

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif

Thème n° 1 – Droit privé

Rapport belge

Version provisoire (arrêtée au 15 avril 2017)

Nicolas THIRION

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Antoine VANDENBULKE

Assistant à l'Université de Liège

Philippe MOINEAU

Assistant à l'Université de Liège

1. Le territoire que recouvre l'expression « droit privé » et ses confins incertains commandent d'emblée de circonscrire l'objet du présent rapport. Il en va d'autant plus ainsi que les problématiques visées sont elles-mêmes si vastes que, même en unissant leurs forces, trois auteurs ne seraient guère en mesure de prétendre les embrasser exhaustivement, fût-ce dans la sphère circonscrite d'un droit positif déterminé. Précisons donc d'emblée que les développements qui suivent s'appuieront, pour l'essentiel, sur une région privilégiée du droit privé – en l'occurrence, le droit commercial et économique –, sous réserve de quelques incursions dans le droit des obligations, le droit des biens et le droit du travail. En outre, même au sein de cette région, aussi périphérique fût-elle par rapport à sa prestigieuse capitale (le droit civil), il ne saurait être question de prétendre à la complétude. Nous procéderons donc plutôt par illustrations ponctuelles, compte tenu de leur caractère significatif ou de leur capacité à éclairer les pratiques jurisprudentielles et doctrinales étudiées dans la présente contribution.

2. Afin de conférer à cette dernière une certaine fluidité, nous avons également pris le parti de ne pas suivre scrupuleusement l'ordre du questionnaire soumis aux rapporteurs nationaux mais d'aborder les diverses interrogations qu'il contient suivant un plan en trois parties. Nous étudierons successivement, non sans un certain nombre d'interactions toutefois, les données fournies par la jurisprudence, d'une part (I), et par la doctrine, d'autre part (II). Au cours de ces deux premières étapes, nous nous efforcerons de déterminer l'importance que les juridictions judiciaires (en particulier, la Cour de cassation) et la doctrine accordent respectivement, dans l'interprétation du droit positif, aux concepts, aux intérêts et aux valeurs. Dans une troisième étape, nous nous demanderons si le droit belge ne recèle pas un mécanisme syncrétique qui, mis en exergue aussi bien par certaines évolutions jurisprudentielles que par un ensemble de réflexions doctrinales, emprunterait simultanément aux trois démarches (III).

I. Concepts, intérêts et valeurs dans la jurisprudence belge, en particulier celle de la Cour de cassation

A. L'emploi des concepts : entre cohérence et pragmatisme¹

3. Le droit est un discours recouvrant un ensemble généralement très vaste de concepts :

¹ Ce point s'efforce d'apporter des éléments de réponse aux questions 6 et 7.

pas seulement ces concepts fondamentaux par l'entremise desquels la substance de règles éparses est synthétisée mais aussi, plus banalement, des concepts empruntés au langage ordinaire auxquels les agents du système juridique confèrent, au besoin, une signification spécifique en vue d'atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés. S'ensuit-il nécessairement que ces concepts sont rigoureusement employés de la même façon à travers toute la trame du droit positif d'un système normatif déterminé, à l'instar du droit belge ? La logique et le souci de cohérence sembleraient devoir le requérir. Toutefois, si les concepts les plus éprouvés du droit privé (tels que la propriété, le contrat, l'obligation, etc.) paraissent avoir résisté à l'épreuve du temps et présenter une « remarquable stabilité »², tel n'est pas le cas pour un nombre grandissant de notions juridiques, dont le législateur fait parfois usage dans des contextes si différents que l'on en vient à se demander s'il faut leur attribuer un sens identique dans chacune des diverses occurrences³.

