exigence du "bref délai" dans l'action en garantie contre les vices cachés », *op. cit.*, pp. 560-564.

⁵¹ Voy. p. ex. Anvers, 27 octobre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 249; Gand, 4 février 1988, *R.W.*, 1990-1991, p. 1203; Civ. Flandre orientale, div. Gand, 8 février 2016, *T.B.O.*, 2016, p. 472 (commenté ci-avant); Civ. Bruges, 18 mars 1980, *Res jur. imm.*, 1980, p. 209.

⁵² Anvers, 27 octobre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 24.

de la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes, organisée par l'article 6 de la loi⁵³.

Le même reproche peut être formulé à l'égard d'un arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles le 11 décembre 2008⁵⁴. Dans cette affaire, l'une des critiques adressée par les copropriétaires aux notaires consistait dans le fait de ne pas s'être préoccupés de l'existence ou de l'absence de la garantie d'achèvement que la loi Breyne impose au promoteur de constituer, ni de l'attestation établie par un architecte relative à l'état d'avancement des travaux et au montant des ouvrages exécutés, devant être remise au notaire lors de la passation de l'acte authentique. Après avoir constaté qu'au moment de la signature des actes authentiques relatifs à ces lots, l'immeuble n'était pas achevé, la cour estima cependant que, dans la mesure où le prix des biens achetés avait été payé entièrement au moment de la passation de l'acte authentique, la loi Breyne ne s'appliquait pas à ceux-ci. Procédant de la sorte, la cour d'appel ne nous paraît pas justifier à suffisance son raisonnement: dès que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage est amené à procéder à un paiement avant l'achèvement, le respect de la loi s'imposera pour le promoteur immobilier. À cet égard, le moindre paiement effectué avant l'achèvement entraîne l'application de la loi. Partant, il semble difficile de suivre la cour d'appel lorsqu'elle énonce, certes de manière incidente, que si, pour trois appartements, « un acompte (de 5 ou 10 %) avait été versé antérieurement par les acquéreurs, il ne peut être admis que cette pratique usuelle qui se rencontre dans l'immense majorité, sinon la totalité, des ventes immobilières, ait, par elle seule, pu avoir pour effet de faire entrer les ventes concernées dans le champ d'application de la loi Breyne, sous peine de donner à celui-ci une interprétation trop extensive et donc excessive ». Le paiement d'un acompte *avant l'achèvement* de l'immeuble par le promoteur suffit pourtant à rendre la loi applicable au contrat, même si, entre le moment du paiement de cet acompte et le constat de l'achèvement, le promoteur réalise

⁵³ En l'espèce, l'action de l'acquéreur se fondait par conséquent sur la garantie des vices cachés de la vente, organisée aux articles 1641 et suivants de l'ancien Code civil. Constatant que les premiers problèmes d'infiltration étaient apparus en janvier 2002 et que la citation n'avait été signifiée que dans le courant du mois d'octobre 2002, la cour d'appel, prenant en compte les tentatives de conciliation et la période des vacances judiciaires, estima, à la différence du premier juge, que l'action contre le promoteur-vendeur avait bien été introduite endéans le « bref délai » énoncé à l'article 1648 de l'ancien Code civil. En revanche, l'action initiée par l'acquéreur contre l'architecte et l'ingénieur sur la base du contrat d'entreprise, transmise avec le bien à titre d'accessoire (art. 1615 anc. C. civ.) fut déclarée tardive, dans la mesure où elle avait été introduite pour la première fois par voie de conclusions le 17 mai 2006, soit plus de quatre ans après la découverte du vice. La Cour de cassation a en effet précisé, en matière de contrat d'entreprise, que l'action en responsabilité pour vices cachés véniels doit être introduite en *temps utile* par le maître de l'ouvrage, à partir du moment auquel il a découvert le vice (Cass., 8 avril 1988, *Entr. et dr.*, 1989, p. 301, obs. S. DE COSTER; Cass., 15 septembre 1994, *R. W.*, 1995-1996, p. 454; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX).

⁵⁴ Bruxelles, 11 décembre 2008, *Rev. not. b.*, 2012, p. 117, note B. KOHL.

ou fait réaliser l'immeuble sans procéder à d'autres appels de fonds auprès de son ou de ses clients⁵⁵.

11. Application de la loi aux contrats d'échange. Pour que la loi Breyne soit applicable, il est exigé que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage soit, en vertu de la convention, tenu de procéder à des versements avant l'achèvement de l'immeuble. Ainsi, lorsqu'une convention remplit toutes les conditions énoncées par la loi, mais qu'aucun paiement ou versement n'est effectué par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage avant l'achèvement de l'habitation à construire, la loi n'est pas applicable à la convention.

Un arrêt prononcé par la cour d'appel de Gand le 31 janvier 2008⁵⁶ et un jugement rendu par le tribunal de première instance de Gand le 7 avril 2009⁵⁷ permettent de faire le point sur la question, controversée, de l'application de la loi Breyne aux contrats d'échange.

L'opération d'échange par un propriétaire d'un bien immeuble existant contre la propriété d'un immeuble à construire est relativement fréquente; elle permet par exemple au propriétaire d'un terrain, contacté par un promoteur immobilier en vue de l'érection sur sa parcelle d'un immeuble à appartements d'échanger la propriété de ce terrain contre un ou plusieurs appartements dans l'immeuble à construire. Dans ce cas, l'opération s'organise généralement par la cession par le propriétaire de son terrain nu, à l'exception des quotités de droits dans le sol afférentes aux appartements à construire qu'il conservera, tout en renonçant à l'accession sur ces quotités. En échange, le promoteur immobilier cède au propriétaire les appartements (encore à ériger) qui lui reviennent, dont il aura la propriété grâce à la renonciation à l'accession du propriétaire sur les quotités afférentes à ces appartements. L'avantage pour le promoteur est qu'il obtient un droit de copropriété sur le terrain, lui évitant ainsi de devoir requérir du propriétaire l'exécution d'une obligation de céder ses quotes-parts dans le terrain lors de la vente de chaque appartement résidentiel aux tiers acquéreurs⁵⁸.

⁵⁵ Sur les modalités du paiement, voy. B. KOHL, «Le paiement du prix dans la loi Breyne», in L. ROUSSEAU (dir.), *La loi Breyne, op. cit.*, pp. 43 et s.

⁵⁶ Gand, 31 janvier 2008, *R.W.*, 2011-2012, p. 275.

⁵⁷ Civ. Gand, 7 avril 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 754; *T. Not.*, 2010, p. 156; *Entr. et dr.*, 2010, p. 156, note B. KOHL. Les lignes qui suivent reproduisent notre commentaire sous cette décision.

⁵⁸ Plutôt que de céder son terrain dans le cadre d'un échange, le propriétaire du fonds a la possibilité d'uniquement renoncer partiellement au mécanisme de l'accession immobilière. En renonçant à l'accession, le propriétaire accepte de ne plus être présumé propriétaire des constructions construites sur son terrain par le promoteur immobilier. S'établit dans ce cas un droit de superficie au profit du promoteur (voy. Cass., 19 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1165). Dans une telle opération, le propriétaire du fonds renonce donc à l'accession, à l'exception des quotes-parts de droits dans le sol afférentes aux appartements qui seront sa propriété. Puisque le propriétaire conserve dans ce cas la propriété d'une partie du terrain intéressant le promoteur immobilier, la convention de promotion immobilière contient également son engagement de vendre aux acquéreurs finaux et au promoteur les quotités en copropriété et en indivision forcée de son terrain qui sont, aux termes de l'acte de base, rattachées aux parties privatives autres que celles dont il reste propriétaire.

Dans la première affaire, les parties avaient ainsi signé le 5 juillet 2000 un contrat de vente aux termes duquel deux propriétaires avaient vendu à un promoteur 865/1000^{es} d'un terrain – sur lequel était érigé un immeuble à détruire –, pour un prix de 519.879,43 euros. Ce prix devait être payé, d'une part en espèces (à concurrence de 421.418,99 euros, dont 12.394,68 euros avaient été payés à titre d'acompte) et d'autre part, par la construction et la livraison d'un appartement et d'un garage au rez-de-chaussée, auxquels correspondaient respectivement 120/1000^{es} et 15/1000^{es} dans les parties communes d'un immeuble à appartements à construire sur le terrain. Le même jour, les parties avaient signé un contrat d'entreprise portant sur la construction de l'appartement et du garage, pour la somme de 89.460,44 euros à payer par les deux propriétaires initiaux. L'un des propriétaires, ne souhaitant plus poursuivre l'opération, concluait à la nullité des conventions conclues sous seing privé en raison de leur contrariété aux dispositions impératives de la loi Breyne.

Dans la seconde affaire, le promoteur immobilier s'était fait remettre par des particuliers un immeuble à usage de commerce et s'engageait à le détruire pour reconstruire à la place un immeuble à appartements; en échange du terrain sur lequel se trouvait l'immeuble à détruire, les co-permutants recevaient en retour deux appartements dans le nouvel immeuble, ainsi que quatre garages. Le contrat était conclu sous la condition suspensive de l'obtention du permis d'urbanisme nécessaire à l'érection du nouvel immeuble. Un peu plus de trois mois après la signature du contrat d'échange sous seing privé, les propriétaires de l'immeuble de commerce avaient cependant signé avec un tiers acquéreur un compromis de vente portant sur le même immeuble, lequel fut ensuite authentifié par acte notarié. Le promoteur immobilier réclamait des dommages et intérêts aux co-permutants, en invoquant l'inexécution par ces derniers des obligations résultant du contrat d'échange. Pour leur défense, ceux-ci concluaient à la nullité dudit contrat d'échange, en raison de sa contrariété à la loi Breyne. Le contrat péchait en effet par l'absence de plusieurs des mentions prévues à l'article 7 de la loi.

Dans ces deux affaires, la loi Breyne fut déclarée applicable à l'opération.

Le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles confirme cette jurisprudence dans un jugement du 17 mars 2017⁵⁹. En l'espèce, un promoteur souhaitait construire un immeuble à appartements sur un terrain appartenant à un couple de propriétaires; le terrain avait toutefois été divisé par les propriétaires en trois lots distincts, le permis de lotir autorisant la construction sur ces trois lots de trois maisons d'habitation unifamiliales. Le promoteur et les propriétaires du terrain s'étaient entendus et avaient signé une «déclaration d'intention» aux termes de laquelle (i) le promoteur recevait l'autorisation d'introduire une demande de permis d'urbanisme pour la construction d'un immeuble à appartements

⁵⁹ Civ. Bruxelles, 17 mars 2017, *T.B.O.*, 2018, p. 60.

sur le terrain des cocontractants, et (ii) les propriétaires s'engageaient, lors de l'obtention du permis de bâtir, soit à céder le terrain au promoteur pour un prix de 400.000,00 euros, soit à le lui céder en échange d'un appartement de même valeur dans le complexe résidentiel que le promoteur s'engageait à construire une fois le permis obtenu.

Quelques semaines plus tard, le couple de propriétaires avait toutefois émis le souhait de se délier de cette déclaration d'intention et indiquait notamment que le permis de lotir n'autorisait que la construction de trois habitations et non pas d'un immeuble à appartements; les propriétaires se plaignaient également qu'aucun projet concret n'avait été encore préparé par le promoteur immobilier et constataient qu'aucune demande de permis de bâtir n'avait été introduite. En réponse, le promoteur avait cité les propriétaires en justice afin de les contraindre (i) à procéder à la signature d'une demande de modification des prescriptions du permis existant, (ii) à ne pas s'opposer, sous peine d'astreinte, à l'introduction par le promoteur d'une demande de permis de bâtir concernant leur terrain et (iii) à passer l'acte authentique de cession de leur terrain, sous peine d'astreinte, dans les trois mois de l'obtention d'un permis de bâtir définitif.

Dans son jugement, le tribunal constate que la déclaration d'intention signée par les parties s'apparente à un contrat visant au transfert de la propriété d'un appartement à construire en échange du transfert de la propriété d'un terrain. Le tribunal considère qu'il s'agit d'une convention qui entre dans le champ d'application de l'article 1^{er} de la loi Breyne, la notion de «versement» visée par cet article devant être interprétée largement et ne visant dès lors pas uniquement le paiement d'une somme d'argent.

En effet, il semblerait dangereux d'écarter la protection de la loi Breyne pour le consommateur, propriétaire d'un terrain, qui l'échange contre un appartement à construire: «[...] plus que tout autre, ce particulier risque gros. Si l'entrepreneur tombe en faillite, il perdra tout. Il n'aura pas droit à son appartement, puisque celui-ci ne sera pas construit et risque de ne jamais l'être. Il ne pourra par ailleurs pas récupérer son terrain, puisque celui-ci appartiendra en vertu de l'échange à l'entrepreneur et fera partie de la masse faillie»⁶⁰. D'une manière générale, la doctrine considère donc que le contrat d'échange d'un terrain (ou l'échange d'un appartement dans un immeuble existant à détruire avant reconstruction) contre un appartement à construire doit respecter les conditions de forme et de fond de la loi Breyne⁶¹: sans être une vente, un tel contrat emporte transfert de la propriété d'une habitation

⁶⁰ D. PATART, «Questions d'actualité en matière de loi Breyne», *op. cit.*, p. 299.

⁶¹ Voy. dans ce sens, entre autres, B. KOHL, «La loi Breyne», in C. DELFORGE *et al.* (dir.), *La vente. Commentaire pratique*, Waterloo, die Keure, 2008, n° 10; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 18; S. DE COSTER, «Wijzigingen aan de Wet Breyne door de Wet van 3 mei 1993», *R.W.*, 1993-1994, pp. 1001 et s., spéc. p. 1003; M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, 2000, p. 21; A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, *op. cit.*, p. 50; R. TIMMERMANS, *Privaatrechtelijke aspecten koop van appartementen. Koop op plan, doorverkoop*

à construire, ce qui répond à l'exigence de l'article 1^{er} de la loi Breyne. C'est donc à bon droit que le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles procède dans son jugement à l'annulation de cette déclaration d'intention en raison de la violation de la loi Breyne.

L'attention des notaires doit dès lors être attirée sur cette jurisprudence récente, source de nouvelles responsabilités. Dans son jugement du 7 avril 2009, le tribunal de première instance de Gand ne semble en effet pas écarter un possible manquement du notaire à son devoir d'information et de conseil (art. 9 de la loi de Ventôse an XI); en l'espèce cependant, le dommage subi par le promoteur immobilier – qui avait vu le projet lui échapper par la revente du bien à un tiers par les propriétaires plus de quatre mois après la signature des conventions – résultait uniquement de la nullité de la convention, imputable selon le tribunal à la seule faute du promoteur.

Demeure toutefois la question du respect, dans ce cas, de l'article 10 de la loi, qui précise les strictes modalités de paiement du prix pour les conventions qui entrent dans son champ d'application. Une adaptation de la loi paraîtrait bienvenue, pour tenir compte de la situation particulière du contrat d'échange. En effet, le contrat d'échange prévoit parfois le versement d'une soulte, étant la somme d'argent que le co-permutant qui donne une chose de moindre valeur verse à l'autre pour équilibrer les prestations. Dès lors, l'article 10 de la loi devrait, selon nous, être adapté pour tenir compte de cet élément. Il pourrait ainsi être aisément prévu, par analogie avec la règle de principe, qu'en cas de convention ayant pour objet l'échange de la propriété ou de droits réels portant sur un terrain ou un immeuble contre la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction, la soulte éventuelle ne pourrait être exigible, à dater de la passation de l'acte authentique, qu'à partir du moment où le coût des ouvrages exécutés dépassera la valeur de la propriété ou des droits réels portant sur le terrain ou sur l'immeuble échangé, par tranches, les tranches ne pouvant toutefois dépasser le coût des ouvrages exécutés⁶².

12. Contrats portant sur la vente à construire de « gros œuvre fermés » ou de « lofts ». La loi ne s'appliquera que si le promoteur ou l'entrepreneur s'engage à réaliser une maison ou un appartement (c'est-à-dire une « habitation ») qui soit habitable⁶³. La loi ne définit pas cette notion d'« habitation », tandis que les travaux préparatoires précisent simplement que cette expression doit

op plan, koop naar gemeen recht, huurkoop, coll. Recht en praktijk, n° 68, Malines, Kluwer, 2012, pp. 31-32; D. PATART, « Questions d'actualité en matière de loi Breyne », *op. cit.*, p. 297.

⁶² Voy. B. KOHL, « Propositions portant modifications de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction », in X., *Suggestions de lois faites au législateur en matière notariale. Un état de difficultés rencontrées dans la pratique notariale. Pistes de solutions*, *op. cit.*, pp. 154-156.

⁶³ L'exigence d'habitabilité est contenue à l'article 7, alinéa 1^{er}, e, de la loi.

s'interpréter « dans le sens où ce terme s'entend communément »⁶⁴, c'est-à-dire les immeubles destinés au logement d'une famille composée d'une ou plusieurs personnes : comme le relève P. Rigaux, un immeuble doit être considéré comme étant à l'usage d'habitation dès qu'il comporte les locaux nécessaires pour un séjour habituel permettant « de satisfaire aux besoins fondamentaux inhérents à ce séjour : la préparation de la nourriture et le repos »⁶⁵.

Sans même qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur la notion d'« habitabilité normale », visée aux articles 7, e), et 9 de la loi⁶⁶, l'interprétation de l'article 1^{er} de la loi suffit à conclure que ne peut être considéré comme une « habitation » l'immeuble qui, à l'issue des prestations promises par le professionnel ne peut pas encore être habité par le client de ce dernier⁶⁷. C'est ainsi que la loi ne s'appliquera pas aux contrats ayant pour objet la réalisation d'un gros œuvre fermé ou des seuls travaux de maçonnerie⁶⁸. Ceci explique aussi que les contrats portant sur la construction de lofts ou sur la vente d'immeubles avec engagement du promoteur de les transformer en lofts, sortent du champ d'application de la loi, lorsque les travaux nécessaires à l'habitabilité normale ne sont pas réalisés par le promoteur⁶⁹.

Ce principe est notamment rappelé *a contrario* dans la période commentée par un arrêt de la cour d'appel de Gand du 12 juin 2009⁷⁰ : il ressortait en l'espèce du contrat de vente (tant du compromis que de l'acte authentique) que le promoteur ne prenait pas l'engagement d'achever l'immeuble, l'appartement étant vendu « *casco* » : les prestations du promoteur se limitaient au gros œuvre (fermé), aux travaux de plafonnage et aux chapes, ce qui ne permettait pas de constater l'existence d'un engagement de livrer un appartement « habitable ».

⁶⁴ Voy. à ce sujet J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁵ P. RIGAUX, note sous Comm. Bruxelles, 6 janvier 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 212.

⁶⁶ Comme le relève L. Rousseau, « l'article 7, e), de la loi [...] précise que le prix de vente "englobe tous les travaux nécessaires à l'habitabilité normale", les travaux préparatoires précisant à cet égard qu'il s'agit de la même notion que celle figurant à l'article 1^{er} de la loi » (L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 51). Quant à l'article 9 de la loi, il s'énonce comme suit : « La réception définitive de l'ouvrage ne peut avoir lieu qu'après qu'il se soit écoulé un an depuis la réception provisoire, et pour autant qu'il ait déjà été procédé à la réception définitive des parties communes, y compris les accès, de telle sorte qu'une habitabilité normale soit assurée ».

⁶⁷ *A contrario*, dès que le professionnel promet de vendre, de construire, de faire construire ou de procurer un immeuble habitable (même si certaines finitions demeurent ensuite à charge de son client – pour autant qu'elles ne soient pas d'une telle nature qu'elles puissent empêcher le client du promoteur d'habiter l'immeuble dès les prestations de ce dernier accomplies), la loi Breyne devra trouver application.

⁶⁸ Voy. Civ. Namur, 11 avril 1978, *R.R.D.*, 1978, p. 589.

⁶⁹ L'exigence d'habitabilité est contenue à l'article 7, alinéa 1^{er}, e, de la loi.

⁷⁰ Gand, 12 juin 2009, *NjW*, 2010, p. 253, note R.S.

Les mêmes principes sont appliqués dans un jugement prononcé par le juge de paix du canton d'Audernarde le 1^{er} avril 2010⁷¹. En l'espèce, 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, § 3, alinéa 1^{er}, 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. 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, ceux-ci devant toutefois obtenir l'accord de l'ingénieur du projet pour la réalisation de certains travaux d'achèvement limitativement énumérés. Comme le relève à bon droit le juge de paix, il n'y avait, en l'espèce, 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.

En d'autres termes, la loi n'était pas applicable (même si les parties en avaient reproduit certaines de ses dispositions dans leur contrat) et le promoteur ne pouvait se voir reprocher d'avoir, lors de la signature de l'acte authentique de vente, perçu de l'acquéreur le prix total, et non une partie correspondant à la valeur de la quote-part de terrain et des constructions déjà érigées à ce moment⁷².

En revanche, la cour d'appel de Mons conclut à tort à la solution inverse dans un arrêt du 14 janvier 2009⁷³. Dans cette affaire, les prestations du promoteur se limitaient à (l'assistance à la) fourniture d'un ouvrage « gros œuvre fermé », puisqu'un budget important devait encore être consacré par les deux clients du promoteur à la pose du chauffage, de l'électricité, de la plomberie ainsi que des autres parachèvements. Malgré ce constat, la Cour procéda à l'annulation du contrat, les mentions obligatoires énoncées à l'article 7 de la loi Breyne ne figurant pas dans le contrat. Cet arrêt est critiquable, car la loi Breyne n'est pas d'application lorsque l'entrepreneur n'assume que le gros œuvre de l'habitation et, le cas échéant, quelques parachèvements, mais sans prendre la responsabilité de la totalité de la construction jusqu'à la livraison d'un immeuble habitable.

⁷¹ J.P. Audernarde, 1^{er} avril 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 44, note C. ENGELS.

⁷² La loi Breyne ne pouvait, en outre, être invoquée par les copropriétaires pour interdire au promoteur de participer, à concurrence des quotes-parts relatives aux appartements de l'immeuble dont il demeurait propriétaire, à la délibération de l'assemblée générale des copropriétaires amenée à statuer sur la décision d'accorder au promoteur la réception définitive des parties communes de l'immeuble.

⁷³ Mons, 14 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2012, p. 32, note B. KOHL.

La jurisprudence se prononce du reste habituellement en ce sens. Ainsi, dans un arrêt du 13 octobre 2003⁷⁴, la même cour d'appel de Mons avait déjà relevé que les dispositions impératives de la loi Breyne n'étaient pas éludées lorsque les maîtres de l'ouvrage procèdent eux-mêmes aux travaux de nivellement, mettent en œuvre le béton de fondation fourni par l'entrepreneur et exécutent eux-mêmes le cimentage de la maçonnerie élevée par ce dernier. En outre, dans le cas soumis à la cour, l'entrepreneur, qui avait réalisé la partie la plus importante du gros œuvre fermé et de l'installation sanitaire, ne s'était pas chargé des travaux relatifs à l'installation de l'électricité et du chauffage, ni aux travaux de pavement et de carrelage. De même, le tribunal de première instance de Nivelles a décidé, dans une affaire similaire, d'écarter l'application de la loi Breyne pour le motif qu'« outre certains parachèvements (peinture, tapissage, vernissage), la convention ne prévoyait pas la fourniture ni le placement d'une fosse septique, ni 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 »⁷⁵.

13. Scission artificielle de l'opération en plusieurs contrats distincts. La loi Breyne s'applique également aux contrats d'entreprise générale de construction « clé sur porte », pour autant que l'entrepreneur s'engage, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, pour la totalité de l'opération de construction de l'habitation à réaliser sur le terrain du maître de l'ouvrage. En revanche, la loi Breyne n'est pas d'application lorsque l'entrepreneur n'assume que la réalisation de certains lots, par exemple le gros œuvre de l'habitation, et le cas échéant, certains autres parachèvements, mais sans prendre la responsabilité de la totalité de la construction: la loi ne s'applique pas aux travaux partiels (par exemple lorsque la convention ne concerne que le seul « gros œuvre fermé »⁷⁶). À cet égard, 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 part⁷⁷.

Un jugement prononcé par le tribunal de première instance de Tongres le 19 décembre 2008 en constitue une nouvelle illustration⁷⁸: le tribunal

⁷⁴ Mons, 13 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 49, note K. VANHOVE. Voy. égal. à ce sujet B. KOHL, « Loi Breyne. Contrat d'entreprise », in Y.-H. LELEU (dir.), *Chroniques notariales*, vol. 45, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 175.

⁷⁵ Civ. Nivelles, 22 août 2000 (somm.), *J.L.M.B.*, 2001, p. 391.

⁷⁶ Voy. dans ce sens Gand, 12 juin 2009, *NjW*, 2010, p. 253, note R.S. (*a contrario*); Civ. Namur, 11 avril 1978, *R.R.D.*, 1978, p. 589; Comm. Charleroi, 12 juin 1974, *J.T.*, 1974, p. 532 (*a contrario*). *Contra*, mais à tort: Mons, 14 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2012, p. 32, note B. KOHL.

⁷⁷ Voy. p. ex. Anvers, 18 septembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 139; Civ. Tongres, 19 décembre 2008, *R.C.D.I.*, 2009/2, p. 38.

⁷⁸ Civ. Tongres, 19 décembre 2008, *R.C.D.I.*, 2009/2, p. 38. Voy. égal. antérieurement, entre autres Bruxelles, 25 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 597, note S. MOSSELMANS; Anvers, 18 septembre 2000,

annula l'opération (*negotium*) – non soumise par les parties à la loi – résultant de trois conventions sous seing privé (*instrumentum*), la première portant sur la vente d'un garage et d'une parcelle, la deuxième sur la réalisation du gros œuvre d'un appartement et la troisième sur la réalisation des finitions de ce même appartement.

Un arrêt prononcé par la cour d'appel de Liège le 24 octobre 2013 en constitue une autre illustration⁷⁹ : dans cette affaire, deux conventions avaient été conclues entre un promoteur immobilier et un acquéreur, l'une par laquelle le promoteur vendait à ce dernier un appartement en gros œuvre fermé, dans un bâtiment déjà arrivé à ce stade de construction, pour un prix de 102.000,00 euros hors TVA (un acompte de 5.000,00 euros étant payé à la signature de ce compromis) et l'autre, signée le même jour et entre les mêmes parties, relative aux travaux de finition de l'appartement (pour un montant de 25.000,00 euros). L'acquéreur, après la signature du compromis de vente, avait fait procéder à un examen approfondi par un architecte du gros œuvre fermé faisant l'objet de la vente, lequel avait conclu à l'existence de nombreux vices et malfaçons. Derrière les deux contrats se trouvait manifestement une opération unique visant à procurer un appartement dans son état futur d'achèvement, destiné à être habité. À bon droit, la cour prononça la nullité de la vente et ordonna la restitution de l'acompte, le remboursement à l'acquéreur des frais liés à la préparation de l'acte authentique avorté, ainsi qu'une indemnité *ex æquo et bono* de 250,00 euros pour le « préjudice moral » subi par l'acquéreur : la vente ayant été rescindée par l'effet de la nullité, ce dernier ne pouvait, en effet, prétendre au bénéfice de la clause pénale énonçant une indemnité forfaitaire de 10 % en cas d'absence de passation de l'acte authentique consécutive au manquement de l'une ou l'autre des parties.

Par contre, comme le rappelle la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt prononcé le 4 novembre 2016⁸⁰, la loi n'est pas applicable lorsque l'entrepreneur n'assume pas « la responsabilité de la totalité de la construction ». En l'espèce, certains travaux avaient été spécifiquement exclus de la convention conclue entre l'entrepreneur général et les maîtres de l'ouvrage. Or, si, parmi ces travaux, les revêtements de sol du premier étage et l'installation de la cuisine relevaient certes de travaux de finition (de telle sorte que leur exclusion des prestations confiées à l'entrepreneur ne pouvait suffire à elle seule à écarter l'application de la loi Breyne), il en allait différemment des travaux relatifs à la préparation du terrain (travaux de terrassement), à l'accès à l'habitation et aux raccordements aux réseaux publics pour l'eau, le gaz et l'électricité. Dans son arrêt, la cour d'appel considéra qu'en l'absence de ces éléments, l'on ne pouvait considérer que l'entrepreneur s'était engagé à

R. W., 2002-2003, p. 139; Mons, 13 octobre 2003, R.G.D.C., 2005, p. 49, note K. VANHOVE (*a contrario*); Civ. Nivelles, 22 août 2000 (somm.), J.L.M.B., 2001, p. 391 (*a contrario*).

⁷⁹ Liège, 24 octobre 2013, inédit, *Juridat*, n° F-20131024-5.

⁸⁰ Bruxelles, 4 novembre 2016, inédit, *Juridat*, n° F-20161104-3 (n° de rôle 2013/AR/823).

assumer la responsabilité totale du chantier, de telle sorte que le contrat litigieux ne devait pas, en principe, entrer dans le champ d'application de la loi Breyne. La cour d'appel vérifia cependant l'absence de volonté d'échapper de manière artificielle à la loi, en vérifiant en particulier si un contrat séparé entre l'entrepreneur et les maîtres de l'ouvrage n'avait pas été signé pour la réalisation de ces postes. Dans la mesure où le contrat ne prévoyait pas que les terrassements devaient nécessairement être réalisés par l'entrepreneur et que, en pratique, ils le furent par une autre entreprise, la cour put considérer qu'à la date de la conclusion du contrat, celui-ci ne tombait pas dans le champ d'application de la loi Breyne et qu'il n'en avait pas été artificiellement exclu.

14. Achats de lofts dans un immeuble industriel, avec engagement des acquéreurs de participer à un fonds spécial de l'association des copropriétaires afin de couvrir les frais de transformation ou de rénovation de l'immeuble, à réaliser par la copropriété: fraude à la loi Breyne et responsabilité notariale. La cour d'appel de Gand, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 9 novembre 2017⁸¹ (puis à un arrêt de la Cour de cassation du 18 février 2019⁸²), a été confrontée à une technique de contournement illicite de la loi particulièrement élaborée qui, à notre connaissance, n'avait pas encore été rencontrée par les cours et tribunaux.

En l'espèce, différentes personnes s'étaient portées acquéreuses de plusieurs unités de « lofts » dans un immeuble industriel (fabrique de textile). Ces lofts (et emplacements de parking) étaient, chaque fois, acquis moyennant l'obligation, pour chaque acquéreur, de procéder à la rénovation de l'immeuble avec les autres acquéreurs ou futurs acquéreurs. Les actes authentiques reprenaient d'ailleurs chacun une clause selon laquelle l'association des copropriétaires entreprendrait les travaux de rénovation sous la direction du syndic et avec l'assistance de l'architecte préalablement désigné. Il était, à cet égard, fait référence explicite aux statuts de la copropriété. Chaque acte indiquait que l'acquéreur avait, pour la rénovation des parties communes de l'immeuble industriel « l'obligation de contribuer, avec les autres copropriétaires et en proportion de ses quotes-parts, dans la rénovation de l'immeuble » (les travaux de rénovation des parties privatives restant à charge de chaque acquéreur individuellement). Un fonds de rénovation avait été constitué par le vendeur de l'immeuble, géré par le syndic, et destiné à couvrir le coût de la rénovation (notamment les frais d'études, les honoraires des architectes et ingénieurs, le coût des travaux, etc.). Ce fonds devait continuer à être alimenté, en fonction de l'avancement des travaux, par des provisions à verser par les acquéreurs. Chaque acquéreur s'engageait enfin, au jour de l'acte – outre à procéder au paiement du prix d'achat du loft –, à rembourser au vendeur de l'immeuble une proportion déterminée des montants déjà versés par ledit

⁸¹ Gand, 9 novembre 2017, *R.C.D.I.*, 2018/1, p. 19; *T. Not.*, 2018, p. 128.

⁸² Cass., 18 février 2019, *R.C.D.I.*, 2019/2, p. 20, note R. TIMMERMANS.

vendeur dans ce fonds de rénovation, à concurrence des quotes-parts correspondant au loft acheté. L'acte de base de la copropriété reprenait également différentes clauses précisant le système ainsi mis en place.

Plusieurs copropriétaires s'étaient ensuite adressés au tribunal afin de faire annuler leurs contrats de vente respectifs et, partant, d'obtenir le remboursement du prix de vente et des sommes versées au vendeur au titre de participation au « fonds de rénovation ». La responsabilité des notaires était également mise en cause.

Dans son arrêt, la cour considère d'abord que le vendeur des différents lofts était, en réalité, un promoteur immobilier; en effet, répond habituellement à cette définition la personne qui prend l'initiative et la maîtrise du projet, qui en assume le risque commercial et financier et qui offre une globalisation de différents services menant à la réalisation du programme de construction⁸³. Le vendeur apparaissait en effet sous cette qualité sur son site internet ainsi que dans les dépliants publicitaires annonçant la vente de l'immeuble industriel et sa transformation future en immeuble résidentiel; le vendeur avait demandé et obtenu le permis d'urbanisme, avait désigné l'architecte chargé de la conception et du contrôle de l'exécution des travaux de transformation et de rénovation et avait également désigné le syndic de l'immeuble (ultérieurement remplacé par décision du juge de paix, en raison de son absence d'impartialité à l'égard du vendeur). Les statuts de l'immeuble prévoyaient de surcroît que les travaux de rénovation seraient gérés par le syndic « avec la partie comparante » (c'est-à-dire avec le promoteur). Enfin, même après la constitution de l'association des copropriétaires (agissant comme maître de l'ouvrage des travaux), le représentant du promoteur avait assisté aux différentes réunions de chantier.

Il était donc, en l'espèce, question, non d'une simple opération d'achat-vente d'unités dans un immeuble industriel, mais d'une véritable construction juridique dans laquelle le vendeur devait en réalité assumer le rôle d'un promoteur⁸⁴.

Examinant le rôle dévolu par les statuts à l'association des copropriétaires, la cour d'appel conclut d'abord que, bien que l'article 577-1, § 1^{er}, de l'ancien Code civil autorise celle-ci à procéder à tous travaux concernant les parties communes (à la majorité des trois quarts) ou à reconstruire le bien immeuble (à la majorité des quatre cinquièmes), lesdits travaux ne peuvent consister dans la reconversion complète de l'immeuble: les compétences

⁸³ Il n'existe pas de définition légale du promoteur immobilier. Son activité peut, par ailleurs, s'exercer sous différentes formes et le contrat conclu par le promoteur avec son client peut recevoir diverses qualifications (voy. à ce sujet B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 896-906).

⁸⁴ Il est généralement admis aujourd'hui que l'obligation du promoteur immobilier s'analyse en une obligation de résultat. Cette solution est généralement déduite de l'observation que le promoteur est considéré comme étant un spécialiste chargé d'une mission globale de fournir à son client un bien immeuble, de la même manière que le ferait un vendeur. Elle vaut indépendamment de la qualification contractuelle retenue (B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 906-909).

de l'association des copropriétaires peuvent certes être étendues par les statuts, mais uniquement à condition de respecter la spécialité de l'association, c'est-à-dire sa finalité légale⁸⁵, à savoir la conservation et l'administration de l'immeuble. Or, à l'examen des statuts, cette finalité légale était, selon la cour, largement dépassée, tandis que le syndic se voyait confier un rôle dépassant ses attributions légales, et s'apparentant à celles d'un promoteur immobilier ou d'un coordinateur de travaux.

La création du « fonds de rénovation » posait également question : le fonds de réserve et le fonds de roulement (qui sont expressément prévus à l'article 577-11, § 5, 2°, de l'ancien Code civil) ne sont à la disposition de l'association des copropriétaires que pour accomplir les missions relevant de sa spécialité légale, et ne peuvent être utilisés pour la réalisation complète de l'immeuble. La constitution de ce troisième fonds – d'une durée temporaire – dépassait donc le cadre de la mission légale de l'association des copropriétaires. En outre, les statuts prévoyaient la possibilité, pour le vendeur-promoteur, d'apporter des modifications aux statuts afin de refléter les éventuelles modifications à la composition et à la division de l'immeuble industriel en différents lots (et parties communes). Ceci était également contraire au droit de la propriété par appartements, qui réserve cette compétence à l'association des copropriétaires.

Enfin, dans son arrêt, la cour d'appel constate que toute cette construction juridique avait, en réalité, pour but d'échapper aux dispositions impératives de la loi Breyne : le « promoteur » ne se limitait pas à vendre un loft *casco* ; la totalité de l'immeuble (parties communes et privatives) devait être transformée suivant les plans du promoteur, qui, via l'association des copropriétaires, conservait la totalité du projet dans ses mains, tant au travers de sa présence sur le chantier que par ses contacts avec le syndic, l'architecte et les entrepreneurs qu'il avait désignés. Les parties privatives, certes financées par les acquéreurs sur leurs fonds propres, devaient également être réalisées sur la base des plans de l'architecte, et avec les entreprises choisies par le promoteur, de sorte que les acquéreurs n'avaient aucun libre choix à cet égard.

La cour constate que l'obligation des acquéreurs de participer au « fonds de rénovation », fait courir le risque du préfinancement sur ceux-ci, alors que l'entreprise choisie par le promoteur, et avec laquelle l'association des copropriétaires, par l'entremise du syndic (choisi aussi par le promoteur) était tenue de contracter, ne fournissait pas la garantie d'achèvement prévue par l'article 12 de la loi Breyne. De même, les dispositions de la loi concernant le transfert de la propriété et le transfert des risques (art. 5) étaient contournées par la mise en place de cette opération juridique complexe.

⁸⁵ Voy. D. VAN GERVEN, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht. IV. Rechtspersonen*, Deel I. *Rechtspersonen in het algemeen*, Malines, Kluwer, 2007, p. 384 (cité par la cour).

De surcroît, la cour considère que les conventions de vente des unités «casco» étaient dépourvues d'un prix déterminable, les acquéreurs étant dans l'impossibilité, lors de la signature de la convention, de déterminer le prix total de leur acquisition, celui-ci étant lié au prix de la rénovation, qu'il n'était pas possible de fixer avec précision à ce moment sur la seule base du permis et des plans mis à disposition des acquéreurs.

En conséquence, les conventions de vente furent annulées par la cour d'appel, le promoteur étant tenu de restituer aux acquéreurs le prix de vente et toutes les sommes avancées par ceux-ci dans le «fonds de rénovation». Les notaires furent également condamnés *in solidum* au paiement de ces sommes, dans la mesure où ils avaient participé à l'élaboration de cette construction juridique illégale et n'avaient même pas averti les acquéreurs du caractère risqué de cet investissement (vu l'absence de maîtrise du coût de la rénovation, auquel ils étaient chacun tenus de contribuer par des versements au «fonds de rénovation»). Les liens étroits entre l'un des notaires instrumentant et le promoteur furent également stigmatisés par la cour d'appel.

Le pourvoi introduit par les notaires contre cet arrêt n'y changea rien : la Cour de cassation, par un arrêt du 18 février 2019⁸⁶, rejeta ce pourvoi, essentiellement pour des motifs tirés de la lecture inexacte que faisaient les demandeurs en cassation de la motivation par la cour d'appel de son arrêt.

Dans une contribution qui prend appui sur l'arrêt prononcé par la cour d'appel et s'inscrivant dans le cadre de sa thèse de doctorat consacrée à «la fraude à la loi», N. Van Damme identifie dans cette décision une application de ce qu'il qualifie comme étant «l'approche externe de la fraude à la loi», combinant ses variantes objective (détournement de la règle de droit invoquée) et subjective (intention frauduleuse). Comme l'explique l'auteur, «l'association des copropriétaires serait, selon la cour d'appel de Gand, détournée de son but [...]. L'association ayant une personnalité juridique distincte de ses membres, dispose d'un patrimoine propre. Cependant, la loi précise expressément que ce patrimoine a une finalité très précise qui ne pourrait être détournée de son but. Ainsi l'article 577-5, § 3, du Code civil prévoit que "L'association des copropriétaires ne peut avoir d'autre patrimoine que les meubles nécessaires à l'accomplissement de son objet, qui consiste exclusivement dans la conservation et l'administration de l'immeuble ou du groupe d'immeubles bâtis" (je souligne). Il en découle que l'association est juridiquement incapable d'agir en dehors de cette finalité précise qui constitue sa spécialité légale. En effet, comme l'indique la cour d'appel, la "conservation et l'administration" de l'immeuble supposent la préexistence de l'immeuble divisé en lots. Ainsi, il existe un "problème de séquence" (*volgtijdelijkheidsprobleem*) lorsqu'est attribué à l'association un pouvoir de conservation et d'administration avant même l'existence de l'immeuble. Plus encore, on peut se demander si une association des copropriétaires au sens de l'article 577-5,

⁸⁶ Cass., 18 février 2019, *R.C.D.I.*, 2019/2, p. 20, note R. TIMMERMANS.

§ 1^{er}, peut exister lorsque l'immeuble n'est pas encore matériellement divisé en lots. En l'espèce, les statuts de copropriété attribuaient à l'association le pouvoir de transformer et de créer l'immeuble tel qu'il serait divisé en lots. Autrement dit, au moment de la vente d'espaces en l'état actuel de l'usine, les lots n'existaient pas encore matériellement. Par conséquent, l'association des copropriétaires était manifestement utilisée en dehors de sa finalité. En effet, l'association et ses pouvoirs en tant que personne juridique distincte et autonome n'existent en réalité que pour un immeuble juridiquement et matériellement divisé en lots préexistants. Ceci n'était pas le cas en l'espèce. L'appel à l'association des copropriétaires est donc inefficace car contraire à son but. La cour d'appel en conclut que la loi sur la copropriété forcée par appartements est violée. Il y a donc, dans sa conception interne, "fraude" à cette loi»⁸⁷.

Partant, bien que le détournement de l'association des copropriétaires de son but et l'ensemble des actes juridiques et des faits de la cause, laissaient transparaître la volonté d'éviter la loi Breyne (étant la variante subjective de la fraude à la loi, c'est-à-dire l'intention frauduleuse), ce constat était, selon N. Van Damme, surabondant pour caractériser la fraude: «[...] il suffisait de constater l'inefficacité de l'utilisation de l'association des copropriétaires, d'une part et, l'applicabilité, selon sa *ratio legis*, de la loi Breyne aux faits de la cause, d'autre part [...] Dans ce cas, la cour d'appel estime que la *ratio legis* de la loi Breyne justifie qu'elle soit applicable en l'espèce. Le non-respect de ses dispositions constitue alors une fraude à la loi en sa conception non autonome, interne. Nul besoin donc d'une quelconque intention frauduleuse»⁸⁸.

15. Contrats de coordination. Durant la période commentée, les cours et tribunaux ont, à nouveau, été contraints de sanctionner l'attitude de certains promoteurs concluant avec leurs clients des contrats dits de «coordination» par lesquels ces promoteurs, n'exécutant aucune prestation matérielle, se limitent à mettre leur client en relation avec différents entrepreneurs spécialisés avec lesquels ce dernier contractera directement; généralement, le promoteur assure pour son client la gestion globale du budget ainsi que certaines démarches administratives ou financières. Ces contrats avec les entrepreneurs sont donc distincts, mais «télégués» par le promoteur⁸⁹. De telles conventions doivent être soumises à la loi Breyne, lorsque la situation factuelle permet de considérer que le promoteur s'est engagé à «procurer un immeuble» à son client⁹⁰. Tel est le cas lorsque le promoteur prend en

⁸⁷ N. VAN DAMME, «L'inutilité de l'intention frauduleuse dans la théorie de la fraude à la loi. La fraude à la loi "Breyne" par détournement de l'association des copropriétaires», *R.G.D.C.*, 2019, p. 23.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁸⁹ Voy. D. PATART, «Questions d'actualité en matière de loi Breyne», *op. cit.*, p. 305.

⁹⁰ Voy. sur ce point récemment, Bruxelles, 29 mars 2002, *R.J.L.*, 2002, p. 221; Anvers, 11 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 544; voy. entre autres sur cette question A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De*

charge la direction effective du projet et offre un ensemble de services durant les différentes phases du processus de construction de l'habitation, tels que la recherche d'un architecte ou (l'assistance à) la conclusion du contrat avec un architecte, la commande de projets, le calcul du prix, les actes nécessaires à l'obtention du permis d'urbanisme ou du prêt demandé par le *maître de l'ouvrage*, la recherche d'entrepreneurs, la rédaction des contrats, la coordination des travaux ou encore la répartition des sommes entre les différents entrepreneurs⁹¹.

Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Mons du 6 janvier 2014⁹², le promoteur avait signé avec son client différentes conventions qu'il entendait qualifier de « mandats », alors qu'il s'agissait en réalité d'une promotion immobilière qualifiée d'« occulte » par la cour : selon la cour, il apparaissait en effet, « malgré les précautions terminologiques prises par [le promoteur], que son engagement était bien de procurer un immeuble destiné à [son client] dans un délai et pour un prix convenu ». L'on rappelle au besoin que dans le cadre de la loi Breyne, la forme du contrat importe peu : un contrat de mandat peut parfaitement être soumis à la loi lorsque le promoteur, agissant pour le compte d'un acquéreur, s'engage à lui procurer un immeuble.

Dans un autre arrêt de la même cour d'appel de Mons, prononcé le 27 mai 2013⁹³, les parties avaient signé une convention par laquelle un particulier confiait à une entreprise « l'organisation de la construction d'une maison suivant le plan de l'architecte », le prix étant fixé à 59.500 euros. Malgré la qualification donnée par les parties à leur contrat (« mandat de coordonner »), la convention entrait sans équivoque dans le champ d'application de la loi, puisqu'elle engageait l'entreprise à fournir à son client une habitation, celui-ci étant tenu d'effectuer des paiements avant son achèvement⁹⁴.

Wet Breyne Sans Gêne, op. cit., p. 48; B. KOHL, « Woningbouwwet. Rechtspraakroniek 2000-2006 », in K. DEKETELAERE, A. VERBEKE et K. VANHOVE (eds), *Jaarboek Bouwrecht 2005-2006*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 166-168.

⁹¹ Voy. Cass., 5 novembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 476. Voy. égal. Mons, 2 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 988 (« le contrat de promotion immobilière est celui par lequel un bâtisseur s'engage à procurer à son client la propriété ou la jouissance d'un bien immeuble, à bâtir ou en cours de construction, en prestant la généralité des soins nécessaires à cet effet »).

⁹² Mons, 6 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1341.

⁹³ Mons, 27 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1346.

⁹⁴ En l'espèce, la nullité de la convention ne fut toutefois pas prononcée, puisque la réception provisoire du bâtiment avait déjà été accordée par le client de l'entrepreneur au moment de la citation introductive d'instance. Or, si la loi Breyne est de nature impérative, elle n'est toutefois pas d'ordre public; en conséquence, la nullité de l'article 13, alinéa 1^{er}, est considérée comme une nullité relative. L'acquéreur ou le maître de l'ouvrage peut donc couvrir la nullité relative dès l'instant où le contrat de vente ou le contrat d'entreprise a produit tous les effets utiles que le législateur entend y attacher, c'est-à-dire, en principe, lorsque le prix est totalement payé et que la réception définitive a été accordée; tel était bien le cas en l'espèce, même si subsistait un débat sur la prise en charge des frais de raccordement de la maison à l'égout.

Dans une autre affaire, ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Mons du 14 janvier 2009⁹⁵, deux particuliers s'étaient engagés avec un professionnel de l'immobilier se présentant en qualité d'« expert-conseil », ce dernier leur offrant un service immobilier consistant dans l'« accompagnement complet du projet de construction et la gestion du budget global TVA comprise ». Plus précisément, la mission de cet expert consistait notamment dans la mise en œuvre du projet immobilier, les demandes administratives, le suivi du dossier, la planification des travaux, la gestion des travaux et la gestion du budget des travaux pour la construction d'une habitation, le tout pour un « budget total à gérer y compris les honoraires de [l'expert-conseil] : 90.288,00 euros TVA comprise ». À l'action introduite par l'expert-conseil en récupération de sa créance d'honoraires, les deux particuliers opposaient la nullité de la convention pour violation de la loi Breyne. La cour d'appel de Mons estima que cette convention était de nature à entrer dans le champ d'application de la loi Breyne. Constatant l'absence dans le contrat de plusieurs des mentions obligatoires énoncées à l'article 7 de loi, la cour conclut à l'annulation dudit contrat⁹⁶.

Enfin, par identité de motifs, la même cour a prononcé, dans un arrêt du 28 octobre 2008⁹⁷, l'annulation d'une convention qualifiée de « fourniture de services ». En l'espèce, ce contrat avait été signé entre un maître de l'ouvrage et une société dont le gérant était inscrit à la liste des architectes de la province du Hainaut. Les services visés par le contrat étaient les suivants : « étude du dossier, mise en œuvre du dossier, demande administrative, suivi du dossier, planification des travaux, gestion des travaux et du budget ». En annexe figurait un devis détaillant les travaux à réaliser : gros œuvre fermé, installation sanitaire, installation électrique et chauffage. Le montant des prestations et du budget était fixé à 40 000 euros. Le maître de l'ouvrage avait ensuite payé des factures émanant parfois de cette société, parfois d'une autre, dirigée par le même gérant. Le premier juge avait annulé la convention de prestation de services, constatant l'absence, dans le chef de la société, d'accès à la profession d'entrepreneur de travaux. En appel, la société fournissant les services avançait qu'elle n'était pas intervenue comme entrepreneur sur le chantier, mais exclusivement en qualité de coordinateur de chantier, l'exécution matérielle des travaux ayant été réalisée par d'autres intervenants du type « entrepreneurs ».

À juste titre, la cour considéra que les prestations à fournir par cette société répondaient à la notion de « procurer » un immeuble, visée à l'article 1^{er} de la loi Breyne, en rappelant que deux critères sont habituellement

⁹⁵ Mons, 14 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2012, p. 32, note B. KOHL.

⁹⁶ Cet arrêt est cependant critiquable, dans la mesure où les prestations auxquelles se rapportait la mission de l'« expert-conseil » se limitaient au gros œuvre fermé, les acquéreurs se chargeant du chauffage, de l'électricité et de la plomberie.

⁹⁷ Mons, 28 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2012, p. 24, note B. KOHL.

retenus pour caractériser l'engagement de procurer une habitation: (i) l'accomplissement d'un ensemble de prestations qui permettent de mener à bien la construction de l'immeuble; (ii) le contrôle et l'initiative de l'opération par le promoteur, en sorte qu'il apparaît comme prenant la responsabilité de son achèvement. Si d'autres critères ont parfois été retenus par la doctrine et la jurisprudence (notamment la publicité réalisée par un promoteur, le fait de proposer les plans, devis, même relativement sommaires, l'accomplissement de démarches juridiques, administratives ou financières pour le client, le choix de l'architecte et/ou de l'entrepreneur ou du moins leur désignation au client, le suivi de l'exécution des travaux et l'assistance aux réunions de chantiers ou encore le contrôle des paiements et des décomptes et mémoires de l'entrepreneur), la cour rappela néanmoins que ces critères ne devaient pas être nécessairement tous réunis pour permettre de déceler l'existence d'un contrat occulte de promotion, «les caractéristiques essentielles de celui-ci, qu'il s'agit de faire apparaître, étant le pouvoir d'initiative du promoteur mettant sur pied l'opération, après avoir attiré le client par son offre, la globalisation des services offerts par lui impliquant une coordination des démarches et interventions diverses en vue de la réalisation projetée et la maîtrise de l'organisation sur les plans juridiques et financiers lui conférant une certaine position dominante à l'égard tant de son client que des intervenants à l'acte de bâtir»⁹⁸.

Constatant que la société se présentait comme une société de gestion de travaux et de budgets, qu'elle avait effectué pour le maître de l'ouvrage des démarches juridiques auprès du notaire et des démarches administratives à la Région wallonne, la cour conclut que la volonté des parties avait bien, en l'espèce, été de confier l'ensemble de la responsabilité du projet à celle-ci, tant en vue de l'acquisition du bien qu'en ce qui concernait la réalisation des travaux de rénovation. Partant, la loi Breyne devait, pour la cour, être applicable à cette convention.

Cependant, pour qu'un projet de transformation ou d'agrandissement d'un bien immobilier entre dans le champ d'application de la loi⁹⁹, il est exigé que la convention emporte un transfert de propriété (art. 1^{er}, al. 2, de la loi)¹⁰⁰. Dans la présente affaire, la convention de «prestation de services» – relative

⁹⁸ Voy. en ce sens, M.-A. FLAMME *et al.*, *Le contrat d'entreprise*, *Chronique de jurisprudence 1990-2000*, *op. cit.*, pp. 32-34.

⁹⁹ Cette modification de la loi Breyne en 1993 pour y inclure les contrats portant sur la vente d'une habitation à rénover était justifiée par l'existence d'une pratique de contournement de la loi, consistant à scinder l'opération en vendant d'abord le terrain et les constructions existantes, récentes ou anciennes, puis en concluant un contrat portant sur la transformation ou l'agrandissement des constructions (voy. J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 65).

¹⁰⁰ S. De Coster résume le champ d'application de cette modification en 1993 de la loi Breyne, en parlant de «*verkoop-vernieuwbouw-overeenkomst*» (S. DE COSTER, «*Wijzigingen aan de wet Breyne door de wet van 3 mei 1993*», *op. cit.*, p. 1003).

à des travaux de rénovation – n'emportait pas, en soi, transfert de la propriété de l'habitation. La notion de « procurer » un immeuble – qui renvoie à l'activité de promoteur immobilier –, sur laquelle s'appuie la Cour pour déclarer la loi applicable, n'est en effet visée qu'à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi, qui ne concerne que la construction neuve.

En l'espèce cependant, l'un des vendeurs de l'immeuble était également l'un des associés et fondateurs de la société fournissant les services, dont il était également le gérant. En outre, le contrat de « prestation de services » avait été présenté par ce gérant au maître de l'ouvrage avant la passation de l'acte authentique. Par conséquent, à considérer que l'argument ait été soulevé par le promoteur – *quod non* –, l'unité d'intention existant entre les deux conventions, présentées au client du promoteur, sinon dans le même temps, du moins dans un laps de temps très bref, aurait selon nous permis en toute hypothèse de faire entrer l'opération dans le cadre de celles visées à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi. En effet, cette disposition n'exige pas que le transfert de la propriété et l'engagement de rénover fassent l'objet d'un seul et même document contractuel : comme le relève M. Devroey, si l'engagement de transformer ou d'agrandir doit être couplé avec le transfert de la propriété et doit dès lors participer d'une même convention entre les parties, les différentes opérations peuvent s'exécuter en vertu de conventions signées de manière successive. La loi Breyne s'appliquera dès qu'une unité d'intention permet de considérer que les parties avaient en vue la réalisation d'une opération globale, emportant le transfert de la propriété et l'engagement de transformer ou d'agrandir¹⁰¹. Reste enfin que les deux conditions énoncées à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi – prix total des travaux excédant 18 600 euros et s'élevant à 80 % au moins du prix de vente de l'immeuble – auraient alors dû être vérifiées. Cet examen, auquel la cour, qui n'avait pas été invitée à le faire, ne procède pas, ne peut être effectué à la lecture de l'arrêt, dans la mesure où celui-ci ne mentionne pas le prix de vente de la maison à rénover.

16. Conventions d'étude. Les « conventions d'études » préparatoires à la réalisation d'un projet immobilier de vente ou de construction sur plan entrent dans le champ d'application de la loi Breyne¹⁰². Elles n'en seront exclues que si elles répondent à quatre conditions cumulatives, visées à l'article 2, alinéa 2, de la loi : (i) la convention doit contenir une description précise des travaux sur lesquels porte l'étude ; cette exigence est de nature à limiter la faculté du promoteur ou de l'entrepreneur de réclamer ultérieurement le paiement de suppléments inattendus ; (ii) la convention doit également contenir un relevé des besoins de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage¹⁰³ ;

¹⁰¹ Voy. M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, 2000, p. 28.

¹⁰² Voy. p. ex. Bruxelles, 9 décembre 1997, *Entr. et dr.*, 2000, p. 250.

¹⁰³ Sont ici visés aussi bien les besoins de nature technique (élaboration du programme de construction, prise de contact avec l'architecte, sélection des entrepreneurs...), que ceux de nature financière (recherche de crédit bancaire ou d'une aide publique au logement...) ou administrative (recherche

(iii) le coût de l'étude ne peut dépasser 2% du coût prévu de la construction; cette exigence semble contraindre le promoteur ou l'entrepreneur «à faire une estimation globale du prix hors taxe que le client devra payer pour que les constructions soient siennes»¹⁰⁴; (iv) l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage doit disposer d'un délai de réflexion de sept jours minimum avant que la convention d'étude soit définitive.

1. Aux conditions précitées, la convention d'étude peut échapper à l'application de la loi Breyne. Encore convient-il toutefois qu'outre ses mentions, la convention porte «réellement» sur une étude relative à une opération de construction soumise à la loi.

Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Liège du 15 novembre 2012¹⁰⁵, un promoteur immobilier avait, le même jour, d'une part remis une offre de prix pour la construction d'une maison et, d'autre part, signé avec le même client un «contrat d'études», moyennant un prix déductible du prix fixé dans le contrat de construction; un contrat de construction fut conclu plusieurs mois plus tard.

Le premier juge avait annulé ledit contrat de construction, mais avait considéré que la première convention, relative à la mission d'étude, ne devait pas être frappée de nullité. Si ce dernier contrat semblait *a priori* répondre au prescrit de la loi (comportant notamment le délai de réflexion de sept jours), la cour conclut toutefois, à la différence du premier juge, à la nullité de cette convention d'étude. En effet, si le contrat précisait que la mission d'étude devait porter sur l'ensemble des travaux de construction, la rubrique «besoins du maître de l'ouvrage» n'avait pas été complétée par les parties. En outre, le coût de l'étude dépassait largement les 2%, puisqu'il correspondait en réalité à 5% du montant initial des travaux tel que figurant dans l'offre de prix du même jour. Le promoteur invoquait, à cet égard, que l'on devait avoir égard au budget final (celui-ci ayant doublé). À juste titre, la cour décide que la validité de la convention d'étude (quant au montant sur lequel doit être calculé le pourcentage de 2%) doit être appréciée au moment de sa conclusion.

En réalité, comme le relève la cour, le promoteur avait, en l'espèce, voulu irrévocablement lier son client par un contrat de promotion-construction, en lui soumettant le même jour un bon de commande d'un immeuble-type, et un contrat d'étude, «très étroitement lié à la convention d'entreprise qu'il était censé préparer». L'objectif du promoteur était donc, en réalité, d'obtenir

du terrain adapté au projet, demande de permis d'urbanisme...). Voy. S. DE COSTER, «Wijzigingen aan de Wet Breyne door de Wet van 3 mei 1993», *op. cit.*, p. 1012; K. UYTTERHOEVEN, «Woningbouwwet», in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A.-L. VERBEKE (eds), *Handboek Bouwrecht*, Bruges et Anvers, die Keure et Intersentia, 2004, p. 503.

¹⁰⁴ J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 70; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2^e éd., coll. Droit notarial, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 29.

¹⁰⁵ Liège, 15 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1335, note B. LOUVEAUX.

un acompte de 5% avant la conclusion du contrat de construction, ce que la loi Breyne interdit par son article 10.

Cette appréciation doit être approuvée: la convention, pour échapper à la loi, doit être une «réelle» convention d'étude. Ainsi, doit être condamnée la pratique qui consisterait à conclure une prétendue «convention d'étude», alors que les études, plans de l'immeuble seraient déjà prêts et que l'indemnité de 2% est ensuite déduite du prix de vente; dans ce cas, l'on ne se trouve plus face à une convention d'étude, puisque le résultat de l'étude (faisabilité du projet, plans, choix des matériaux, examen de la situation urbanistique, étude technique...) est déjà connu lors de la conclusion du contrat. Tel était bien le cas en l'espèce, le bon de commande relatif à un bâtiment type étant déjà remis au client du promoteur le jour de la signature de la convention d'étude.

2. Dans une autre affaire, ayant donné lieu à un jugement prononcé le 28 février 2012 par le tribunal de première instance de Tongres¹⁰⁶, un promoteur avait lancé une campagne publicitaire pour la réalisation sur un terrain d'une maison style ferme avec une toiture double pente.

Des candidats-acquéreurs s'étaient déclarés intéressés, mais avaient souhaité opter pour une maison unifamiliale avec une toiture quatre pentes en forme de pyramide. Les plans (dont on suppose qu'il s'agissait de plans types) furent modifiés par le promoteur afin de répondre à cette demande particulière. Il semble qu'aucun contrat ne fut signé entre les parties. Le promoteur adressa ensuite aux candidats-acquéreurs une facture d'acompte de 302,50 euros, relativement aux études effectuées pour la modification demandée. Les candidats-acquéreurs lui déclarèrent qu'ils ne procéderaient à son paiement qu'à la condition que le promoteur accepte qu'il soit mis fin à leur collaboration. Ce dernier refusa et adressa aux candidats-acquéreurs une facture de solde à concurrence de 4.114,00 euros.

Saisi par le promoteur d'une demande de condamnation des candidats-acquéreurs au paiement de ces montants, le tribunal constata que la convention d'étude ne respectait pas les conditions énoncées à l'article 2, alinéa 2, de la loi Breyne et, partant, en prononça l'annulation. Il était sans doute indéniable que des prestations d'étude avaient été réalisées par le promoteur. Celui-ci, en sa qualité de professionnel de l'immobilier, devait toutefois savoir que tout paiement relatif à une habitation à construire ne peut avoir lieu qu'au plus tôt (et à concurrence de 5% maximum) lors de la signature de la convention de construction, reprenant les mentions obligatoires visées par la loi Breyne, sauf à ce que ce paiement soit effectué en contrepartie d'une prestation d'étude faisant l'objet d'une convention conforme aux prescriptions de l'article 2, alinéa 2, de la loi.

3. Enfin, la troisième condition (étant l'interdiction de prévoir une rémunération de l'étude correspondant à plus de 2% du coût prévu pour

¹⁰⁶ Civ. Tongres, 28 février 2012, *Limb. Rechtsl.*, 2013, p. 300.

la construction) résidait au cœur d'un différend opposant le promoteur aux maîtres de l'ouvrage, dans une affaire ayant donné lieu à un jugement prononcé par le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles le 17 février 2017¹⁰⁷ : les maîtres de l'ouvrage reprochaient au promoteur d'avoir calculé le prix de l'étude (2%) sur le coût de la construction, en excluant de ce coût les frais et honoraires estimatifs de l'architecte. Les maîtres de l'ouvrage poursuivaient pour ce motif la nullité de la convention d'étude en raison de sa contrariété à l'article 2, alinéa 2, de la loi, et sollicitaient en conséquence le remboursement des sommes versées au promoteur en exécution de la convention d'étude.

Dans son jugement, le tribunal décide cependant, à bon droit selon nous, que le « coût prévu de la construction » visé à l'article 2, alinéa 2, peut s'interpréter comme étant le coût prévisible de la construction, à l'exclusion du budget à réserver pour le poste « honoraires de l'architecte ». Du reste, exclure ce budget du « coût de la construction » est favorable au client du promoteur, puisque le prix maximal de l'étude s'en trouve diminué.

Par ailleurs, la validité de la convention d'étude (quant au montant sur lequel doit être calculé le pourcentage de 2%) doit être appréciée au moment de sa conclusion : la circonstance que, à la suite de l'étude (et en fonction notamment des desiderata exprimés par les maîtres de l'ouvrage), le « prix total » définitif pour la réalisation de l'habitation soit supérieur (ou inférieur) au budget estimatif initial est à cet égard sans importance¹⁰⁸. Le client est, du reste, protégé contre la pratique du promoteur qui sous-estimerait sciemment le coût estimé de la construction en vue d'attirer son client, puisque la limitation du coût de l'étude à 2% permet à ce dernier de se retirer du projet à frais limités s'il s'avère que son budget maximal venait à être dépassé au terme de l'étude, au moment de la signature de la convention de construction.

La convention d'étude (qui respectait donc bien les prescriptions de l'article 2, alinéa 2) ayant été résiliée avant son terme par les maîtres de l'ouvrage, le tribunal, faisant application de l'article 1794 de l'ancien Code civil, accorda à l'entrepreneur une indemnité de résiliation correspondant à 50% du montant prévu pour l'étude.

17. Décision des parties de rendre la loi applicable à une opération non couverte. Les parties peuvent valablement, par convention, décider de soumettre à la loi une opération qui *a priori* devait y échapper. En pratique, cette situation se rencontre non pas tant en raison d'une exigence émise par le candidat-acquéreur (ou maître de l'ouvrage) de soumettre le contrat à la loi, mais plutôt par suite de l'emploi par le promoteur ou son conseil

¹⁰⁷ Civ. Bruxelles (nl.), 17 février 2017, *T.B.O.*, 2018, p. 57.

¹⁰⁸ Voy. égal. en ce sens : Liège, 15 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1335, note B. LOUVEAUX, commenté ci-dessus.

juridique – en particulier le notaire – d'un modèle de convention destiné à être invariablement utilisé par le promoteur pour l'ensemble des opérations immobilières de ce dernier: dans certains cas, le promoteur ne se rend sans doute pas compte que l'opération n'est, en réalité, pas de celles que la loi vise à son article 1^{er}. Tel est par exemple le cas lorsque certains des lots ou certains des appartements sont en réalité achevés lors de leur vente.

Cette situation est susceptible de générer de graves conséquences pour le promoteur inattentif, ainsi que l'illustre un arrêt de la cour d'appel de Gand du 12 juin 2009¹⁰⁹. Dans cette affaire, le promoteur ne prenait pas l'engagement d'achever l'immeuble, l'appartement étant vendu «*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 l'engagement de livrer un appartement «*habitable*». Néanmoins, l'article 1^{er} du contrat de vente énonçait expressément que les dispositions de la loi du 3 juillet 1971 étaient applicables à la convention.

En l'espèce, la question aurait pu être d'importance, dans la mesure où le litige concernait la découverte de défauts de construction plusieurs années après la vente. Or, dérogeant au droit commun, l'article 6 de la loi Breyne (dont le libellé était même explicitement repris dans l'acte de vente) étend la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs (prévue aux articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil), au vendeur d'une habitation à construire. Par cette disposition, le législateur a voulu unifier le régime de la responsabilité du professionnel malgré les différentes qualifications possibles des contrats pouvant rentrer dans le champ d'application de la loi Breyne. Par conséquent, là où le vendeur d'un immeuble échappant à la loi Breyne est tenu envers l'acquéreur uniquement sur la base de la garantie des vices cachés du vendeur des articles 1641 à 1649 de l'ancien Code civil, le vendeur auquel la loi Breyne s'applique voit sa responsabilité étendue à celle, d'ordre public, reposant sur les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil¹¹⁰.

Dans cette affaire, l'«*imprudence*» du promoteur – ou de son notaire –, qui avait soumis à la loi un contrat auquel celle-ci n'était normalement pas applicable, ne lui porta finalement pas préjudice: l'action au fond était en effet tardive quelle que soit la base d'action sur laquelle s'appuyait l'acquéreur (garantie de vices cachés ou responsabilité décennale).

¹⁰⁹ Gand, 12 juin 2009, *NjW*, 2010, p. 253, note R.S.

¹¹⁰ La responsabilité décennale n'est pas exclusive des garanties prévues par le droit commun de la vente. En effet, la loi Breyne ne modifie pas le régime de la garantie du droit commun mais ne fait qu'y ajouter une garantie supplémentaire; lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente, celui-ci reste donc soumis à son régime propre, notamment pour les vices cachés ne mettant pas en péril la stabilité de l'immeuble, qui échappent au jeu des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil (voy. l'exposé des motifs de la loi Breyne, *Doc. parl.*, Sénat, 1969-1970, n° 639, p. 19, cité par L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, coll. Droit notarial, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 70).

II. L'information de l'acquéreur, la formation du contrat et les mentions obligatoires

18. Rôle de l'architecte dans la vérification du respect de la loi Breyne ?

En présence d'une *promotion-vente*, c'est-à-dire lorsque le promoteur immobilier fait bâtir l'ouvrage pour son propre compte en vue de le mettre en vente, le cas échéant en cours de construction, la licéité du contrat d'architecture conclu avec le promoteur, qui revêt alors la qualité de maître de l'ouvrage, n'est, à juste titre, *pas* contestée¹¹¹; la validité du contrat d'architecture n'est pas entamée par la circonstance que le promoteur-vendeur effectuerait lui-même et pour son compte tout ou partie des travaux de construction du bâtiment, qu'il vend ensuite à des tiers acquéreurs: «[...] il n'y a pas lieu de faire un sort différent au promoteur qui exécute lui-même tout ou partie des travaux puisque même dans ce cas de figure, si l'architecte accomplit la mission qui lui est dévolue par l'article 4 de la loi du 20 février 1939, il existe bien des professionnels distincts qui ont agi avec des missions propres, chacun exposant sa responsabilité personnelle»¹¹². Bien entendu, dans une promotion-vente, si l'architecte, ayant conclu son contrat avec le promoteur, se présentait néanmoins au client de ce dernier comme étant son cocontractant, il se mettrait alors dans une situation de conflit d'intérêts qui altérerait son indépendance et devrait conduire à l'annulation de ce contrat¹¹³.

Un arrêt prononcé par la cour d'appel de Mons le 5 novembre 2019 illustre cette ambiguïté¹¹⁴. En l'espèce, un promoteur avait vendu une habitation en cours de construction à un acquéreur. La vente portait sur un immeuble « en l'état », mais le promoteur avait également conclu un contrat d'entreprise avec l'acquéreur, portant sur les parachèvements. La loi Breyne n'avait pas été respectée et l'acquéreur faisait le reproche à l'architecte de ne pas s'en être inquiété. Certes, l'architecte n'était pas intervenu dans la confection de ces contrats, auxquels il n'était pas partie. Néanmoins, il ressortait du dossier que le promoteur et l'architecte avaient déjà collaboré pour d'autres dossiers

¹¹¹ Au contraire, « dans ce cas, le recours à un architecte est non seulement licite mais est également obligatoire. En effet, puisque le promoteur, dans le cas de la promotion-vente, édifie pour son propre compte, celui-ci endosse le rôle d'un maître de l'ouvrage et doit donc recourir à un architecte pour la conception et le contrôle des travaux » (L. VINCART et I. EKIERMAN, « Promoteurs et architectes: des relations ambiguës », *Entr. et dr.*, 2008, p. 212); d'ailleurs, « dans ce cas, les intérêts de l'architecte et du promoteur ne sont pas opposés, les deux ayant intérêt à un contrôle efficace et rigoureux. La licéité de cette convention ne paraît pas contestable » (S. DEPRÉ, O. VAN DER KINDERE et R. SAMII, « La promotion immobilière et l'accès à la profession », *Jurim Pratique*, 2008/1, p. 36).

¹¹² R. DE BRIEY, « Le promoteur et l'architecte », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (dir.), *Le contrat d'entreprise et droit de la construction*, Liège, Éd. Formation Permanente CUP, 2003, p. 292. L'auteur cite Liège, 23 janvier 1995, *J.T.*, 1995, p. 386.

¹¹³ Voy. P. HENRY et J.-Fr. HENROTTE, « Le périmètre du monopole de l'architecte: un manque de surface? », in *Les monopoles professionnels. Avocat, architecte, notaire, géomètre-expert et expert judiciaire*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 97-105.

¹¹⁴ Mons, 5 novembre 2019, *Res jur. imm.*, 2020, p. 28.

semblables. Pour la cour d'appel, un architecte normalement prudent et diligent ne pouvait raisonnablement ignorer les dispositions de la loi Breyne et le fait qu'elle fût d'application en l'espèce; la simple mention du vocable « clé sur porte » dans les contrats aurait, selon la cour, dû éveiller son attention. La cour d'appel reprocha ainsi à l'architecte, sinon d'avoir volontairement éludé l'application de la loi, à tout le moins d'avoir omis de dénoncer les pratiques de l'entrepreneur, ici promoteur, à l'égard de l'acquéreur: « sans la collusion de l'architecte, une telle manœuvre n'eût pas été possible; une telle collusion est d'autant plus plausible que [l'architecte et le promoteur] travaillent régulièrement ensemble. Par ailleurs, l'architecte a continué à intervenir sur le chantier de parachèvement, alors qu'il n'était pas l'architecte de l'acquéreur, ici maître de l'ouvrage dans le cadre du contrat d'entreprise conclu avec le promoteur pour les parachèvements. Il s'est bien gardé de faire à l'entrepreneur les observations qui auraient permis à l'acquéreur d'assurer correctement la défense de ses droits [...]. Ces éléments de fait constituent un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes que l'architecte et le promoteur ont agi sciemment et de concert en vue de perpétrer des manœuvres dolosives à son égard aux fins d'éluder l'application de la loi Breyne ».

Dès lors, en pareil cas de promotion-vente, afin d'éviter toute ambiguïté dans le chef du client du promoteur, il se recommande que l'architecte précise expressément au destinataire final de l'immeuble qu'il intervient en qualité d'architecte désigné par le promoteur professionnel¹¹⁵. À cet égard, la question se pose s'il ne convient pas en outre de suggérer dans pareille circonstance la présence d'un « architecte-conseil » aux côtés du client du promoteur, spécialement dans le secteur de la promotion d'immeubles d'habitation, le destinataire final de l'immeuble étant dans ce cas considéré comme moins apte à défendre ses intérêts face au promoteur professionnel¹¹⁶.

¹¹⁵ Cette obligation est imposée à l'architecte, notamment en application de l'article 19, alinéa 1^{er}, du règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre des Architectes, approuvé par l'arrêté royal du 12 octobre 2021 (*M.B.*, 4 novembre 2021), aux termes duquel: « Lorsque le client-maître de l'ouvrage construit ou fait construire un bien en vue de le vendre ou d'en céder la jouissance pour une durée de plus de neuf ans, l'architecte doit veiller aux intérêts du client dans la limite de la sauvegarde de l'intérêt public et des intérêts légitimes des utilisateurs ou des futurs acquéreurs ».

¹¹⁶ Dans une norme déontologique de 1992, l'Ordre des architectes avait imposé aux architectes intervenant dans le cadre d'une promotion-vente de contracter directement avec le promoteur (évitant ainsi toute ambiguïté dans l'esprit du client), mais également de subordonner leur intervention à l'existence d'un contrat entre le client du promoteur et un second architecte « agissant en qualité de conseil » et chargé, notamment, d'assister son client à l'occasion des opérations de réception ou de vérifier que les appels de fonds du promoteur correspondent réellement à l'avancement des travaux. Cette norme fut annulée, pour des motifs de forme, par un arrêté du Conseil d'État du 18 janvier 1995 (*Entr. et dr.*, 1995, p. 133, note M.-A. FLAMME) et ne fut pas remplacée. Plusieurs auteurs plaident aujourd'hui en Belgique pour une réintroduction du système instauré par cette norme, dans le secteur de la construction et de la promotion d'immeubles d'habitation (voy. entre autres P. HENRY et F. POTTIER, « La réforme de la loi Breyne : à la recherche de l'arche perdue », in *Liber Amicorum Aimé*

19. Absence de délai de réflexion ou de droit de rétractation : confirmation de la constitutionnalité de la différence existant entre la vente de biens meubles et la vente de biens immeubles. Par un arrêt du 17 septembre 2015¹¹⁷, la Cour constitutionnelle se prononce, sur question préjudicielle posée par le tribunal de première instance du Hainaut, sur l'existence ou non d'une différence de traitement non justifiée entre, d'une part, les acquéreurs de biens meubles ou de services et, d'autre part, les acquéreurs de biens immeubles, en ce que seuls les premiers bénéficient d'un droit de rétraction lorsque le contrat est conclu en dehors de l'établissement de l'entreprise.

En l'espèce, le tribunal de première instance était saisi de la demande formée par un promoteur tendant à faire prononcer la résolution d'un contrat de vente aux torts et griefs de l'acquéreur et à faire condamner celui-ci à lui payer à titre d'indemnité une somme correspondant à 10% du prix de vente. En réponse, l'acquéreur avait introduit une demande reconventionnelle tendant à faire annuler la convention litigieuse au motif, notamment, qu'elle ne mentionnait pas la faculté de rétractation prévue par l'article 60 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (laquelle figure désormais dans le livre VI du Code de droit économique). Le tribunal avait constaté qu'il s'agissait en l'espèce d'une promotion-vente qui prenait la forme d'un contrat de vente et non d'un contrat de services. Toutefois, constatant que si la promotion immobilière pouvait être qualifiée de contrat de services immobiliers, elle entrait dans le champ d'application de la loi du 6 avril 2010 précitée et qu'en conséquence, la clause de rétractation s'imposait à peine de nullité (alors que si elle était qualifiée, comme en l'espèce, de promotion-vente, elle n'entrait pas dans le champ d'application de la loi), le tribunal en avait déduit qu'une discrimination pourrait être créée entre le consommateur qui contracte avec un promoteur-entrepreneur (ou prestataire de services) et le consommateur qui contracte avec un promoteur-vendeur.

Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle commence par observer que les dispositions qui établissent un droit de rétractation en cas de vente en dehors de l'établissement de l'entreprise ont pour objectif d'assurer la protection du consommateur contre les achats impulsifs effectués dans des circonstances dans lesquelles il a été surpris par l'offre du vendeur et n'a donc pas eu le loisir de considérer celle-ci de manière réfléchie. Dans ces situations, les transactions sont conclues à l'initiative du vendeur, de sorte qu'il peut être présumé que l'acquéreur a été surpris par une offre qu'il n'avait pas recherchée ou sollicitée.

La Cour constate que la différence de traitement existant entre la vente de biens meubles (ou de services) et la vente de biens immeubles peut

De Caluwé, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 275-277; A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, op. cit., pp. 78-82).

¹¹⁷ C. const., 17 septembre 2015, *NjW*, 2016, p. 336, note D. BRULOOT; *R.W.*, 2015-2016, p. 280.

s'expliquer par la circonstance que le risque de vente par surprise, sans que l'acquéreur ait été à l'initiative de la transaction, est beaucoup moins élevé, voire inexistant, dans le cas d'une transaction portant sur un bien immobilier. En effet, selon la Cour, « ce type de transaction porte généralement sur un bien unique et sur un montant élevé. Il paraît peu probable que la signature du compromis de vente portant sur un bien immeuble a lieu lors d'une première rencontre entre le vendeur et l'acquéreur, dans l'hypothèse dans laquelle cette rencontre serait due à l'initiative du vendeur et aurait eu pour effet de surprendre l'acquéreur » (point B.8 de l'arrêt).

La Cour relève enfin que la nécessité d'une protection accrue de l'acquéreur s'est révélée plus importante dans le cas d'achat d'immeubles d'habitation à construire ou en construction, la loi Breyne comportant des dispositions visant à garantir la sécurité juridique des acquéreurs de tels biens immobiliers à construire (notamment au travers de l'article 7, qui organise l'information précontractuelle de l'acquéreur). En conséquence, la Cour en déduit que le critère sur lequel repose la différence de traitement faisant l'objet des questions préjudicielles, à savoir le caractère de bien meuble, de service ou de bien immeuble faisant l'objet du contrat de vente, n'est pas dénué de justification raisonnable.

La situation est donc claire *de lege lata*: en droit belge, aucun droit de rétractation généralisé n'est établi au profit de l'acquéreur en matière de vente d'immeuble – même en présence d'une convention soumise à la loi Breyne¹¹⁸ – et cette absence de droit de rétractation ne viole pas le principe constitutionnel d'égalité.

20. Mentions obligatoires: caractère insuffisant de la copie du seul projet d'acte de base. Selon l'article 7, alinéa 1^{er}, d), de la loi Breyne, la convention doit comporter en annexe – lorsqu'il s'agit d'un appartement à construire – la copie de l'acte de base « établi par acte authentique » et du règlement de copropriété. Selon le texte de la loi, « ces documents indiquent explicitement la manière dont et les matériaux avec lesquels ces travaux seront

¹¹⁸ L'article 7 de la loi Breyne impose certes la mention dans les contrats qui entrent dans son champ d'application, que les parties ont, depuis quinze jours, connaissance des données et documents mentionnés en son sein; un délai de réflexion est ainsi accordé à l'acquéreur, avant que le contrat ne puisse définitivement sortir ses effets. Il ne s'agit toutefois nullement d'un délai de repentir après la signature du contrat le liant au promoteur immobilier. Du reste, le notaire éprouve bien des difficultés à contrôler que ce délai de réflexion antérieur à la signature a bien été respecté: en pratique, il actera la déclaration de l'acquéreur faisant état que ce dernier a eu connaissance de ces données au moins quinze jours avant la conclusion de la convention sous seing privé (voy. L. ROUSSEAU et P. VAN DEN EYNDE, « Comment assurer le respect de la loi? Cas pratiques. Présentation de formules », in M. GRÉGOIRE et P. VAN DEN EYNDE (coord.), *La réforme de la loi Breyne. La loi du 3 mai 1993*, coll. Patrimoine, vol. XVI, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant et Academia, 1994, p. 96). Ce texte aboutit donc à une disposition « utile certes, mais dont le degré de protection est cependant très faible » (J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 122).

exécutés et, le cas échéant, les cas dans lesquels il peut être dérogé à ces spécifications. Ces plans et cahiers des charges doivent être signés par un architecte autorisé à exercer cette profession en Belgique et, lorsqu'il s'agit d'un appartement, accompagnés d'une copie de l'acte de base établi par acte authentique et du règlement de copropriété».

Par un jugement du 31 mai 2011¹¹⁹, le tribunal de première instance de Gand précise à cet égard que l'annexion au contrat de vente sous seing privé du seul projet d'acte de base, même dressé par le notaire, est insuffisante, dans la mesure où le texte légal exige sans autre interprétation possible que soit jointe la copie de l'acte de base établi par acte authentique.

Dans cette affaire, le compromis de vente relatif à l'appartement à construire décrivait certes de manière précise les parties privatives vendues, mais la clause du contrat mentionnant le nombre de quotités vendues dans les parties communes de l'immeuble n'avait pas été remplie. En outre, seul un « projet » d'acte de base avait été transmis aux acquéreurs lors de la signature du compromis de vente, l'acte de base en forme authentique n'ayant été signé que six mois plus tard. Dans la mesure où l'acte authentique de vente de l'appartement n'avait pas encore été passé, les acquéreurs étaient donc, en application de l'article 13, alinéa 2, de la loi, autorisés à postuler en justice la nullité du compromis de vente, ce que le tribunal leur accorda.

Cette décision nous procure l'occasion de rappeler que si l'absence des annexes dans l'acte authentique peut être couverte par une déclaration du notaire, reprise dans cet acte, et selon laquelle les documents sont en possession des parties, cette déclaration ne couvre que l'absence des annexes dans l'acte authentique, et ne supprime donc nullement l'obligation d'annexer ces documents à la convention sous seing privé.

En d'autres termes, le compromis de vente devra toujours comporter ces annexes et le notaire ne pourra en aucun cas couvrir l'absence d'annexes à la convention sous seing privé. Comme dans l'affaire ayant donné lieu à la décision commentée, l'acquéreur dispose donc, jusqu'à la date de la signature de l'acte authentique, du droit de prétendre à la nullité du compromis de vente auquel n'auraient pas été annexés les documents visés à l'article 7 de la loi.

Il en résulte que le promoteur ne peut commencer la commercialisation du projet sans avoir au préalable fait procéder, en forme authentique, à la préparation de l'acte de base et du règlement de la copropriété. Il n'est même pas recommandable de conclure le compromis de vente sous la condition suspensive de la rédaction des statuts de la copropriété, puisque l'article 7, d), de la loi exige expressément leur présence, en copie, en annexe au contrat. En effet, l'on ne peut ériger en condition suspensive un élément qui relève des conditions de validité d'une convention. En d'autres termes, un contrat signé en l'absence de tels documents pourra toujours être annulé

¹¹⁹ Civ. Gand, 31 mai 2011, *R.C.D.I.*, 2012/1, p. 42.

à la demande du client du promoteur jusqu'à la date de la signature de l'acte authentique de vente.

21. L'absence des annexes ne peut être couverte que par une clause de l'acte authentique, non par une clause du compromis. Le législateur exige que les conventions qui entrent dans le champ d'application de la loi Breyne renferment un certain nombre de mentions, consacrant en quelque sorte le devoir d'information précontractuelle du vendeur, de l'entrepreneur ou du promoteur¹²⁰. Les mentions et annexes visées par l'article 7 de la loi concernent tant les promesses unilatérales de conventions que les conventions synallagmatiques sous seing privé et les actes authentiques.

La convention doit également comporter, en annexe, les *plans précis et cahiers des charges détaillés* des travaux sur lesquels porte la convention¹²¹. Ces plans et cahiers des charges doivent être signés par un architecte autorisé à exercer cette profession en Belgique; ils doivent indiquer explicitement la manière dont et les matériaux avec lesquels ces travaux seront exécutés et, le cas échéant, les cas dans lesquels il peut être dérogé à ces spécifications¹²².

Un jugement prononcé par la cour d'appel de Gand le 7 mars 2013¹²³ rappelle la rigueur de cette dernière règle. En l'espèce, une personne exerçant la profession d'ouvrier communal s'était portée acquéreur d'un appartement sur plan dans un immeuble à construire. N'ayant pas eu la possibilité de revendre le bien qu'il possédait – cette revente conditionnant à ses yeux son acquisition – il avait souhaité se délier de son achat, ce que le promoteur avait refusé, réclamant au contraire le paiement de la clause pénale fixée à 10 % du prix de vente.

De manière quelque peu critiquable¹²⁴, la cour d'appel, dans son arrêt, identifie d'abord un vice de consentement « d'erreur excusable » dans le chef de l'acquéreur, auquel le promoteur avait sciemment présenté un compromis

¹²⁰ Voy. A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne*, op. cit., p. 29.

¹²¹ Art. 7, al. 1^{er}, d, de la loi.

¹²² Comme le relève L. Rousseau, « seuls doivent être annexés les documents et plans qui sont requis pour une bonne compréhension du contrat, la détermination exacte de son objet et la description du bien acquis, à l'exclusion des documents qui ne sont établis que pour la réalisation technique de l'ouvrage: ainsi pour un appartement, il suffira d'annexer un plan d'ensemble de la résidence, un plan de l'appartement et, le cas échéant, un plan des caves et des garages. Ces plans doivent toutefois être suffisamment précis pour donner à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage une idée complète et exacte de l'habitation qu'il occupera. Quant au cahier des charges, il devra contenir une description précise des matériaux utilisés pour la construction » (L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2^e éd., coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 91). Nous ajoutons par ailleurs que ces plans doivent être de nature à pouvoir être traduits dans les statuts de la copropriété, de manière à permettre de décrire précisément, dans la convention, les parties privatives et les parties communes du bien qui fait l'objet de la convention.

¹²³ Gand, 7 mars 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2014, p. 251.

¹²⁴ En effet, l'erreur, pour être admise comme vice de consentement, doit porter sur la chose vendue ou sur une qualité substantielle de la chose vendue. L'erreur de droit, à l'inverse, ne constitue pas un vice de consentement pouvant conduire à l'annulation de la convention.

de vente ferme et définitif, et non un compromis sous condition suspensive ou une promesse de vente, alors qu'il n'ignorait pas que l'acquéreur n'entendait s'engager qu'après avoir trouvé acquéreur pour l'immeuble dont il était propriétaire.

Surabondamment, la cour constate que, s'agissant des annexes visées à l'article 7, d), de la loi, le promoteur s'était limité à produire une « description des travaux et matériaux », qui avait été annexée au compromis et qui était paraphée par les parties. Il n'était cependant nullement question de « plans précis et cahiers des charges détaillés », signés par un architecte. Le promoteur indiquait certes que le contrat comportait la clause suivante: « les parties déclarent qu'elles ont au moins depuis 15 jours connaissance des données et pièces visées à l'article 7 de la loi du 9 juillet 1971 (loi Breyne), telle que modifiée par la loi du 3 mai 1993 ». La cour considère cependant qu'un acquéreur profane n'est pas en mesure de comprendre la portée de cette clause, un renvoi aux « données et pièces visées à l'article 7 de la loi du 9 juillet 1971 » n'ayant aucune signification compréhensive pour un tel acquéreur; partant, ce n'était pas en connaissance de cause que l'acquéreur pouvait avoir signé cette reconnaissance. De surcroît, la cour remarque que si l'acte de base et les plans avaient bien été annexés au compromis – ce que soutenait le promoteur –, la question se posait alors de savoir pourquoi le promoteur n'était pas en mesure de produire à son dossier une version signée ou paraphée de ces annexes, alors que le « descriptif des travaux et matériaux » (quoique non suffisamment précis), avait lui bel et bien été paraphé par l'acquéreur.

L'absence des annexes visées à l'article 7, d), de la loi Breyne justifiait donc l'annulation du compromis de vente.

En outre, si conformément à l'article 7, alinéa 1^{er}, d, *in fine*, de la loi, l'absence de ces annexes dans l'acte authentique peut être couverte par une déclaration du notaire, reprise dans cet acte, et selon laquelle les documents sont en possession des parties, cette déclaration ne couvre que l'absence des annexes dans l'acte authentique et ne supprime donc nullement l'obligation d'annexer ces documents à la convention sous seing privé: cette dernière devra toujours comporter ces annexes¹²⁵. Or, en l'espèce, l'acquéreur sur plan poursuivait la nullité du compromis de vente, qui n'avait pas encore fait l'objet d'une authentification par acte notarié.

22. À propos de la mention du droit d'invoquer la nullité. Outre les différentes mentions énoncées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, l'article 7, alinéa 2, de la loi, introduit lors de sa modification en 1993, précise que « la convention mentionne en tout cas dans un alinéa distinct et en caractères différents et gras, que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage a le droit d'invoquer la nullité de la convention ou d'une clause contraire à la loi en cas de non-respect

¹²⁵ Voy. A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breyne*, op. cit., p. 128.

des dispositions des articles 7 et 12 ou des dispositions prises en vertu de ces articles, dont le texte doit être repris intégralement dans le contrat».

Dans un arrêt du 31 janvier 2008¹²⁶, la cour d'appel de Gand rappelle la rigueur de cette règle. L'affaire concernait une opération d'échange d'un terrain sur lequel était érigée une maison à détruire, contre un appartement et un garage dans l'immeuble, à construire par le promoteur immobilier. La convention, qui devait être soumise à la loi Breyne, y faisait certes référence, et comportait quelques-unes des mentions prévues à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi. Certaines manquaient cependant (en particulier l'absence de remise d'une copie du permis d'urbanisme (art. 7, c), l'absence de cahier des charges en annexe (art. 7, d) et l'absence de déclaration des parties qu'elles avaient depuis quinze jours connaissance des données et documents mentionnés dans cet article 7 (art. 7, h)).

La cour constata également que si le contrat de construction comportait certes une mention explicite relative au droit d'invoquer la nullité, cette clause n'était cependant pas conforme au libellé de l'article 7, alinéa 2, puisqu'elle précisait que «ces nullités peuvent, conformément à l'article 13 de la loi Breyne, être invoquées par les comparantes sub 1/ uniquement avant la passation de l'acte de division»¹²⁷. Ceci permit à la cour d'être confortée dans sa décision de prononcer l'annulation des conventions sur lesquelles l'opération d'échange reposait. Cette motivation rappelle aux notaires l'importance d'une reproduction fidèle dans l'acte, d'une part, de la mention – en caractères différents et gras – selon laquelle l'acquéreur (ou le maître de l'ouvrage, en présence d'un contrat d'entreprise) «a le droit d'invoquer la nullité de la convention ou d'une clause contraire à la loi en cas de non-respect des dispositions des articles 7 et 12 ou des dispositions prises en vertu de ces articles», d'autre part, du texte (intégral) des articles 7 et 12 de la loi, ainsi que de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2 et des articles 2, 3 et 4 de l'arrêté d'exécution¹²⁸.

23. L'absence d'une seule mention peut suffire pour justifier l'annulation de la convention. Si les mentions obligatoires énoncées à l'article 7 ne sont pas reprises dans la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage peut poursuivre la nullité de la totalité du contrat (art. 13, al. 2, de la loi), et ce lors même qu'une seule mention ferait défaut¹²⁹.

¹²⁶ Gand, 31 janvier 2008, *R.W.*, 2011-2012, p. 275.

¹²⁷ Traduction libre.

¹²⁸ Selon J.-L. Jeghers, si les textes n'ont pas été reproduits *in extenso* dans la convention sous seing privé, le notaire devra dresser un avenant à celle-ci ou établir un nouveau compromis, l'acte authentique ne pouvant donner, *a posteriori*, à l'acquéreur l'information voulue par le législateur (J.-L. JEGHERS, «Objectifs et esprit de la réforme. Examen des nouvelles mesures. Rôle du notaire. Droit transitoire – Appréciation», in *La réforme de la loi Breyne. La loi du 3 mai 1993, op. cit.*, p. 55).

¹²⁹ Voy. Gand, 14 mai 1982, *R.W.*, 1984-1985, 1851. Selon certains auteurs, en pareil cas, la demande de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage pourrait, en fonction des circonstances, constituer un abus de droit (voy. sur cette question L. VAN VALCKENBORGH, «Het recht op en de bekrachtiging van

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Mons et ayant donné lieu à un arrêt du 17 juin 2014¹³⁰, l'acquéreur d'un appartement sur plan concluait à la nullité de la convention, au motif, d'une part, qu'une partie du prix avait été payée en noir et, d'autre part, que l'une des mentions prescrites par la loi Breyne ne figurait pas dans la convention.

S'agissant du premier moyen, la cour décide à bon droit que lorsque les parties s'accordent sur le paiement d'une partie du prix sans déclaration au fisc, cette fraude ne constitue pas un but déterminant en soi, de telle sorte que tant la convention de vente officielle que la contre-lettre ne sont pas atteintes de nullité, dès lors que le mobile déterminant consiste à transférer la propriété d'un immeuble pour un prix déterminé sur lequel les parties étaient d'accord. Cette décision s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt prononcé le 18 mars 1988¹³¹ par la Cour de cassation. Dans cet arrêt, la Cour décide que « lorsque lors d'un contrat d'achat, les parties conviennent de dissimuler le prix exact dans l'acte en vue d'éviter les droits d'enregistrement, cette convention est contraire à l'ordre public et dès lors nulle, mais la vente ne peut être déclarée nulle pour cette raison »¹³². Cette jurisprudence a été appliquée à de multiples reprises ces dernières années par les juges du fond en matière de vente d'immeuble¹³³.

Constatant toutefois l'absence d'une mention parmi celles rendues obligatoires par l'article 7 de la loi, la cour d'appel fait droit à la demande d'annulation formulée par l'acquéreur en rappelant qu'il suffit que l'une de ces mentions ne figure pas dans le compromis de vente pour que l'acquéreur puisse solliciter la nullité de la vente litigieuse.

24. La clause d'attribution de compétence dans un contrat de promotion immobilière peut être qualifiée de clause abusive. Les contrats

de relatieve nietigheid van de woningbouwovereenkomst wegens schending van artikel 7 van de Wet-Breyne », note sous Comm. Termonde, 1^{er} avril 2010, *R.G.D.C.*, 2013, pp. 264-266).

¹³⁰ Mons, 17 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 39.

¹³¹ Cass., 18 mars 1988, *Ann. dr. Liège*, 1989, p. 387, note I. MOREAU-MARGRÈVE et P. DELNOY; *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 943; *Bull.*, 1988, p. 868; *J.T.*, 1989, p. 5; *Pas.*, 1988, I, p. 868; *R.W.*, 1988-1989, p. 711, note E. DIRIX; *T. Not.*, 1990, p. 106, note.

¹³² Selon l'interprétation donnée à cet arrêt par I. Moreau-Margrève, la contrariété à l'ordre public ne réside pas en réalité dans l'accord sur la fixation du prix qui est librement faite par les parties. Au contraire, cette contrariété vient de la dissimulation de la réalité du prix envers l'administration fiscale (voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Chronique de jurisprudence. Obligations », *op. cit.*, p. 52).

¹³³ Voy. p. ex., Gand, 14 juin 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 108; Liège, 30 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 103, note M. DUPONT; Gand, 27 janvier 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 1568; *contra*: Mons, 26 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1041, note B. KOHL. Comme le relevait aussi la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 30 novembre 2006, « seule la convention conclue à l'occasion de la vente et qui consistait à s'engager à taire dans l'acte écrit de vente le prix réellement convenu est nulle [...] ; en revanche tant la convention de vente "officielle" que la contre-lettre ne sont pas atteintes de nullité dès lors que le mobile déterminant consistait à transférer la propriété d'un immeuble pour un prix déterminé au sujet duquel les parties étaient d'accord et non pas à procéder à une fraude fiscale ».

de promotion immobilière sont généralement des contrats d'adhésion, préparés par le promoteur et laissant peu de place à la négociation individuelle.

Certains promoteurs, actifs sur l'ensemble du territoire de la Belgique, prévoient parfois une clause d'élection de for établissant la compétence territoriale des juridictions de l'arrondissement dans lequel ils ont leur établissement, indépendamment du lieu où se situe l'immeuble à construire (ou le domicile de leur client). La loi Breyne ne comporte, à cet égard, aucune prescription ou restriction particulière.

Dans un arrêt prononcé le 27 juin 2014¹³⁴, le tribunal de première instance du Brabant wallon considère que l'article 74, 23°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (désormais l'article VI.83, 23°, du Code de droit économique) prohibe une telle pratique. Selon cette disposition, est nulle car abusive la clause qui a pour objet de « désigner un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

Bien que la clause vise davantage l'action initiée contre un consommateur défendeur que l'action initiée par un consommateur agissant en qualité de demandeur, le tribunal prend appui sur l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs (qui vise également les clauses ayant pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur ») pour interpréter l'article 74, 23°, de la loi du 6 avril 2010 (désormais l'article VI.83, 23°, du Code de droit économique) : le tribunal décide qu'il y a lieu d'écarter la clause d'attribution de compétence – comme étant abusive au sens de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur – si cette clause a pour effet concret « d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur ». Or, le tribunal considère que tel est bien le cas en l'espèce, dans la mesure où la clause d'élection de for reprise dans l'acte authentique de vente avait pour effet concret de soustraire le consommateur à son juge naturel (de surcroît le juge de la situation du bien) pour le contraindre à parcourir approximativement 200 km aller/retour si la cause devait être jugée par le tribunal repris dans la clause (en l'espèce le tribunal de première instance du Luxembourg).

25. Prohibition des clauses abusives. La convention soumise à la loi Breyne, conclue entre deux parties pouvant respectivement être qualifiées, pour l'une, d'« entreprise » et pour l'autre, de « consommateur » au sens du Code de droit

¹³⁴ Liège, 28 février 2013, *Entr. et dr.*, 2015, p. 94.

économique, ne pourra contenir aucune des clauses réputées abusives, dont la liste figure à l'article VI.83 du Code de droit économique.

Par exemple, dans un arrêt prononcé le 18 février 2019¹³⁵, la cour d'appel de Bruxelles considère qu'est abusive (et donc nulle) en vertu de l'article VI.83, 9°, du Code de droit économique, la clause, contenue dans un acte authentique de vente d'un appartement sur plan soumis à la loi Breyne, selon laquelle « l'acheteur ne peut en aucun cas prendre possession du bien acheté ou y faire effectuer des travaux avant le paiement intégral du prix d'achat; à défaut de paiement, le solde impayé sera augmenté de plein droit et sans mise en demeure d'un montant de 10% et le raccordement au chauffage et à l'eau sera coupé, sans aucun recours ni indemnité pour l'acheteur ou son locataire jusqu'au paiement effectif de l'intégralité du prix ». En l'espèce, les acquéreurs avaient pris possession de l'appartement, malgré certaines réserves notifiées dans le procès-verbal de réception provisoire. Ils avaient, pour ce motif, retenu le paiement du solde du prix. Sur le fondement de la clause précitée, le promoteur leur réclamait toutefois un montant équivalant à 10% de la facture correspondant au solde restant dû. Constatant que le fondement de l'action du promoteur résidait dans l'application de cette clause déclarée abusive, la cour d'appel débouta ce dernier de sa demande.

III. Les paiements, le cautionnement et la garantie d'achèvement

26. L'interdiction de tout paiement (sauf l'acompte de 5%) avant la passation de l'acte authentique. Dans un arrêt du 12 mars 2019¹³⁶, la cour d'appel de Bruxelles rappelle que, d'une part, lors de la *signature de la convention* (sous seing privé), le vendeur ne peut réclamer à l'acquéreur qu'un acompte n'excédant pas 5% du prix total¹³⁷ et, d'autre part, qu'aucun paiement ne peut être exigé entre la signature du compromis de vente (à l'occasion de laquelle un acompte de 5% peut être payé) et la signature de l'acte authentique¹³⁸.

Dans cette affaire, le couple d'acquéreurs avait versé à la société de promotion immobilière, lors de la signature du compromis, un montant correspondant à plus de 10% du prix de l'appartement; de surcroît, le solde du prix

¹³⁵ Bruxelles, 18 février 2019, *R.W.*, 2019-2020, p. 1036.

¹³⁶ Bruxelles, 12 mars 2019, *T.B.O.*, 2019, p. 261.

¹³⁷ Art. 10, al. 2, de la loi Breyne.

¹³⁸ *Voy. contra*, mais à tort Anvers, 29 avril 2002, *Limb. Rechtsl.*, 2002, p. 294: dans cet arrêt, la cour a considéré que la convention telle que prévue à l'article 1^{er} et avant laquelle aucun paiement ne peut être demandé, serait l'acte notarié. Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cet arrêt (B. KOHL, « Woningbouwwet. Rechtspraakroniek 2000-2006 », *op. cit.*, p. 173). Cette thèse était à nouveau soutenue par le promoteur dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles. À bon droit, la cour rappelle que la loi Breyne s'applique dès la signature du compromis de vente.

avait ensuite été payé par chèque à la fin des travaux mais, avant la passation de l'acte authentique, la société venderesse avait été déclarée en faillite. Les acquéreurs, qui ne pouvaient faire valoir d'un titre authentique opposable au curateur alors qu'ils avaient payé la totalité du prix de vente, avaient agi contre la société en faillite, mais également contre le gérant de celle-ci à titre personnel, afin d'obtenir le remboursement des sommes versées.

La cour d'appel, constatant la violation manifeste de la loi Breyne, fit droit à cette demande et condamna la société ainsi que son gérant de manière solidaire au remboursement. En effet, l'article 14 de la loi prévoit une sanction pénale spécifique en énonçant que «celui qui, directement ou indirectement, contrevient aux dispositions de l'article 10 en exigeant ou en acceptant des paiements, est puni d'un emprisonnement de 8 jours à 1 mois et d'une amende de 26 francs à 200 francs ou d'une de ces peines seulement». Le gérant s'étant rendu personnellement coupable de cette infraction, celui-ci pouvait également, nonobstant la faillite et la séparation des patrimoines résultant de l'exercice de son activité sous forme de société à responsabilité limitée, être tenu, avec la personne morale (en faillite) au remboursement des sommes illégalement prélevées.

27. L'engagement d'une caution pour garantir l'exécution de l'obligation de l'acquéreur de payer le prix n'est pas interdit par la loi Breyne.

Si le mécanisme de l'étalement des paiements est strictement réglementé par la loi, rien n'empêche le promoteur, afin de s'assurer de la solvabilité de l'acquéreur lors du versement des tranches successives du prix après la signature du compromis, de prévoir la remise d'une garantie bancaire ou la fourniture d'une caution par l'acquéreur.

Un arrêt du 8 mai 2017¹³⁹ prononcé par la cour d'appel de Bruxelles comporte une illustration de cette pratique. 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 Breyne¹⁴⁰. Par un contrat séparé, une personne physique s'était engagée comme caution, en vue de garantir 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.

¹³⁹ Bruxelles, 8 mai 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 386.

¹⁴⁰ En effet, 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, secondaire ou acquise à titre d'investissement et donnée en location –, bénéficie des protections de la loi Breyne dans ses rapports avec le promoteur immobilier.

Le promoteur avait alors assigné en paiement 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.

28. Le cautionnement de l'entrepreneur agréé couvre l'inachèvement, mais également les défauts apparus avant la réception définitive. En exécution de l'article 12 de la loi, le vendeur ou l'entrepreneur qui, relativement à la nature et à l'importance des travaux dont il est chargé, répond aux conditions prévues par la législation relative à l'agrément des entrepreneurs, est tenu de constituer un cautionnement auprès de la Caisse des dépôts et consignations, soit en numéraire, soit en fonds publics, soit sous forme de cautionnement collectif (conformément à l'arrêté royal du 11 mars 1926)¹⁴¹, soit sous forme de cautionnement global conformément à l'arrêté ministériel du 23 janvier 1937¹⁴². Le montant du cautionnement s'élève à 5 % du prix du bâtiment¹⁴³; il est libéré par moitié, la première à la réception provisoire, la seconde à la réception définitive¹⁴⁴.

Selon l'article 3, alinéa 5, de l'arrêté royal d'exécution de la loi Breyne¹⁴⁵, « en cas de retard dans l'exécution ou en cas d'inexécution totale ou partielle de la convention, imputable au vendeur ou à l'entrepreneur, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage peut prélever sur le montant du cautionnement, les sommes dues pour le préjudice subi ».

La question de savoir si l'exécution défectueuse de l'immeuble doit être considérée comme un cas d'inexécution partielle de la convention et, partant, ouvrir pour le maître de l'ouvrage ou pour l'acheteur un droit à un prélèvement sur le cautionnement effectué, demeure controversée¹⁴⁶. Par un arrêt du 26 février 2015¹⁴⁷, la cour d'appel d'Anvers prend position

¹⁴¹ Arrêté royal du 11 mars 1926 autorisant les entrepreneurs, les concessionnaires et les adjudicataires de travaux d'utilité publique à user, par l'intermédiaire des sociétés agréées à cette fin, d'une garantie solidaire et collective.

¹⁴² Arrêté ministériel du 23 janvier 1937 relatif au cautionnement global.

¹⁴³ Art. 3, al. 1^{er}, de l'arrêté royal.

¹⁴⁴ Art. 3, al. 6, de l'arrêté royal.

¹⁴⁵ Arrêté royal du 4 novembre 1971 portant exécution des articles 7, 8 et 12 de la loi du 9 juillet 1971, tel que modifié par l'arrêté royal du 21 septembre 1993 (publié au *Moniteur Belge* du 13 octobre 1993).

¹⁴⁶ Voy. A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Gêne, op. cit.*, p. 37; M. DEVROEY, « De draagwijdte van de zekerheid der erkende aannemers in de wet koop op plan », *Entr. et dr.*, 1990, p. 198.

¹⁴⁷ Anvers, 26 février 2015, *NjW*, 2015, p. 852, note J. WÆLKENS.

quant à cette question, en décidant que, par « inexécution totale ou partielle de la convention », l'on entend également l'exécution « fautive » de la convention; en l'espèce, l'immeuble, dont la réception définitive des parties communes n'avait pas encore été accordée, présentait certains défauts, et l'acquéreur fut autorisé à prélever sur le cautionnement les sommes nécessaires pour remédier aux désordres constatés (le promoteur-constructeur ayant été déclaré en faillite).

Cet arrêt est par ailleurs intéressant à un second titre: les curateurs du promoteur immobilier prétendaient en effet que les acquéreurs ne pouvaient faire appel au cautionnement pour les défauts affectant les parties communes. Il est certes vrai que le montant du cautionnement que le vendeur ou l'entrepreneur doit fournir est limité à 5 % du prix du bâtiment, et que ce prix, en présence d'un immeuble à appartements, est celui mentionné dans le contrat (c'est-à-dire le prix de l'appartement objet de la vente), non pas le coût de l'immeuble dans son ensemble¹⁴⁸. Confirmant la tendance observée dans la jurisprudence, la cour d'appel considère néanmoins que, dans les immeubles à appartements, le cautionnement garantit tant les défauts affectant les parties privatives que ceux affectant les parties communes¹⁴⁹. D'ailleurs, comme le relève la cour d'appel à juste titre, le prix « du bâtiment » sur lequel se calcule le montant du cautionnement, c'est-à-dire le prix de l'appartement, se compose pour partie d'une valeur correspondant aux parties privatives cédées, mais pour partie aussi d'une valeur correspondant à une proportion des parties communes.

29. Cautionnement des entrepreneurs agréés. Portée et rang. Le vendeur ou l'entrepreneur qui, relativement à la nature et à l'importance des travaux dont il est chargé, répond aux conditions prévues par la législation relative à l'agrément des entrepreneurs, est tenu de constituer un « cautionnement » auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Il permet à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage de pallier le défaut d'achèvement du promoteur, « en cas de retard dans l'exécution ou en cas d'inexécution totale ou partielle de la convention, imputable [au promoteur] ».

Tel est notamment le cas lorsque survient une situation de concours. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un jugement du tribunal de commerce de Hasselt du 23 septembre 2010¹⁵⁰, une association de copropriétaires, représentée par son syndic, prétendait, au nom de tous les copropriétaires, prélever sur le cautionnement fourni par le promoteur en faveur de chacun des copropriétaires les sommes nécessaires à la réparation de certains défauts dans les parties communes de l'immeuble, imputables au promoteur

¹⁴⁸ Voy. E. WYMEERSCH, F. NICHELS et D. BLOMMAERT, « De garantieregeling in de wet Breyne », *R.W.*, 1994-1995, p. 184; L. BARNICH, « La loi Breyne et la garantie de l'entrepreneur agréé », *Rev. not. b.*, 1996, pp. 305-308.

¹⁴⁹ Voy. égal. Comm. Hasselt, 23 septembre 2010, *R.C.D.I.*, 2011, p. 40.

¹⁵⁰ Comm. Hasselt, 23 septembre 2010, *R.C.D.I.*, 2011, p. 40.

immobilier, déclaré en faillite. Les parties ne contestaient pas le fait que les manquements du promoteur pouvaient s'apparenter à une inexécution partielle de la convention.

Les curateurs s'opposaient cependant à ce prélèvement, en prétendant que le cautionnement ne pouvait être affecté qu'aux cas d'inexécution visant les parties privatives de l'immeuble à appartements, et non ses parties communes. Le tribunal, constatant que l'article 3 de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 prévoit que le montant du cautionnement que le vendeur ou l'entrepreneur doit fournir s'élève à 5 % du prix du bâtiment, décida que par «bâtiment», il fallait entendre, lorsque ce bâtiment est un immeuble à appartements, autant les parties privatives que les parties communes qui le composent. Selon le tribunal, l'article 3 n'établissant aucune distinction, il pouvait dès lors être fait appel à la garantie aussi bien pour les parties privatives que pour les parties communes. Partant, l'association des copropriétaires, représentée par le syndic et agissant au nom de tous les copropriétaires, était compétente pour prétendre à la libération à son profit des sommes cautionnées, en ce qui concerne les défauts affectant les parties communes.

L'association des copropriétaires faisait également valoir qu'elle disposait sur le cautionnement, en vertu de l'article 12, alinéa 3, de la loi, d'un privilège prenant rang immédiatement après le privilège prévu à l'article 27, 5°, de la loi hypothécaire. Le tribunal fit droit à cette demande et rejeta le moyen des curateurs, qui défendaient que l'alinéa 3 de l'article 12 ne concernait que la garantie consacrée à l'alinéa 2 dudit article, à savoir la garantie d'achèvement ou de remboursement et non le cautionnement.

Cette décision appelle les commentaires suivants.

Tout d'abord, il n'est plus contesté aujourd'hui¹⁵¹ que lorsque l'article 3 de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 stipule que le cautionnement est égal à 5 % du prix du bâtiment, ce pourcentage doit être calculé, dans l'hypothèse d'un immeuble à appartements, sur le prix de l'appartement vendu, tel qu'il apparaît dans la convention, et non sur la valeur du bâtiment dans son ensemble. Ainsi, il nous semble peu opportun que le tribunal ait fondé son jugement sur le terme «bâtiment» de l'article 3 de l'arrêté royal, étant donné son interprétation actuelle. En réalité, il nous aurait paru plus judicieux de considérer que dans la mesure où un appartement comporte tant des parties privatives qu'une quote-part dans les parties communes,

¹⁵¹ L. BARNICH, «La loi Breyne et la garantie de l'entrepreneur agréé», *op. cit.*, pp. 308-309; M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve publikaties, 2008, p. 111; D. PATART, «Questions d'actualité en matière de loi Breyne», *op. cit.*, n° 25.145, pp. 322-323; A. VERBEKE et K. VANHOVE, *De Wet Breyne Sans Géné*, *op. cit.*, pp. 68-69, n° 121-123; E. WYMEERSCH, F. NICHELS et D. BLOMMAERT, «De garantieregeling in de wet Breyne», *op. cit.*, p. 184. L. Barnich en résume parfaitement les raisons: 1) «le prix total d'un immeuble à appartements ne peut être déterminé que lorsque tous les appartements sont vendus [...]»; 2) «si un montant de 5 % du prix du bâtiment total doit être mis en gage au profit de chacun des acquéreurs d'appartements privés, le montant de la garantie dépendrait, pour chaque immeuble, du nombre d'appartements, ce qui n'aurait aucun sens».

le cautionnement garantit les inexécutions affectant aussi bien les parties privatives que les parties communes. Il nous semble par ailleurs que l'association des copropriétaires puise dans l'article 3.92, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, le droit d'agir contre le promoteur et, en cas de défaillance de ce dernier avant la réception, le droit de prélever les sommes cautionnées par ce dernier, nonobstant le fait que les différents cautionnements de 5 % sont constitués au bénéfice de chacun des copropriétaires¹⁵²; avec M. Devroey, nous devons cependant concéder que cette solution risque de laisser démunis les copropriétaires souhaitant mettre en œuvre ultérieurement le cautionnement en cas de retard ou d'inexécution en ce qui concerne leurs lots privatifs¹⁵³.

Ensuite, par rapport au privilège dont l'association des copropriétaires bénéficierait sur le cautionnement, la décision prise par le tribunal doit être rejetée. En effet, il est unanimement reconnu par la doctrine que le privilège de l'alinéa 3 de l'article 12 de la loi Breyne ne concerne que la garantie d'achèvement ou de remboursement des entrepreneurs non agréés. Par ailleurs, les auteurs s'accordent à dire que le texte de l'alinéa 3 doit être tenu pour non écrit¹⁵⁴, considérant qu'il s'agit d'une inadvertance du législateur, étant donné que la garantie fournie par le promoteur s'analyse juridiquement en une caution solidaire, sûreté personnelle – alors que l'article 27, 5^o, de la loi hypothécaire, auquel se réfère maladroitement l'article 12, alinéa 3, vise un privilège « sur immeuble », dont il ne peut pourtant être question à propos de la garantie d'achèvement. Le cautionnement de l'article 12, alinéa 1^{er}, de la loi Breyne peut quant à lui être qualifié de sûreté réelle puisqu'il s'analyse en un véritable gage avec dépossession du promoteur¹⁵⁵; l'acquéreur qui en bénéficie est donc titulaire d'un privilège mobilier sur les sommes mises en gage en vertu de l'article 20, 3^o, de la loi hypothécaire.

30. Renonciation à la garantie d'achèvement. Un arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles le 11 décembre 2008¹⁵⁶, permet de s'interroger

¹⁵² Cette opinion n'est cependant pas partagée par tous les auteurs. M. Devroey expose ainsi – avant la modification du régime de la copropriété par appartements par la loi du 2 juin 2010 – que le cautionnement n'est pas constitué au bénéfice de l'association des copropriétaires mais bien des différents copropriétaires séparément (M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve publikaties, 2008, p. 111).

¹⁵³ En sens inverse, si un ou plusieurs copropriétaires mettent en œuvre le cautionnement pour les parties privatives qui les concernent, l'association risquerait aussi d'être – partiellement – démunie en ce qui concerne les parties communes. *De lege ferenda*, une solution pourrait être de diviser le cautionnement en deux parties : (i) celle couvrant les parties privatives, au bénéfice de chaque acheteur, calculée sur la valeur de chaque lot privatif vendu; (ii) celle couvrant les parties communes, en faveur de l'association des copropriétaires, calculée sur la valeur de l'ensemble des parties communes.

¹⁵⁴ Voy. p. ex. J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, op. cit., p. 147, n^o 118; A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breyne*, op. cit., pp. 193-195.

¹⁵⁵ Voy. p. ex. L. BARNICH et P. VAN DEN EYNDE, « Les garanties d'achèvement et le rôle du notaire », op. cit., p. 156.

¹⁵⁶ Bruxelles, 11 décembre 2008, *Rev. not. b.*, 2012, p. 117, note B. KOHL.

sur la possibilité pour l'acquéreur ou pour le maître de l'ouvrage de renoncer au bénéfice de la garantie d'achèvement; cette question continue à faire débat dans la doctrine.

Dans cette affaire, un litige s'était noué au terme de la construction d'un immeuble à appartements entre l'association des copropriétaires de l'immeuble et le promoteur immobilier (ainsi que l'entrepreneur et les architectes). Ce dernier, refusant d'exécuter les travaux de réparation exigés pour permettre de procéder à la réception provisoire des parties communes, avait été cité en justice par l'association des copropriétaires, puis avait été déclaré en faillite. Constatant par ailleurs qu'elle ne pourrait faire appel à la garantie d'achèvement prévue par la loi Breyne – le promoteur ne l'ayant pas constituée –, l'association des copropriétaires dirigea également une action à l'encontre des Assurances du Notariat.

Les copropriétaires reprochaient notamment aux notaires d'avoir inséré dans certains actes une clause de renonciation à la garantie d'achèvement.

Lors de la modification de la loi Breyne par la loi du 3 mai 1993, un quatrième alinéa a été introduit à l'article 13 de la loi, qui précise désormais que «l'acte authentique doit mentionner que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la présente loi ont été respectées». Le rapport de la commission parlementaire de la Chambre¹⁵⁷ sur le sujet conclut qu'à l'avenir, le notaire ne pourra plus passer l'acte authentique s'il constate que les prescriptions des articles 7 et 12 de la loi Breyne n'ont pas été respectées. Il s'en déduit que le notaire est investi d'un devoir de légalité et qu'il ne peut participer à la violation de la loi Breyne en signant un acte qui emporte renonciation par l'acquéreur à la garantie d'achèvement¹⁵⁸. En d'autres termes, le notaire doit vérifier lui-même, sous sa propre responsabilité, le respect des règles de forme de l'article 7 (mentions obligatoires) ainsi que la production de la garantie d'achèvement ou du cautionnement prévu par l'article 12 de la loi. Il ne peut plus, comme autrefois, accepter de passer un acte dans lequel l'acquéreur déclarerait, fût-ce en connaissance de cause, renoncer à exercer la nullité en raison de l'absence de fourniture par le promoteur ou l'entrepreneur de la garantie énoncée à l'article 12 de la loi: jusque (et y compris à l'occasion de la passation de) l'acte authentique, l'acquéreur ne peut renoncer à exercer la nullité; il est

¹⁵⁷ Rapport VAN LOOY, *Doc. parl.*, Ch., sess. extraord., 1991-1992, n° 22/5 du 5 août 1992, discussion de l'article 5 et de l'amendement n° 11 du Gouvernement.

¹⁵⁸ Voy. M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve Publicaties, éd. revue, 2008, p. 165; J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 169, n° 152; B. KOHL, «La loi Breyne», in *La vente. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2008, n° II.1-51; 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: la réforme de la loi Breyne», *op. cit.*, pp. 112-136; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 160.

certes possible qu'avant la passation de l'acte, il n'invoque pas (en fait) la nullité d'un compromis non conforme, mais il ne peut, en droit, y renoncer¹⁵⁹.

L'on signale cependant qu'une opinion contraire minoritaire¹⁶⁰ estime 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 tout en précisant, après avoir clairement informé l'acquéreur des conséquences de la non-fourniture de la garantie d'achèvement, que certaines exigences de la loi n'ont pas été rencontrées.

En l'espèce, les actes contenant la clause de renonciation à la garantie d'achèvement concernaient uniquement ceux des lots privatifs ayant été achetés sur plan avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 mai 1993 portant modification de la loi Breyne. Partant, il ne pouvait, à raison, en être fait grief aux notaires¹⁶¹. Pour les actes relatifs aux lots privatifs passés après l'entrée en vigueur de cette loi, la cour estima – à tort selon nous – qu'à cette époque, l'immeuble était achevé et que, partant, la loi Breyne n'étant plus applicable, la constitution d'une telle garantie ne s'imposait plus.

IV. L'exécution de l'ouvrage et les réceptions

31. Séquençage des réceptions. Dans un jugement prononcé le 22 avril 2016¹⁶², le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles rappelle le séquençage des réceptions provisoire et définitive des parties

¹⁵⁹ Voy. dans ce sens: Civ. Gand, 23 mai 2001, *R.W.*, 2005-2006, p. 394.

¹⁶⁰ L. BARNICH et P. VAN DEN EYNDE, « Les garanties d'achèvement et le rôle du notaire », *op. cit.*, p. 173. Ces auteurs rejettent même l'opinion intermédiaire, selon laquelle le notaire pourrait accepter de passer l'acte, uniquement lorsqu'il y va des intérêts de l'acquéreur; « Le Comité d'études et de législation précise de même que, dans des cas exceptionnels, le notaire pourrait être amené à passer l'acte pour éviter à l'acquéreur un dommage plus grand. Mais qui juge de ceci? L'acquéreur n'est-il pas le meilleur juge de ses intérêts ou est-il incapable de les apprécier? Est-ce le notaire alors qui est le juge? Par quel tour de passe-passe se trouve-t-il investi soudain d'une telle mission? ». Ces auteurs défendent donc l'idée que le notaire pourrait en toute circonstance passer l'acte, après avoir clairement informé l'acquéreur des conséquences de la non-fourniture de la garantie d'achèvement, et en mentionnant que certaines exigences de la loi n'ont pas été rencontrées. Voy. égal. dans ce sens 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 (COORD.), *La réforme de la loi Breyne. Loi du 3 mai 1993*, *op. cit.*, pp. 79 et s.: ce dernier estime par exemple 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 [...] ».

¹⁶¹ En fonction des circonstances de l'espèce, la responsabilité du notaire pouvait déjà être engagée avant la loi de 1993 en cas de non-fourniture de la garantie; elle se fondait toutefois sur son obligation de conseil et d'information (voy. p. ex. Bruxelles, 18 mars 1986, *Pas.*, 1986, II, p. 92).

¹⁶² Civ. Bruxelles (nl.), 22 avril 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 214.

communes et privatives, dans les immeubles à appartements construits sous le régime de la loi Breyne: selon l'article 9 de la loi, il doit s'écouler au minimum une période d'un an entre la réception provisoire et la réception définitive de l'ouvrage, étant entendu que, lorsqu'il s'agit d'un immeuble à appartements, ce double processus doit être respecté tant pour les parties communes que pour les parties privatives: «la réception définitive de l'ouvrage ne peut avoir lieu qu'après qu'il se soit écoulé un an depuis la réception provisoire, et pour autant qu'il ait déjà été procédé à la réception définitive des parties communes, y compris les accès, de telle sorte qu'une habitabilité normale soit assurée»¹⁶³.

Dans son jugement, le tribunal précise à juste titre que c'est uniquement dans le cadre de la réception définitive des parties privatives que l'article 9 de la loi prescrit expressément qu'il doit déjà avoir été procédé à la réception définitive des parties communes. Autrement dit, en ce qui concerne la réception provisoire des parties privatives, il n'est pas requis que la réception provisoire des parties communes soit déjà intervenue. Cependant, à l'évidence, la réception provisoire des parties privatives suppose que les parties communes présentent un certain degré de finition pour que les parties privatives puissent effectivement et utilement être mises en service. Ainsi, lorsque les parties communes ne répondent pas à certaines exigences de sécurité, il est possible que ceci affecte la mise en service normale des parties privatives et, partant, en empêche la réception provisoire. Une situation n'est cependant pas l'autre et le juge examine souverainement si l'absence d'un parfait achèvement des parties communes est, ou non, de nature à empêcher la réception provisoire des parties privatives. Par exemple, dans l'affaire qui lui était soumise, le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles considéra que les défauts de sécurité affectant les parties communes ne présentaient pas un caractère suffisamment sérieux pour empêcher l'occupation des appartements et pour justifier le refus des acquéreurs de procéder à leur réception provisoire.

32. Réception de l'ouvrage: interdiction pour le promoteur, propriétaire d'appartements, de prendre part au vote. Pour toutes les conventions soumises à la loi, la réception de l'habitation doit se produire en deux phases distinctes, et ce peu importe que le contrat soit qualifié de contrat de vente ou de contrat d'entreprise: d'abord la réception provisoire – qui entraîne notamment la libération de la garantie d'achèvement du promoteur non agréé –; ensuite la réception définitive.

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble à appartements, ce double processus doit être respecté tant pour les parties communes que pour les parties privatives: «la réception définitive de l'ouvrage ne peut avoir lieu qu'après qu'il se soit

¹⁶³ Art. 9 de la loi Breyne. Sur les aspects pratiques de la réception des parties communes dans les immeubles à appartements, voy. R. PEETERS, «De oplevering van de gemeenschappelijke delen in mede-eigendom», *R.C.D.I.*, 2012/4, pp. 3 et s.

écoulé un an depuis la réception provisoire, et pour autant qu'il ait déjà été procédé à la réception définitive des parties communes, y compris les accès, de telle sorte qu'une habitabilité normale soit assurée». Il ne paraît pas inutile de rappeler ici – car la confusion est fréquente – que les réceptions dont il est question dans la loi Breyné concernent, bien entendu, celles que l'acquéreur (ou l'association de copropriétaires, lorsqu'il s'agit de la réception des parties communes) donne à son cocontractant, c'est-à-dire le promoteur. En d'autres termes, les rapports du promoteur et de ses sous-traitants demeurent bien distincts de la relation entre ce même promoteur et le destinataire de l'ouvrage. Cette indépendance se traduit notamment au niveau de la réception. Les deux opérations de réception (promoteur-intervenants d'une part, promoteur-client d'autre part) conservent en effet un caractère autonome. C'est ainsi que l'acquéreur d'un lot privatif ou l'association des copropriétaires pourraient se trouver fondés à opposer au promoteur un refus de réception, lors même que ce dernier aurait, préalablement, accordé la réception à son entrepreneur.

En présence d'un immeuble à appartements, la réception (provisoire ou définitive) des parties communes relève de la compétence de l'assemblée générale des copropriétaires, représentée par le syndic. L'assemblée générale doit décider s'il y a lieu ou non d'accorder la réception au promoteur, tandis que le syndic doit préparer et mettre en œuvre cette décision, notamment en participant aux réunions préalables à la réception demandée par le promoteur – le cas échéant accompagné d'un conseiller technique de la copropriété –, en faisant rapport à l'assemblée générale des copropriétaires (notamment en indiquant si la réception doit être accordée, le cas échéant avec certaines réserves, ou refusée), en signant le procès-verbal de réception, lorsque l'assemblée générale l'a mandaté à cet effet, et en suivant les éventuels travaux de reprise (et en faisant rapport sur ce point à l'assemblée générale), lorsque la réception a été refusée ou n'a été accordée qu'avec certaines réserves.

Dans un jugement du 6 août 2013¹⁶⁴, le juge de paix de Furnes rappelle que 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^{er}, de l'arrêté royal d'exécution de la loi Breyné). En effet, «le contrôleur et le contrôlé ne peuvent être la même personne»; le promoteur ne peut donc pas participer aux délibérations et au vote à l'occasion de l'assemblée générale de l'association des copropriétaires appelée à se prononcer sur la réception provisoire ou définitive des parties communes.

En l'espèce, l'assemblée générale d'une copropriété avait été invitée à se prononcer sur l'octroi au promoteur immobilier de la réception des parties communes de l'ouvrage et, dans cette perspective, sur la désignation

¹⁶⁴ J.P. Furnes, 6 août 2013, *R.C.D.I.*, 2014/1, p. 30.

d'un avocat et d'un expert « dans le cadre de la problématique de la réception ». Tous les copropriétaires étaient présents ou représentés, et la décision de désigner un avocat et un expert fut rejetée par 564 voix contre 436 voix se prononçant en faveur de cette décision. Le rapport de l'assemblée générale ne mentionnait cependant pas quels copropriétaires avaient voté pour, et quels autres avaient voté contre la proposition soumise au vote. Or, le promoteur était toujours propriétaire de certains appartements (à concurrence de 211/1000^{es}) et avait pris part au vote de la résolution proposée. S'il s'était abstenu, comme la loi le recommande, la proposition de désigner un avocat et un expert à l'effet de représenter la copropriété face aux difficultés liées à la réception (différents manquements relatifs à la réalisation des parties communes étant reprochés au promoteur par plusieurs copropriétaires) aurait été adoptée par une majorité de 436 voix sur les 789 voix autorisées à voter.

En conséquence, le juge de paix prononça la nullité du vote pour le point de l'assemblée générale relatif à la réception des parties communes.

33. Présomption de réception en cas de non-comparution à la réunion de réception fixée par exploit d'huissier: interprétation stricte de l'article 2, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal. Le tribunal de première instance de Hasselt, dans un jugement du 21 octobre 2009¹⁶⁵, a décidé à juste titre d'exiger du promoteur qu'il se conforme de manière stricte à la formalité énoncée à l'article 2, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 portant exécution des articles 7, 8 et 12 de la loi du 9 juillet 1971 : lorsque l'acheteur ou le maître de l'ouvrage n'a pas donné suite à la requête écrite du promoteur en vue d'effectuer la réception, le promoteur, pour bénéficier de la présomption – irréfragable – de réception, doit démontrer qu'il a dûment sommé l'acheteur ou le maître de l'ouvrage de comparaître à une nouvelle réunion, convoquée cette fois « par exploit d'huissier ».

Dans cette affaire, le promoteur entendait bénéficier de la présomption de réception en démontrant que les acquéreurs ne s'étaient pas présentés, à la date prévue, à la réunion fixée pour procéder à la réception. En l'espèce, le promoteur avait averti les acquéreurs, par courrier du 17 août 2006, qu'il serait procédé à la réception le 23 août 2006. Les acquéreurs ne s'étant pas présentés à cette date, le promoteur entendait bénéficier de la présomption de réception. À juste titre, le tribunal écarta cette prétention, dans la mesure où le promoteur ne démontrait pas avoir ensuite sommé les acquéreurs, par exploit d'huissier, de comparaître, à la date fixée dans cet exploit, aux fins de procéder à la réception. Par ailleurs, le promoteur ne put non plus bénéficier de la présomption établie à l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 – c'est-à-dire la présomption (réfragable) de réception en cas d'occupation ou d'utilisation par l'acquéreur du bien –, dans la mesure où

¹⁶⁵ Civ. Hasselt, 21 octobre 2009, *R.C.D.I.*, 2011/3, p. 35.

les acquéreurs démontraient avoir fait savoir au promoteur, par un courrier du 22 août 2006, qu'ils ne pouvaient accepter la réception provisoire en raison de l'existence de plusieurs malfaçons.

34. Appréciation en fait du caractère réfragable de la présomption de réception tacite par la prise de possession : à propos de la clause assimilant certains faits à la prise de possession. Des litiges surviennent régulièrement à propos de la seconde présomption, le promoteur opposant à l'acquéreur le bénéfice d'une réception provisoire tacitement acquise. En droit commun de la construction, la Cour de cassation rappelle que la détermination de l'existence d'une agrégation tacite constitue une question de fait relevant de l'appréciation souveraine du juge du fond¹⁶⁶ : le juge peut déduire d'un ensemble de circonstances (telles que le paiement du (solde du) prix sans réserves, la libération par le maître de l'ouvrage des sûretés (en particulier le cautionnement) constituées par l'entrepreneur en garantie de la parfaite exécution de l'ouvrage ou, en matière commerciale, l'absence de protestation à la réception de la facture de l'entrepreneur) que le maître de l'ouvrage a tacitement agréé l'ouvrage construit¹⁶⁷. Lorsque la loi Breyné s'applique, « l'occupation ou l'utilisation » par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage du bien ou des parties transformées ou agrandies suffit, aux termes de l'article 2, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971, pour permettre au promoteur de prétendre au bénéfice de la présomption de réception tacite. Il revient alors à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage d'établir la preuve contraire par toutes voies de droit.

L'appréciation des circonstances permettant à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage de faire échec à la présomption constitue une question de fait, appréciée souverainement par le juge du fond. Ainsi, dans une affaire soumise à la cour d'appel de Mons et ayant donné lieu à un arrêt du 19 janvier 2011¹⁶⁸, aucun procès-verbal de réception n'avait été dressé et, quatre mois après la prise de possession de l'immeuble par l'acquéreur, l'acquéreur s'était plaint de malfaçons dans l'immeuble. Le promoteur, s'appuyant sur la présomption établie par l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971, prétendait que par la possession de l'immeuble durant quatre mois, l'acquéreur avait tacitement reconnu la conformité des travaux. La cour d'appel écarta néanmoins cette dernière présomption, l'acquéreur de l'immeuble établissant s'être plaint verbalement, puis, quelques mois plus tard, par écrit, des malfaçons affectant l'immeuble au moment de la prise de possession par ce dernier. De même, la cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 21 décembre

¹⁶⁶ Cass., 26 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2167; *R.W.*, 2009-2010, p. 359: « Il appartient au juge du fond d'apprécier en fait, en se fondant sur les circonstances de la cause, si un acte du maître de l'ouvrage constitue une réception tacite des travaux ».

¹⁶⁷ Voy. B. STROOBANTS, « De stilzwijgende oplevering onder de wet Breyné », note sous Gand, 21 décembre 2007, *Entr. et dr.*, 2011, p. 162 et réf. citées.

¹⁶⁸ Mons, 19 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 39, note B. KOHL.

2007¹⁶⁹, considéra que la prise de possession ne pouvait être considérée comme une réception tacite, différents éléments (notamment des courriers postérieurs contradictoires) établissant au contraire que cette réception n'avait pas été accordée.

Le contrat de vente sur plan faisant l'objet du litige dans cette dernière affaire contenait par ailleurs une clause qui, tout en rappelant que la prise de possession ou l'occupation par l'acquéreur entraînait la réception provisoire, assimilait certains faits (prise des clés, apport de meubles dans l'immeuble, exécution de travaux de décoration) à une prise de possession par l'acquéreur. En l'espèce, le promoteur n'établissait pas que les conditions de cette clause étaient remplies.

L'on peut toutefois s'interroger sur la validité d'une telle clause au regard des dispositions impératives de l'article 2, § 2, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971. Cette disposition vise «l'occupation ou l'utilisation» par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage du bien ou des parties transformées ou agrandies. En d'autres termes, comme le releva la cour dans cet arrêt, seule la preuve d'une prise de possession réelle ou d'une occupation réelle des lieux – sans réserve de l'acquéreur – peut valoir réception tacite des travaux¹⁷⁰. Partant, si les faits visés par cette clause (prise des clés, apport de meubles dans l'immeuble, exécution de travaux de décoration) ne permettent pas *in concreto* de démontrer l'existence d'une prise de possession ou d'une occupation réelle, la clause, contraire à l'article 2, § 2, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 (car visant à établir une présomption de réception au départ d'éléments ne démontrant pas nécessairement l'occupation ou l'utilisation «réelle»), sera privée d'effet: en application de l'article 13 de la loi, en présence d'un contrat contenant une clause énonçant des modalités de réception différentes de celles énoncées à l'article 2 de l'arrêté royal d'exécution de la loi Breyne, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage peut invoquer, à son choix, soit la nullité du contrat, soit la nullité de la seule clause contraire¹⁷¹. En revanche, si les éléments visés dans la clause, pris isolément ou avec d'autres, permettent au juge de conclure à l'existence d'une prise de possession ou d'une occupation réelle, le promoteur peut dans ce cas bénéficier de la présomption de réception tacite, par le simple effet à l'article 2, § 2, de l'arrêté royal du 21 octobre 1971: la clause est, dans ce cas, dénuée de toute utilité.

En d'autres termes, menacée d'être frappée de nullité, ou inutile lorsque les faits démontrent une prise de possession ou une occupation réelle, la clause

¹⁶⁹ Gand, 21 décembre 2007, *Entr. et dr.*, 2011, p. 158, note B. STROOBANTS et note B. VAN LIERDE.

¹⁷⁰ Nonobstant la prise de possession réelle, la formulation de réserves permet au maître de l'ouvrage ou à l'acquéreur de retourner la présomption de réception tacite.

¹⁷¹ Art. 13, al. 2 et 3, de la loi. Face à une telle clause, le choix de l'acquéreur d'opter pour la nullité du contrat dans son ensemble pourrait toutefois, en fonction des circonstances de l'espèce, apparaître comme un abus de son droit (voy. entre autres en ce sens M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve publikaties, 2008, p. 151).

ainsi formulée devrait être évitée dans les contrats de vente ou de construction d'immeubles soumis à la loi Breyné.

35. Refus abusif de transmettre les clés à défaut de paiement du solde du prix. Les conventions de vente sur plan sont des contrats synallagmatiques. Le promoteur peut donc opposer l'*exceptio non adimpleti contractus* à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage en défaut d'exécution. Lorsque des prestations doivent encore être accomplies par le vendeur, l'entrepreneur ou le promoteur après la date d'exigibilité du paiement et que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage reste en défaut d'effectuer le paiement – ce qui est le cas lorsque l'acompte n'est pas versé ou que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage ne respecte pas l'échéancier des paiements en cours d'exécution de l'ouvrage –, le vendeur, l'entrepreneur ou le promoteur peut, sans même avoir mis l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage en demeure de payer¹⁷², suspendre de manière proportionnée l'exécution de ses propres obligations. Ce faisant, il fait usage de la sanction de l'exception d'inexécution¹⁷³.

L'exception d'inexécution ne peut être soulevée par le vendeur, l'entrepreneur ou le promoteur qu'en se conformant aux préceptes de la bonne foi. Ainsi, un léger retard de paiement par l'acquéreur ou par le maître de l'ouvrage ne pourra, au titre de l'exception d'inexécution, justifier un abandon du chantier par le vendeur, l'entrepreneur ou le promoteur¹⁷⁴.

La dernière tranche de paiement du prix, régulièrement fixée à 5 % du prix, doit habituellement être payée à la réception. À cet égard, comme le décide le tribunal de première instance de Louvain dans un jugement du 8 mars 2013¹⁷⁵, si le promoteur peut exercer un droit de rétention sur les clés de l'habitation jusqu'au paiement du solde, l'exercice de ce droit ne peut toutefois être constitutif d'abus.

En constitue une autre illustration l'affaire ayant donné lieu à un arrêt prononcé par la cour d'appel d'Anvers le 17 mai 2021¹⁷⁶. En l'espèce, le promoteur refusait de procéder à la réception provisoire et à la délivrance des clés tant que l'acquéreur ne payait pas le solde du prix. La cour considéra

¹⁷² La doctrine majoritaire considérait autrefois que le créancier ne peut suspendre l'exécution de ses obligations qu'après avoir préalablement mis le débiteur en demeure (voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 800, n^o 779 et réf. citées). À l'occasion de la réforme du droit des obligations (livre 5 du Code civil), le législateur a cependant tranché la controverse dans le sens de la doctrine minoritaire: il résulte de l'article 5.83, alinéa 3, que l'exigence de mise en demeure ne s'applique pas pour la mise en œuvre de la sanction de l'exception d'inexécution.

¹⁷³ Le mécanisme de l'*exceptio non adimpleti contractus* avait été élevé au rang de principe général de droit par la Cour de cassation (voy. p. ex. Cass., 24 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 326, note W. ABBELOOS; Cass., 22 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 970; Cass., 11 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 372; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977). Ce principe est désormais expressément consacré par le législateur aux articles 5.98 et 5.239 du Code civil.

¹⁷⁴ Voy. Bruxelles, 28 mars 2002, *Res. jur. imm.*, 2002, p. 142.

¹⁷⁵ Civ. Louvain, 8 mars 2013, *R.C.D.I.*, 2013, p. 41.

¹⁷⁶ Anvers, 17 mai 2021, *T.B.O.*, 2021, p. 380, note J.-W. VERBEKE.

en l'espèce que la manière dont le vendeur avait tenté d'exercer le droit de différer la réception provisoire et le transfert des clés qu'il croyait pouvoir tirer de l'acte authentique de vente constituait un abus de droit, car l'exercice de ce droit dépassait manifestement les limites de l'exercice normal dudit droit par une personne (morale) prudente et raisonnable¹⁷⁷.

36. Incidence de la loi Breyne sur les effets de la réception. Le législateur a intégré, dans la loi Breyne, la pratique largement répandue de la double réception. Aussi, pour toutes les conventions soumises à la loi, la réception de l'habitation doit se produire en deux phases distinctes, et ce peu importe que le contrat soit qualifié de contrat de vente ou de contrat d'entreprise: d'abord la réception provisoire; ensuite la réception définitive. La loi Breyne ne déroge cependant pas aux effets que la jurisprudence et la doctrine majoritaires attachent respectivement aux réceptions provisoire et définitive: d'une part, la réception provisoire a pour seul but de constater l'achèvement des travaux (et arrête, par conséquent, le cours des dommages-intérêts moratoires), d'opérer le transfert des risques et de faire courir le délai pendant lequel le maître de l'ouvrage pourra procéder à une vérification approfondie desdits travaux pour déceler les vices éventuels; d'autre part, la réception définitive est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît la bonne exécution par son cocontractant de ses obligations; elle constitue ainsi l'équivalent de la réception (unique) envisagée par le Code civil ainsi que le point de départ de la responsabilité décennale et, sous réserve des défauts graves ou des défauts cachés, libère l'entrepreneur de toute responsabilité quant aux conséquences dommageables des malfaçons qu'il aurait commises dans l'exécution des ouvrages.

Les parties peuvent toutefois en décider autrement, en attachant un véritable effet d'agrément à la réception «provisoire» et en la transformant ainsi en une agrément au sens du Code civil¹⁷⁸. Dans un arrêt prononcé le 13 décembre 2018¹⁷⁹, la Cour de cassation décide à cet égard que l'article 9 de la loi «n'a pas pour objet de déroger aux effets que le droit commun de la vente ou de l'entreprise attache à l'agrément de l'ouvrage en ce qui concerne la garantie due à raison des défauts cachés». Partant, il s'en déduit

¹⁷⁷ En réalité, comme l'écrit à juste titre l'annotateur de l'arrêt, il n'était pas nécessaire, en l'espèce, de recourir à la figure juridique de l'abus de droit: la raison pour laquelle l'acquéreur se refusait à payer le solde du prix résidait dans l'existence de certains défauts ou inachèvements. L'acquéreur ne faisait dès lors qu'exercer son droit de prétendre au bénéfice de l'exception d'inexécution. Au contraire, le promoteur ne pouvait pas valablement soulever une telle exception, nonobstant la clause figurant dans l'acte: tant que subsistaient de telles imperfections, l'acquéreur était fondé à s'opposer à la demande du promoteur visant au paiement du solde du prix (la retenue étant, en l'espèce, de faible ampleur – environ 3% du prix total –, et tout à fait proportionnée au regard des imperfections à corriger) (J.-W. VERBEKE, «Rechtsmisbruik bij voorlopige oplevering: wat is disproportioneel?», note sous Anvers, 17 mai 2021, *T.B.O.*, 2021, p. 385).

¹⁷⁸ Voy. Cass., 24 février 1983, *Pas.*, 1983, I, n° 356, p. 716.

¹⁷⁹ Cass., 13 décembre 2018, inédit, *Juridat*, n° F-20181213-2.

que « si les parties fixent l'agrément à la réception provisoire, le droit commun de la vente ou de l'entreprise est applicable dès ce moment, dont l'obligation pour l'acheteur d'agir à bref délai ou dans un délai utile ».

Les clauses présentes à ce sujet dans certains contrats de construction ou de vente d'immeubles à construire sont parfois improprement rédigées.

L'arrêt prononcé par la cour d'appel de Gand le 12 juin 2009¹⁸⁰ en constitue une illustration. En l'espèce, les rédacteurs de l'acte avaient soumis l'opération à la loi Breyne, lors même que l'appartement étant vendu « *casco* » (le promoteur ne s'engageant pas à livrer un appartement « habitable »). Dans cette affaire, la réception provisoire avait eu lieu le 14 décembre 1993; les défauts étaient apparus en 1997, et l'acquéreur avait immédiatement cité le promoteur en référé afin d'obtenir, par ordonnance du 14 mai 1997, la désignation d'un expert judiciaire. Le rapport final de l'expert avait été déposé le 23 avril 1999, puis l'acquéreur avait attendu plus de quatre ans pour finalement citer au fond le promoteur, par citation du 20 août 2004. Sur la base de la garantie des vices cachés du vendeur, une telle action aurait assurément été déclarée tardive, en application de l'article 1648 de l'ancien Code civil qui impose à l'acquéreur d'agir à bref délai¹⁸¹. En revanche, en matière de responsabilité décennale (art. 1792 et 2270 anc. C. civ.), la Cour de cassation a précisé, notamment dans deux arrêts du 4 avril 2003¹⁸² et du 2 février 2006¹⁸³, que le maître de l'ouvrage n'était pas tenu d'agir rapidement après la découverte du vice: l'action en responsabilité décennale ne doit pas, au contraire de l'action en garantie des vices cachés de la vente, être introduite à bref délai¹⁸⁴; il suffit qu'elle soit introduite dans le délai décennal. La soumission par le rédacteur de l'acte de l'opération à la loi Breyne n'emporta néanmoins pas de conséquences dommageables pour le promoteur, car le contrat prévoyait que le point de départ de la responsabilité décennale était fixé à la réception provisoire, soit le 14 décembre 1993, et non à la réception définitive, intervenue au plus tôt un an plus tard. L'action au fond, introduite

¹⁸⁰ Gand, 12 juin 2009, *NjW*, 2010, p. 253, note R.S.

¹⁸¹ À cet égard, la jurisprudence considère que si la demande de désignation d'un expert en vue de déterminer la nature et la cause du vice peut suspendre le bref délai, ce n'est qu'à la condition que l'acquéreur saisisse le juge du fond dès après avoir pris connaissance des conclusions de l'expert désigné en référé (voy. p. ex., en matière de vente immobilière: Bruxelles, 30 mars 2010, *T.B.O.*, 2010, 265; Bruxelles, 26 avril 2002, *Res. jur. imm.*, 2003, p. 72; Liège, 16 septembre 1996, *Rev. Reg. Droit*, 1996, p. 583, note P. WÉRY).

¹⁸² Cass., 4 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 736; *R.G.A.R.*, 2004, n° 13826; *T.B.O.*, 2004, p. 43, note W. GOOSSENS.

¹⁸³ Cass., 2 février 2006, *NjW*, 2006, p. 218; *Pas.*, 2006, p. 270; *R.W.*, 2005-2006, p. 1590, note S. MOSSELMANS.

¹⁸⁴ À la différence également de l'action en responsabilité de l'entrepreneur pour vices cachés « véniels », qui doit être initiée par le maître de l'ouvrage dans un délai « utile » à dater de la découverte du vice (Cass., 8 avril 1988, *Entr. et dr.*, 1989, p. 301, obs. S. DE COSTER; Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 454; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX).

le 20 août 2004 – plus de dix ans après la réception provisoire –, était donc tardive, même sur la base de la responsabilité décennale.

Sur ce dernier point, l'arrêt est cependant critiquable. Le caractère d'ordre public de la responsabilité décennale empêche de faire courir celle-ci à compter de la réception provisoire qui, en règle, ne constitue pas une véritable réception au sens du Code civil à défaut d'effet d'agrément: en principe, la réception provisoire a pour seul but de constater l'achèvement des travaux (ainsi que d'opérer le transfert des risques et de faire courir le délai de vérification approfondie desdits travaux pour déceler les vices éventuels); ce n'est que par la réception définitive que le maître de l'ouvrage reconnaît la bonne exécution par son cocontractant de ses obligations; la réception définitive constitue donc le point de départ de la responsabilité décennale. Cette règle est certes supplétive – comme le rappelle à bon droit la cour d'appel d'Anvers dans cet arrêt –, de telle sorte que les parties peuvent valablement attacher un véritable effet d'agrément à la réception « provisoire » en la transformant en une agrément au sens du Code civil¹⁸⁵. En revanche, les parties ne peuvent fixer le point de départ du délai décennal à leur bonne convenance: ce point de départ doit nécessairement coïncider avec la date de l'agrément des travaux. Ceci signifie que ne peuvent être cautionnées les clauses insérées dans les contrats d'entreprise (ou les contrats de vente d'immeubles à construire soumis à la loi Breyné) qui, comme en l'espèce, fixent le point de départ de la responsabilité décennale à la réception provisoire (ou toute autre date antérieure à la réception définitive) sans pour autant conférer un effet d'agrément à cette date¹⁸⁶.

37. Transfert de la garde et de la charge des risques dans la loi Breyné. En application de l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi Breyné, quelle que soit la qualification du contrat (en particulier peu importe qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise), le transfert des risques ne peut s'opérer avant la réception provisoire des travaux, ou, lorsqu'il s'agit d'un appartement, avant la réception provisoire des parties privatives¹⁸⁷. Par cette disposition, le législateur a choisi la solution la plus favorable à l'acquéreur. La solution n'est pas nouvelle en ce qui concerne le contrat de construction immobilière, puisque la solution jurisprudentielle consistait également à dissocier

¹⁸⁵ Voy. Cass., 24 février 1983, *Pas.*, 1983, I, n° 356, p. 716. Voy. J. HERBOTS, « La charnière chronologique des responsabilités des entrepreneurs, architectes et promoteurs », *R.C.J.B.*, 1985, pp. 404 et s., spéc. n° 44.

¹⁸⁶ Lorsque, comme en l'espèce, les parties se limitent par convention à fixer à la réception provisoire le point de départ de la responsabilité décennale, la jurisprudence tend généralement à considérer que, par cette clause, les parties ont également souhaité donner à la réception provisoire un effet d'agrément. Cette interprétation est contestée par certains, en s'appuyant sur la règle d'interprétation énoncée à l'article 1157 du Code civil (voy. en ce sens G. TOSSENS, « La responsabilité décennale », note sous Liège, 12 décembre 1991, *R.G.D.C.*, 1994, p. 389; W. GOOSSENS, *Aaneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, coll. Recht en onderneming, Bruges, die Keure, 2003, p. 994).

¹⁸⁷ Art. 5, al. 2, de la loi.

le transfert des risques et le transfert de la propriété¹⁸⁸. Par rapport au droit commun du contrat de vente, la loi Breyne déroge à la règle habituelle du parallélisme entre le transfert de la propriété et de la charge des risques, en donnant au candidat-acquéreur une protection maximum : « ce dernier devient, en effet, propriétaire de l'immeuble au fur et à mesure de son édification alors que, le transfert des risques étant retardé jusqu'à la réception provisoire, le constructeur doit supporter les aléas de l'entreprise pendant toute la durée des travaux »¹⁸⁹.

Dans la période commentée, un arrêt du 6 mars 2008 de la cour d'appel de Liège¹⁹⁰ fournit une application intéressante de ces principes. Dans cette affaire, un promoteur s'était vu confier la construction d'un immeuble « clé sur porte ». Alors que la réception n'avait pas encore été accordée, l'immeuble avait été détruit par un incendie. Appliquant l'article 5 de la loi Breyne, la cour décida que le transfert des risques n'avait pas encore eu lieu à l'époque de la survenance de l'incendie, de telle sorte que les risques de perte de la chose reposaient sur le promoteur. La cour considéra par ailleurs que le promoteur ne pouvait faire état d'un cas de force majeure : le fait que l'incendie fût criminel (l'auteur étant resté inconnu) n'exonérait pas *ipso facto* le promoteur de sa responsabilité ; rien ne permettait d'écarter de manière certaine que l'incendie ait été totalement étranger au fait ou à la faute du promoteur, dans la mesure où celui-ci avait mis à la disposition de tous ses sous-traitants des clés de l'immeuble, et qu'il ne pouvait être exclu que ce soit grâce à l'une de ces clés que l'auteur avait pu pénétrer dans les lieux (aucune trace d'effraction n'ayant été relevée). Tenu d'une obligation de résultat¹⁹¹, le promoteur était donc contraint d'indemniser l'assureur incendie, subrogé dans les droits du maître de l'ouvrage, pour les dommages

¹⁸⁸ Cette solution semble avoir été confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1995 (*Entr. et dr.*, 1997, p. 30). Selon cet arrêt, l'article 1788 de l'ancien Code civil (selon lequel l'entrepreneur supporte les risques afférents à la chose si celle-ci périt par cas fortuit avant que le maître n'en ait effectué la réception) vise uniquement le transfert des risques et non le droit de propriété, transféré au fur et à mesure de la mise en œuvre des matériaux par le phénomène de l'accession. Voy. cependant les observations critiques de P. A. FORIERS, « Le transfert de propriété et des risques dans l'entreprise de construction. Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1995 ou les hasards de la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, *op. cit.*, pp. 135 et s.

¹⁸⁹ J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁰ Liège, 6 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 453, note E. LOUSBERG.

¹⁹¹ Cette solution est généralement déduite de l'observation que le promoteur est considéré comme étant un spécialiste chargé d'une mission globale de fournir à son client un bien immeuble, de la même manière que le ferait un vendeur. Indépendamment de la qualification contractuelle retenue, le promoteur s'engage donc à fournir un résultat, c'est-à-dire un immeuble conforme au plan et au cahier des charges, dans le délai convenu avec son client ; il prend en charge les tâches et les risques qui reposent sur l'initiateur du projet immobilier. L'obligation de résultat concerne également l'absence de désordres postérieurement à la livraison de l'immeuble. La Cour de cassation a confirmé ce principe par un arrêt du 21 octobre 2010 (Cass., 21 octobre 2010, *T.B.O.*, 2012, p. 24).

causés après l'incendie à l'immeuble sur le point d'être réceptionné. Pour échapper à cette sanction, le promoteur aurait dû procéder lui-même aux réparations nécessitées par l'incendie, sans préjudice de son obligation de payer des dommages et intérêts pour le retard de livraison éventuellement entraîné par celles-ci.

Comme l'explique E. Lousberg dans son commentaire de cette décision, si l'incendie avait bel et bien constitué un cas de force majeure, selon l'article 1788 de l'ancien Code civil, le promoteur n'aurait pu demander la rémunération du travail fourni, ni pour la perte des matériaux qu'il avait fournis; par conséquent, le promoteur «aurait dû reprendre la réalisation de l'ouvrage selon les conditions du marché initial. En appliquant la jurisprudence de la Cour de cassation française¹⁹², l'offre de l'entrepreneur de rembourser le coût de la construction suivant les conditions du marché aurait également été satisfaisante»¹⁹³. En revanche, au-delà de l'obligation de reconstruire, sans contrepartie financière (la partie de) l'immeuble détruit par l'incendie – reposant sur lui en application de l'article 1788, malgré l'absence de tout comportement fautif –, l'entrepreneur n'aurait pas été tenu d'indemniser le maître de l'ouvrage pour le préjudice subi par ce dernier résultant de l'évènement imprévisible (par exemple du fait du retard causé sur l'exécution des travaux par l'incendie ou de la hausse du prix des matériaux¹⁹⁴).

Enfin, la réception provisoire opère également le transfert de la garde de l'immeuble à l'acquéreur. Il en résulte que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage a désormais l'obligation d'assumer le coût des polices d'assurance qui peuvent éventuellement couvrir l'immeuble et son occupation ou son exploitation. Le tribunal correctionnel de Charleroi applique d'ailleurs ce principe dans une affaire concernant des poursuites pénales initiées contre un promoteur immobilier qui avait fait construire un immeuble vendu en application de la loi Breyne, au mépris des prescriptions relevant du droit de l'urbanisme¹⁹⁵. En l'espèce, était notamment posée la question du point de départ de la prescription de l'action publique concernant l'infraction de maintien d'un immeuble en état d'infraction urbanistique. Sur la base des articles 4 et 5 de la loi, le tribunal considère, à bon droit, que c'est la réception provisoire qui met fin à la maîtrise que peut avoir le promoteur immobilier sur le bien, et non le transfert de propriété. Il s'en déduit que c'est à la date de la réception provisoire des parties communes (lorsque l'infraction urbanistique concerne lesdites parties communes), que le promoteur immobilier n'a plus

¹⁹² L'auteur cite Cass. fr., 9 novembre 1999, *Gaz. Pal.*, 2000, 1, somm., p. 258, note M. PEISSE; Cass. fr., 28 octobre 1992, *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, note P.-Y. GAUTHIER.

¹⁹³ E. LOUSBERG, «Les risques dans le contrat de construction. "Plus faibles sont les risques, meilleure est l'entreprise"», note sous Liège, 6 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 458.

¹⁹⁴ Voy. E. LOUSBERG, «Les risques dans le contrat de construction. "Plus faibles sont les risques, meilleure est l'entreprise"», *op. cit.*, p. 458.

¹⁹⁵ Corr. Hainaut, div. Charleroi, 19 novembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 613.

la possibilité de mettre fin à l'infraction. C'est donc à cette date que doit être fixé le point de départ du délai de prescription de l'action publique.

38. Incidence du refus illégitime d'accorder la réception sur la libération du cautionnement. L'acquéreur ou le maître de l'ouvrage ne peut refuser la réception qu'en faisant valoir des motifs légitimes. Le juge peut considérer non fondé le refus de réception lorsque les défauts relevés présentent un caractère minime au regard de l'ampleur de l'immeuble réalisé, ou au regard du coût minime des travaux de rectification nécessaires, par rapport au prix total de l'ouvrage. De même, lorsque certains défauts subsistent, mais qu'ils n'empêchent en rien l'utilisation de l'ouvrage conformément à sa destination, le comportement de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage, qui refuserait purement et simplement d'accorder la réception, fût-ce avec certaines réserves, pourrait lui être reproché.

Dans ce cas, le promoteur peut réclamer à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage la réparation du dommage qu'il subit en raison du manquement fautif de ce dernier. Ainsi le promoteur agréé au sens de la législation relative aux marchés publics et qui a, en conséquence, constitué un cautionnement de 5% peut, comme le décide le tribunal de première instance de Flandre occidentale (division Furnes) dans un jugement du 29 janvier 2018, réclamer à son client, non seulement la libération de la première moitié dudit cautionnement, mais également une indemnité correspondant à la prolongation des frais de constitution du cautionnement. Cette indemnité peut notamment se traduire par le montant des intérêts supportés par le promoteur pendant la période s'écoulant entre la date à laquelle la réception aurait dû être accordée et la date de la libération effective de la moitié du cautionnement, et qui ont été payés sur les sommes dépassant cette moitié.

39. Obligation de résultat du promoteur immobilier quant au délai d'exécution, et date de prise de cours des indemnités de retard. L'article 7, alinéa 1^{er}, f), de la loi Breyne dispose que les conventions doivent « déterminer la date du début des travaux, le délai d'exécution ou de livraison et les dommages-intérêts pour retard d'exécution ou de livraison; ces dommages-intérêts doivent correspondre au moins à un loyer normal du bien achevé auquel se rapporte le contrat ».

Dans un arrêt du 27 mai 2013¹⁹⁶, la cour d'appel de Mons rappelle d'une part que l'obligation d'achever l'immeuble dans le délai contractuel constitue une obligation de résultat dans le chef du promoteur, d'autre part que même en cas de retard, aucune indemnité ne sera due pour la période antérieure à la mise en demeure.

Dans cette affaire, les parties avaient signé une convention dite de « coordination ». Malgré la qualification donnée par les parties à leur contrat

¹⁹⁶ Mons, 27 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1346.

(«mandat de coordonner»), la convention entrait sans équivoque dans le champ d'application de la loi. Toutefois, la nullité de la convention n'avait pas été prononcée, puisque la réception provisoire du bâtiment avait déjà été accordée par le client de l'entrepreneur au moment de la citation introductive d'instance.

Le client du promoteur entendait toutefois prétendre au bénéfice d'une indemnité pour le retard, l'habitation ayant fait l'objet d'une réception provisoire bien au-delà du délai de 150 jours ouvrables fixé dans la convention, après qu'une mise en demeure d'achever l'ouvrage ait été adressée au promoteur immobilier par son client.

L'obligation d'un promoteur d'effectuer le travail dans le délai convenu s'analyse en une obligation de résultat. Il en résulte donc, conformément au droit commun, que le promoteur ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en établissant une cause étrangère libératoire, c'est-à-dire un événement exempt de toute faute du promoteur, tant avant, pendant qu'après sa survenance et qui a rendu impossible l'exécution de son obligation, cette impossibilité pouvant être soit temporaire, soit définitive. Le cas échéant, la preuve de la cause étrangère pourra être apportée de manière indirecte, en démontrant l'absence de toute faute dans le chef de l'entrepreneur et en éliminant toute autre cause possible du retard que la survenance d'une cause étrangère libératoire.

En l'espèce, le promoteur ne démontrait pas que le délai d'exécution avait été dépassé en raison de la survenance d'intempéries ou d'une autre cause étrangère libératoire.

Toutefois, du seul fait de l'échéance du terme convenu, le promoteur n'est pas juridiquement en état d'inexécution ou de retard d'exécution. Conformément aux principes généraux du droit des obligations, des dommages et intérêts moratoires ne peuvent être exigés du promoteur qu'après mise en demeure. Il est fait exception à l'exigence de mise en demeure lorsque la convention déroge expressément à cette règle, lorsque l'exécution est devenue impossible ou lorsque l'exécution ne pouvait avoir lieu qu'à une époque que le débiteur a laissée passer.

Dans cette affaire, les parties n'avaient pas déterminé, conformément à l'article 7, alinéa 1^{er}, f), de la loi, le montant des indemnités dues par le promoteur en cas de retard d'exécution. La cour fixa dès lors ce montant d'autorité, en regard de la valeur locative du bien. Dans la mesure où la loi Breyne ne déroge pas à l'exigence de mise en demeure, établie par le droit commun des obligations et des contrats, la cour refusa, à bon droit, d'accorder au client du promoteur une indemnité de retard pour la période ayant précédé la date à laquelle la mise en demeure avait été adressée au promoteur.

40. Possibilité, par une transaction conclue lors de la réception, de fixer l'indemnité de retard à un montant inférieur à celui prévu lors de la signature de la convention. Aux termes de l'article 7, alinéa 1^{er}, f),

de la loi, la convention – sous signature privée ou authentique – soumise à la loi Breyne doit non seulement mentionner la date du début des travaux et le délai d'exécution ou de livraison, mais également les dommages et intérêts pour retard d'exécution ou de livraison. Ces dommages et intérêts doivent correspondre au moins à un loyer normal du bien achevé auquel se rapporte le contrat.

Par un arrêt du 27 février 2008¹⁹⁷, la cour d'appel de Bruxelles précise que la loi Breyne n'étant pas d'ordre public, rien n'empêche les parties de convenir, par une transaction conclue à l'occasion de la réception provisoire des travaux, d'une indemnité forfaitaire fixant les dommages et intérêts à raison du retard d'exécution, moindre que celle convenue dans la clause, rédigée conformément à l'article 7 de la loi.

En effet, la loi Breyne vise à la protection de cette catégorie considérée faible de personnes que sont les clients des promoteurs immobiliers, et non « les intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité », ni « les bases fondamentales de l'ordre économique ou moral de la société ». Elle présente donc un caractère impératif (non d'ordre public au sens strict).

Il en résulte, d'abord, que la nullité de la convention contraire à la loi Breyne ne peut être postulée que par la seule partie protégée, c'est-à-dire l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage. Ensuite, la clause contractuelle frappée de nullité est susceptible de confirmation par l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage. Une telle renonciation ne peut toutefois intervenir qu'*a posteriori* et en connaissance de cause.

Rien n'empêche donc l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage postérieurement à la passation de l'acte authentique ou de la réception provisoire, non seulement de convenir d'une indemnité de retard différente de celle à laquelle il aurait pu prétendre selon la clause insérée dans le contrat, mais également de renoncer à se prévaloir de la nullité de ladite clause pénale, si celle-ci s'avérait contraire au prescrit de l'article 7.

V. La responsabilité du promoteur après réception

41. La loi Breyne étend la responsabilité décennale au promoteur-vendeur, qui reste pour le surplus tenu de la garantie des vices cachés.

Un jugement du tribunal de première instance francophone de Bruxelles du 14 janvier 2014¹⁹⁸ rappelle l'articulation particulière du régime de la responsabilité décennale et de la garantie des vices cachés du promoteur, lorsque le contrat conclu par ce dernier doit recevoir la qualification de contrat de vente (sur plan). En l'espèce, l'association des copropriétaires

¹⁹⁷ Bruxelles, 27 février 2008, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1453 (somm.).

¹⁹⁸ Civ. Bruxelles fr., 14 janvier 2014, *R.C.D.I.*, 2015/1, p. 25.

faisait état de certains vices affectant la construction de l'immeuble vendu sur plan.

La demanderesse fondait son action aussi bien sur la responsabilité décennale, qui figure dans l'ancien Code civil à l'article 1792 et qui suppose normalement l'existence d'un contrat d'entreprise, que sur la garantie des vices cachés du vendeur, énoncée aux articles 1641 et suivants de l'ancien Code civil.

En effet, dérogeant au droit commun, l'article 6 de la loi Breyne étend la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs au vendeur d'une habitation à construire. Par cette disposition, le législateur a voulu unifier le régime de la responsabilité du professionnel malgré les différentes qualifications possibles des contrats pouvant rentrer dans le champ d'application de la loi Breyne. En l'espèce, cependant, les fissures n'étaient pas de nature à porter atteinte à la stabilité ou à la solidité du bâtiment, de telle sorte que les conditions de la responsabilité décennale n'étaient pas réunies.

La responsabilité décennale n'est cependant pas exclusive des garanties et responsabilités prévues par le droit commun de la vente, lorsque le contrat de promotion immobilière peut recevoir cette qualification. En effet, la loi Breyne ne modifie pas le régime de la garantie du droit commun mais ne fait qu'y ajouter une «garantie» supplémentaire; lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente, celui-ci reste donc pour le surplus soumis au régime de la garantie des vices cachés¹⁹⁹. En l'espèce, l'association des copropriétaires démontrait, grâce au rapport d'expertise, l'existence d'un défaut (caché) de construction – en l'espèce le recours à des briques d'un autre type que celui qui aurait dû être utilisé ou à tout le moins l'absence de pose de joint de dilatation –, entraînant des infiltrations; le tribunal, constatant que l'association des copropriétaires avait bien agi «à bref délai» à compter de la découverte du vice, fit dès lors droit à la demande de celle-ci de voir le promoteur condamné, au titre de l'action estimatoire, à lui payer une indemnité correspondant au coût des réparations et à la moins-value.

Enfin, un jugement du tribunal de première instance de Gand²⁰⁰ rappelle à juste titre que, pour les immeubles collectifs, la responsabilité décennale du promoteur-vendeur quant aux parties communes peut être invoquée par tous les propriétaires d'appartements pour autant qu'un seul des appartements ait été vendu avant son achèvement²⁰¹. La responsabilité décennale due par le vendeur bénéficie donc à tous les propriétaires, et même à ceux qui ont acquis leur appartement achevé, c'est-à-dire sans application de la loi Breyne²⁰². Ce faisant, le législateur soumet l'ensemble de l'immeuble à un seul

¹⁹⁹ Art. 1641 et s. de l'ancien Code civil.

²⁰⁰ Civ. Gand, 24 juin 2008, *T. App.*, 2012/1, p. 25.

²⁰¹ Art. 6, al. 3, de la loi.

²⁰² Voy. L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2^e éd., coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 75.

système de responsabilité, nonobstant le fait que certaines ventes se sont produites en dehors du champ d'application de la loi²⁰³.

42. Pour l'application de la clause d'exonération de la garantie des vices cachés, une société commerciale, qui n'exerce pas une activité habituelle de promoteur immobilier, doit-elle être considérée comme un vendeur professionnel? La détermination de la qualité d'«entreprise» ou de «vendeur professionnel» est cruciale pour apprécier la validité des clauses d'exonération de la garantie des vices cachés. D'abord, l'article VI.83 du Code de droit économique prohibe en effet, dans les ventes conclues entre une «entreprise» et un consommateur, toute suppression ou restriction de la garantie des vices cachés prévue aux articles 1641 et suivants de l'ancien Code civil. Sont partant interdites et donc nulles, non seulement toute clause supprimant cette garantie, mais également les clauses en réduisant la durée ou la portée. En outre, il convient par ailleurs d'être attentif, même lorsque l'acheteur est un professionnel, à la «présomption de connaissance du vice» reposant sur le vendeur qui livre un produit de son industrie ou de son commerce. Celle-ci fait en effet, en principe, obstacle à toute exonération dans son chef de sa garantie en matière de vices cachés.

La notion de vendeur professionnel (de bien immeuble) n'est cependant pas définie par la loi, pas plus que celle de promoteur immobilier. Se pose donc également la question si une société commerciale, qui n'exerce pas l'activité habituelle de vente de biens immeubles, peut recevoir une telle qualification.

Le tribunal de première instance d'Anvers, dans un jugement du 16 février 2016²⁰⁴, répond négativement à cette question, à juste titre selon nous. Dans cette affaire, un acquéreur avait acquis d'une société commerciale (active dans le secteur de la publicité) un immeuble ayant fait l'objet de travaux de rénovation. Postérieurement à la vente, l'acquéreur avait découvert l'existence de défauts affectant l'ouvrage et résultant de malfaçons dans les travaux de rénovation; devant le tribunal, l'acquéreur entendait fonder son action, d'une part sur la base de la garantie des vices cachés à l'égard du vendeur et d'autre part sur la base de la responsabilité décennale (la solidité du bâtiment étant atteinte) à l'égard de l'entrepreneur (l'action contre ce dernier lui ayant été transmise par l'effet de la vente à titre d'accessoire de la chose vendue). De son côté, le vendeur entendait se prévaloir de la clause d'exonération de la garantie figurant dans l'acte de vente, que l'acquéreur entendait faire écarter, au motif que la société commerciale ayant vendu l'immeuble devait

²⁰³ Voy. M. DEVROEY, *De wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, éd. revue, 2008, p. 140; J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, op. cit., p. 85; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, 2^e éd., coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 75; A. RENARD et P. VAN DER SMISSEN, *La loi Breyne*, op. cit., p. 85.

²⁰⁴ Civ. Anvers, 16 février 2016, *Entr. et dr.*, 2017, p. 367.

être qualifiée de « promoteur immobilier » tenue à une obligation de résultat, et censée connaître les vices affectant l'immeuble vendu.

Dans son jugement, le tribunal décide à bon droit qu'une simple clause des statuts de la société commerciale (exerçant son activité dans le domaine de la publicité) qui mentionne notamment qu'elle peut également poser certains actes concernant l'acquisition, la vente et la gestion de biens immobiliers ne démontre pas à elle seule l'existence d'une activité professionnelle dans le secteur immobilier et, partant, ne permet pas de retenir la qualification de promoteur immobilier. La simple circonstance que l'immeuble acheté par la société ait été revendu peu de temps (deux ans) après son achat, ne faisait par ailleurs pas de la société un promoteur immobilier. Celle-ci pouvait donc valablement invoquer la clause d'exonération en matière de vices cachés à l'encontre de son propre acheteur.

43. En cas de recours au mécanisme de la renonciation à accession, seul le vendeur des constructions est habituellement qualifié de promoteur immobilier, non le vendeur du terrain ou des quotes-parts de terrain. Pour la vente de maison ou d'appartements à construire, il arrive souvent, lorsque le promoteur immobilier n'est pas le propriétaire du terrain, que celui-ci ait recours au mécanisme de la renonciation à accession, par lequel le propriétaire du terrain lui concède de manière temporaire un droit de superficie lui permettant de construire le ou les immeubles sur son terrain. L'acte de renonciation à accession est généralement assorti d'un mandat confié par le propriétaire au promoteur en vue de procéder à la vente des quotes-parts de terrain correspondant aux unités de logement vendues, ou le cas échéant d'une option d'achat cessible portant sur ces quotes-parts, pouvant être levée par les candidats-acquéreurs lors de la signature de l'acte authentique d'achat sur plan de leur unité de logement.

Dans un arrêt du 8 avril 2014²⁰⁵, la cour d'appel de Bruxelles constate que, dans une telle configuration, la qualité de promoteur immobilier repose normalement sur le seul constructeur, et non sur le propriétaire du terrain mettant celui-ci à sa disposition, et dont le rôle se limite à la vente des quotités de terrain aux futurs acquéreurs, sans qu'il ne prenne aucun engagement de construire ni n'assume aucune responsabilité quant à la bonne exécution de l'ouvrage.

Les circonstances de fait propres à chaque dossier peuvent cependant conduire le juge à une appréciation différente; ce fut d'ailleurs le cas en l'espèce, la cour d'appel ayant, sur la base de considérant gisant en fait, été amenée à considérer que le propriétaire du terrain revêtait bel et bien la qualité de promoteur. En effet, dans cette affaire, la cour avait constaté que le propriétaire du terrain était en réalité intervenu en tant que professionnel du secteur immobilier à tous les stades de la préparation et de la réalisation

²⁰⁵ Bruxelles, 8 avril 2014, *T.B.O.*, 2015, p. 50, note M. DE CLERCQ.

du projet de construction: il avait contracté avec l'architecte, avait sollicité et obtenu le permis d'urbanisme et apparaissait dans les procès-verbaux de chantier comme le « maître de l'ouvrage ». Ses statuts ne laissaient par ailleurs planer aucun doute quant à son activité de promoteur. Pour ces raisons, le propriétaire du terrain ne pouvait nier sa qualité de promoteur immobilier. En raison de son obligation de résultat, le promoteur immobilier fut, en conséquence, déclaré responsable du surcoût qui était la conséquence de l'achèvement des travaux par un autre entrepreneur après la faillite de l'entrepreneur initial²⁰⁶.

En d'autres termes, rejoignant les recommandations déjà formulées par R. De Briey, les parties s'assureront au minimum, afin d'éviter une extension de l'application de la loi Breyne au propriétaire du terrain: (i) d'opérer une distinction claire entre « constructeur » et « propriétaire du terrain », ainsi qu'entre les droits et obligations de chacun, forcément distincts à l'égard de l'acquéreur; (ii) de prévoir une organisation claire des rapports juridiques entre « constructeur » et « propriétaire du terrain », par exemple en recourant au procédé de la renonciation au droit d'accession et la création corrélatrice du droit de superficie au bénéfice du constructeur; (iii) de veiller à authentifier ce droit de superficie et la transcription de l'acte, en vue d'assurer son opposabilité aux tiers²⁰⁷.

VI. Les sanctions

44. La nullité peut-elle frapper l'opération, lorsque la convention de réservation d'une habitation à construire a été suivie d'un acte authentique de vente d'immeuble achevé ? L'acquéreur peut-il prétendre aux protections établies par la loi Breyne lorsque, après avoir signé une convention de réservation portant sur une habitation à construire, dont il ne pouvait prétendre au bénéfice qu'une fois informé par le promoteur que la construction est achevée, il signe ensuite – après achèvement – un compromis de vente ou un acte authentique relativement à cette construction ?

La réponse est assurément négative lorsque la convention de réservation a été consentie à titre gratuit par le promoteur, que l'immeuble est, effectivement, achevé lors de la signature du compromis ou de l'acte authentique, et que le promoteur ne doit plus accomplir aucune prestation pour « achever » la construction: d'une part, la convention de réservation n'est pas soumise à

²⁰⁶ La cour précise également que si l'intention des parties avait réellement été de limiter le rôle du propriétaire des terrains au seul fait de vendre les quotes-parts de terrains aux futurs acquéreurs, ce dernier n'aurait manqué de le convenir de manière expresse avec le constructeur et vendeur des appartements.

²⁰⁷ Voy. R. DE BRIEY, « La promotion immobilière et la loi Breyne: questions choisies », *op. cit.*, pp. 138-140.

la loi, à défaut pour l'acquéreur d'être contraint d'effectuer un paiement ou un versement avant l'achèvement de l'immeuble; d'autre part, le compromis et l'acte authentique sont relatifs à des bâtiments achevés, exclus de la loi Breyne.

La question est plus délicate lorsque la convention de réservation a été conclue à titre onéreux, prévoyant par exemple un acompte de 5 % ou 10 %, perdu par l'acquéreur s'il ne se présente pas à l'invitation du promoteur, à l'issue de la construction, afin de signer le compromis de vente ou l'acte authentique. Dans un tel cas, sauf à ce que l'on se trouve en réalité face à une véritable convention d'étude (auquel cas le montant remis ne peut dépasser 2 % du coût estimé des travaux), le contrat de réservation est très certainement annulable, le promoteur s'étant fait remettre une somme d'argent sans respecter le formalisme de la loi (et sans fournir l'une des garanties d'achèvement prévues à l'article 12). Néanmoins, selon l'article 13, alinéa 3, de la loi Breyne, la nullité doit être invoquée par l'acquéreur 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.

L'application de ces principes se trouvait au cœur du litige ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 26 juin 2012²⁰⁸. Dans cette affaire, une convention intitulée «convention de réservation» avait été signée entre une entreprise de construction et son client. La réservation, qui était consentie à titre gratuit pour une durée d'un peu plus de quatre mois, permettait au candidat-acquéreur, une fois informé par le vendeur (promoteur) que l'habitation était achevée, d'acheter celle-ci à un prix déterminé – par préférence à tout tiers –, en signant à cet effet dans les vingt jours un compromis de vente (avec versement d'un acompte de 5 %), suivi, deux mois plus tard, de la passation de l'acte authentique.

Dans une telle configuration, l'opération tout entière échappe à la loi Breyne: la convention de réservation est conclue à titre gratuit, et le compromis de vente – ainsi qu'*a fortiori* l'acte authentique – est signé à un moment où l'habitation est achevée, le promoteur n'étant plus tenu à une quelconque obligation d'achèvement à l'égard de l'acquéreur.

Toutefois, en l'espèce, le compromis de vente ne fut pas signé: les parties comparurent directement devant les notaires le 1^{er} juin 2007. Il fut toutefois stipulé dans cet acte, au titre de «conditions générales», que certains travaux d'achèvement devaient encore être exécutés par l'entreprise, laquelle s'engageait à les réaliser pour le 6 juin 2007, une retenue de 10 000 euros sur le prix de vente étant effectuée à titre de garantie de leur bonne exécution.

Ces travaux étaient d'importance, puisqu'il s'agissait notamment du placement de toutes les portes intérieures et des plinthes, du placement du groupe hydrophore, de la mise en route de la chaudière après

²⁰⁸ Liège, 26 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1699.

placement des panneaux solaires, du placement des volets extérieurs, de la pose de la paroi d'une douche, de la réalisation du « carport », de la pose du revêtement de la terrasse, des balustrades et de l'escalier d'accès, ou encore du semis de la pelouse et de la réalisation de la clôture mitoyenne.

À suivre l'enseignement de l'arrêt du 4 mai 2012 de la Cour de cassation²⁰⁹, les parties et les notaires instrumentant pouvaient, dans la rédaction de l'acte authentique de vente, se dispenser du respect de la loi Breyne – quand bien même la maison ne fût-elle pas totalement achevée à la date de la passation dudit acte –, à condition qu'il puisse être considéré qu'à ce moment, le degré de finition des travaux était tel que l'habitabilité normale de l'immeuble fut assurée. L'on se souviendra que, dans son arrêt, la Cour faisait le 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.

L'on ne reproduira plus ici les critiques qui nous paraissent devoir être formulées à l'endroit de la formule employée par la Cour de cassation : selon nous, c'est au regard des termes du contrat que sera apprécié l'achèvement de l'immeuble, en fonction du degré de confort promis par le professionnel, au-delà des seules conditions minimales d'habitabilité : il nous paraît en effet que la convention portant sur la construction d'un immeuble habitable au moment de sa signature, mais non encore « achevé », au regard des engagements de finition pris par le promoteur, reste soumise à la loi Breyne, l'habitabilité ne se confondant pas avec l'achèvement de l'immeuble.

En toute hypothèse, même en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, l'on aurait éventuellement pu considérer, en l'espèce, vu l'ampleur des prestations devant encore être accomplies par le promoteur, que la loi demeurerait applicable au moment de la signature de l'acte authentique, et ce d'autant plus que l'acte authentique énonçait explicitement qu'une réception des travaux devait encore avoir lieu en présence d'un architecte : l'habitabilité « normale » d'un immeuble est-elle assurée lorsque, notamment, les portes intérieures, la balustrade de la terrasse et le branchement de la chaudière doivent encore être réalisés ?

La cour d'appel ne s'engagea toutefois pas dans l'examen du caractère ou non achevé de l'immeuble au jour de la signature de l'acte authentique. Choissant de qualifier la convention de « réservation » comme une promesse d'achat ou de vente, la cour conclut à la nullité de ladite convention, qui ne contenait pas toutes les mentions obligatoires de l'article 7 de la loi. Estimant l'acte authentique « lié » à ladite convention, la cour procéda également à l'annulation de cet acte et condamna le promoteur à restituer le prix de vente, à augmenter des frais d'acte et d'une indemnité *ex æquo et bono* (notamment pour compenser le placement de la cuisine par l'acquéreur

²⁰⁹ Voy. *supra*, n° 9.

dans les lieux, ainsi qu'une indemnisation du dommage moral à concurrence de 1.000 euros).

Selon nous, la convention de réservation s'analysait en réalité en un pacte de préférence à titre gratuit, non soumis à la loi Breyne. S'agissant de l'acte authentique, l'article 13, alinéa 4, de la loi Breyne énonce que lorsque la convention soumise à la loi fait l'objet d'un tel acte authentique, le notaire doit mentionner dans l'acte que toutes les prescriptions des articles 7 et 12 de la loi Breyne ont été respectées. En conséquence, le notaire doit vérifier lui-même, sous sa propre responsabilité, le respect des règles de forme de l'article 7 (mentions obligatoires) ainsi que la production de la garantie d'achèvement ou du cautionnement prévu par l'article 12 de la loi; après l'intervention du notaire, la nullité de la convention ne peut plus être invoquée par l'acquéreur.

En d'autres termes, en l'espèce, la nullité tirée de l'éventuelle inobservation de la loi Breyne ne pouvait plus selon nous être soulevée par l'acquéreur, un acte authentique ayant été passé. Partant, la cour aurait dû opter pour l'une des deux conclusions suivantes: (i) soit considérer que l'immeuble était achevé, selon la définition désormais donnée par la Cour de cassation – en décidant que le degré de finition était, lors de la signature de l'acte authentique, tel que l'habitabilité normale du bien fut déjà assurée –; dans ce cas, l'action de l'acquéreur fondée sur la violation de la loi Breyne aurait dû être déclarée non fondée; (ii) soit considérer que l'immeuble n'était pas achevé. Cette seconde solution fut retenue par la cour, puisque celle-ci décida, à propos des engagements du promoteur, qu'«il ne s'agit pas de travaux mineurs ou marginaux et [qu']il ne peut être considéré que l'immeuble était "achevé" lors de la signature de l'acte authentique de vente et de paiement du prix alors que tous les travaux contractuellement promis n'avaient pas été effectués, même si la réalisation de ces travaux devait être exécutée dans un court délai, même si l'immeuble était "habitable"». Toutefois, dans la mesure où l'acte authentique avait été passé, la nullité de l'opération ne nous semblait plus pouvoir être prononcée. En revanche, puisque la protection que doit en principe fournir à l'acquéreur l'assistance du notaire à ce moment avait été prise en défaut, un recours éventuel en garantie fondé sur la responsabilité professionnelle du notaire aurait pu s'envisager, à condition, toutefois, que cette faute puisse avoir causé un quelconque dommage dans le chef de l'acquéreur.

45. Dommages et intérêts complémentaires à la sanction de nullité.

En cas de nullité d'une convention contraire à la loi Breyne, il y a lieu, comme le rappelle par exemple le tribunal de première instance de Dinant dans son jugement du 29 mai 2009²¹⁰, d'ordonner la restitution à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage du prix payé par ce dernier. Si l'existence

²¹⁰ Civ. Dinant, 28 mai 2009, *Rev. not. b.*, 2010, p. 383. Cette décision est commentée *supra*, n° 7.

d'un dommage dans le chef de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage n'est nullement requise pour que celui-ci puisse se prévaloir de la nullité²¹¹, le juge a la possibilité de condamner en outre le promoteur au paiement de dommages et intérêts complémentaires, à condition que soient démontrés le comportement fautif de ce dernier (*culpa in contrahendo*)²¹² et le préjudice de l'acquéreur. Ainsi, dans cette affaire, outre la condamnation à rembourser le prix payé par l'acquéreur (218.647,00 euros), le tribunal considéra qu'il était «évident que l'attitude [du promoteur] était inadmissible dans le chef d'un professionnel de la construction, qui a tenté d'éluder des dispositions d'ordre public qu'il connaissait, ou devait connaître, et ce, à l'encontre d'un néophyte. Il a ainsi créé dans le chef de ce dernier une situation gravement problématique qui n'aurait pas dû exister». Le promoteur fut condamné, *ex æquo et bono*, à payer à son client 5.000,00 euros à titre de dommages et intérêts complémentaires.

Une telle condamnation n'est cependant possible qu'à la condition que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage établisse l'existence d'un dommage. Dans un jugement du 19 décembre 2008²¹³, le tribunal de première instance de Tongres, après avoir rejeté l'action introduite par le promoteur à la suite de la décision des acquéreurs de rompre les relations contractuelles et avoir prononcé la nullité de la convention, écarta la demande reconventionnelle des acquéreurs, visant à obtenir l'allocation de dommages et intérêts complémentaires à charge du promoteur. Pour le tribunal, si le comportement fautif du promoteur était certes établi – ce dernier avait «saucissonné» l'opération en trois actes distincts, afin de tenter de la faire échapper à la loi Breyne –, les acquéreurs ne démontrèrent cependant pas l'existence d'un dommage qui n'aurait pas été réparé par l'annulation des conventions venues entre les parties.

Enfin, en cas de faillite de l'entreprise de promotion immobilière, la responsabilité personnelle des administrateurs (sur le fondement de la *culpa in contrahendo*) ne peut être exclue: la faute extracontractuelle commise par les organes d'une personne morale lors de la conclusion d'un contrat engage la responsabilité de la personne morale, mais cette responsabilité n'exclut pas la responsabilité personnelle des organes de la personne morale. Ainsi, dans un arrêt prononcé le 4 septembre 2018²¹⁴, la cour d'appel de Bruxelles condamne personnellement les anciens administrateurs d'une société de construction, déclarée en faillite. En l'espèce, un contrat de «coordination»

²¹¹ 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 (Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction – après la réforme de 1993)*, *op. cit.*, p. 163; L. ROUSSEAU, *La loi Breyne*, coll. Droit notarial, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 156.

²¹² Voy. p. ex. sur cette question P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 358.

²¹³ Civ. Tongres, 19 décembre 2008, *R.C.D.I.*, 2009, p. 3.

²¹⁴ Bruxelles, 4 septembre 2018, *T.B.O.*, 2019, p. 57.

avait été conclu au mépris de la loi Breyne (en particulier, sans fournir au maître de l'ouvrage la garantie d'achèvement prévue par l'article 12 de la loi). Les anciens administrateurs furent donc déclarés responsables *in solidum* du préjudice résultant de la faute précontractuelle (ce dommage consistant dans le complément de prix que les maîtres de l'ouvrage avaient été contraints de payer à l'entrepreneur chargé de l'achèvement de l'habitation, après la faillite du premier constructeur).

46. Contrats «éclatés» ou contrat d'échange et nullité. Les cours et tribunaux condamnent fréquemment les promoteurs ou constructeurs qui tentent d'échapper à l'application de la loi en scindant artificiellement l'opération entre la construction d'un bien inachevé (gros œuvre non habitable, non soumis à la loi) et la réalisation des travaux d'achèvement (technique des «contrats éclatés»: par la conclusion de plusieurs *instrumentum*, les parties tentent de cacher le *negotium* unique). En effet, comme le souligne R. De Briey, «rentrent dans [le] champ d'application toutes et chacune des conventions qui constituent une des composantes de l'opération immobilière prise dans son ensemble»²¹⁵. Lorsque le professionnel présente à son client un ensemble de différents contrats, tentant par ce morcellement de soustraire illicitement l'opération globale du champ d'application de la loi Breyne, la sanction de nullité frappe-t-elle toute l'opération ou seulement certains contrats pris isolément?

Dans un jugement du 19 décembre 2008²¹⁶, le tribunal de première instance de Tongres a retenu la première solution, en procédant à l'annulation des trois conventions distinctes ((i) vente d'un garage et d'une parcelle, (ii) réalisation du gros œuvre d'un appartement et (iii) réalisation des finitions de ce même appartement), formant le même *negotium*. La question de la nullité de chacune des conventions, ou de certaines d'entre elles seulement, ne semblait cependant pas avoir été soulevée. La cour d'appel de Gand a adopté une même solution dans son arrêt du 31 janvier 2008²¹⁷. Dans cette affaire, les parties avaient conclu une opération d'échange, aux termes de laquelle les propriétaires cédaient au promoteur 865/1000^{es} d'un terrain dont le prix devait être payé, d'une part en espèces et d'autre part, par la construction et la livraison d'un appartement et d'un garage au rez-de-chaussée, auxquels correspondaient respectivement 120/1000^{es} et 15/1000^{es} dans les parties communes d'un immeuble à appartements à construire sur le terrain. Le même jour, les parties avaient signé un contrat d'entreprise portant sur la construction de l'appartement et du garage. La cour conclut à la nullité de l'opération d'échange dans son ensemble, et procéda aussi bien à l'annulation de la vente qu'à celle du contrat d'entreprise, lesquels

²¹⁵ R. DE BRIEY, «La promotion immobilière et la loi Breyne: questions choisies», *op. cit.*, p. 146.

²¹⁶ Civ. Tongres, 19 décembre 2008, *R.C.D.I.*, 2009, p. 3.

²¹⁷ Gand, 31 janvier 2008, *R.W.*, 2011-2012, p. 275.

formaient un tout indivisible entrant dans le champ d'application de la loi. En particulier, la cour rejeta la prétention du promoteur, qui prétendait que seul le contrat d'entreprise, à l'exclusion du contrat de vente, devait être frappé de nullité.

Un arrêt prononcé par la cour d'appel de Liège le 28 avril 2011 confirme cette tendance²¹⁸. La cour précise notamment que si le promoteur avait envisagé de lier les deux conventions, de manière à empêcher la nullité de l'une sans prononcer également celle de l'autre, il lui revenait de choisir la formule (notariée) de la vente sur plan. En outre, le contrat d'entreprise était affecté d'une condition suspensive relative à l'obtention par le maître de l'ouvrage d'un permis d'urbanisme, ceci démontrant que ce contrat aurait parfaitement pu ne pas sortir ses effets, sans que la vente du terrain en soit pour la cause affectée.

En soi, cette solution n'est pas critiquable. Elle ne constitue toutefois pas une position de principe: selon les cas, le juge nous semblerait valablement pouvoir décider que, même si les conventions sont effectivement imbriquées, ceci n'a pas nécessairement pour conséquence que la nullité ne puisse être appliquée que sur l'ensemble des conventions²¹⁹.

²¹⁸ Liège, 28 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1424.

²¹⁹ Voy. p. ex. Bruxelles, 9 décembre 1997, *Entr. et dr.*, 2000, p. 250: dans cette affaire, les maîtres de l'ouvrage avaient signé quatre conventions: une avec le promoteur immobilier, pour la construction de la maison, une avec une entreprise liée à ce promoteur, agissant comme mandataire pour la vente du terrain (l'un des vendeurs ayant par ailleurs des liens très étroits avec ce promoteur) et deux autres avec un architecte. Les maîtres de l'ouvrage poursuivaient exclusivement la nullité du contrat d'entreprise de construction, souhaitant conserver la propriété du terrain pour le prix payé au vendeur. La cour d'appel décida que l'existence de connexions étroites entre les conventions n'emportait pas pour conséquence que la nullité ne puisse être appliquée que sur l'ensemble des conventions: selon la cour, étant donné que le contrat d'entreprise devait remplir les conditions de l'article 1^{er} de la loi Breyne de manière détachée du contrat de vente, l'annulation du premier contrat pouvait être poursuivie sans devoir également demander l'annulation du contrat de vente. En première instance, le juge avait estimé au contraire que le complexe constitué des deux premiers contrats constituait une « convention » au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi Breyne et que, ces deux conventions étant indissociablement liées, les maîtres de l'ouvrage ne pouvaient décider de ne faire porter la sanction de nullité que sur le seul contrat portant sur la construction de la maison (Civ. Bruxelles, 17 octobre 1996, *Res. jur. imm.*, 1996, p. 247; *Entr. et dr.*, 2000, p. 244).