De ce point de vue, à défaut d'une indication expresse quant à la définition du concept dans le texte législatif ou réglementaire à interpréter, la jurisprudence se trouve confrontée à un dilemme : ou bien, au nom de la cohérence globale du système juridique et de l'articulation ordonnée entre ses différentes parties, conclure à l'identité de sens d'un même concept, quel que soit le domaine du droit dans lequel il est employé, ou bien admettre la polysémie du concept, sur la base de raisons jugées suffisamment convaincantes pour écarter le souci de cohérence, quitte à laisser ainsi proliférer, au sein de l'ordre juridique, des notions à géométrie variable.

4. La première approche peut être illustrée par le concept de « publicité ». Afin de déterminer si la croix verte généralement accrochée au mur des pharmacies doit être considérée comme une « publicité lumineuse » au sens d'un règlement établissant une taxe communale, la Cour d'appel d'Anvers s'est tournée vers le droit commercial pour déterminer le sens du concept de « publicité ». La Cour s'est en effet appuyée sur la définition énoncée dans les lois du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et du 21 octobre 1992 relative à la publicité trompeuse pour conclure qu'une telle croix ne peut être assimilée à une publicité, car elle ne peut être définie comme un message dont le but est de promouvoir la vente de produits ou de services⁴. Pour définir une notion en droit fiscal, le juge s'est donc fondé sur une définition empruntée au droit commercial – domaine d'où la notion de publicité est originairement issue. Par cette démarche, il contribue à renforcer la cohérence du concept au sein de l'ordre juridique dans son ensemble.

Plus généralement, le droit fiscal (à l'instar du droit du travail lorsqu'il recourt à des notions de droit civil) fait fréquemment référence à des concepts évoqués dans d'autres branches du droit ; à défaut d'une définition propre, ces concepts doivent en principe être appréciés dans la signification qu'ils revêtent dans la branche du droit d'où ils proviennent⁵. Ainsi, la Cour de cassation a par exemple confirmé que, sauf dérogation expresse, la notion de « bénéficiaires imposables » doit être déterminée conformément aux règles du droit comptable⁶.

² Pour reprendre l'expression de P. Wéry à propos du droit des obligations, *Droit des obligations*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 11.

³ Nous laissons ici de côté l'hypothèse d'un concept auquel le législateur aurait explicitement conféré une signification différente suivant le texte, ou la portion de texte, en cause, quitte à prêter directement le flanc au reproche d'incohérence (ainsi, à propos du concept d'« entreprise » dans le Code de droit économique, voy. : A. Autenne et N. Thirion, « Le Code de droit économique : une première évaluation critique », *Journal des Tribunaux*, 2014, pp. 706 et s., spéc. pp. 708-711).

⁴ Anvers, 20 avril 1999, *Courrier fiscal*, 1999, p. 569.

⁵ P. Van Ommeslaghe, « Droit commun et droit fiscal », *Journal de droit fiscal*, 1989, pp. 5 et s.

⁶ Cass. 20 février 1997, *Pasicrisie*, 1997, I, p. 262.

5. On peut illustrer la seconde démarche à partir du concept de « rémunération », en particulier lorsque celui-ci est utilisé pour désigner la contrepartie d'un travail salarié. Une loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs salariés définit cette dernière comme « le salaire en espèces auquel le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement »⁷ – l'article 3*bis* précisant que « [le] droit au paiement de la rémunération porte sur la rémunération, avant imputation des retenues visées à l'article 23 », c'est-à-dire celles qui sont « effectuées en application de la législation fiscale, de la législation relative à la sécurité sociale et en application des conventions particulières ou collectives concernant les avantages complémentaires de sécurité sociale ». En d'autres termes, la rémunération ainsi définie vise le salaire *brut*.

Or une loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après, LCE) précise, dans son article 49/1, que le plan en réorganisation par accord collectif que peut proposer une entreprise en difficulté dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire « ne peut contenir de réduction ou d'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure ». En d'autres termes, le débiteur ne peut proposer de rogner sur les rémunérations dues aux travailleurs au moment de l'ouverture de la procédure. Sur la base de cette disposition, l'administration fiscale, s'appuyant sur la notion de rémunération retenue dans la loi du 12 avril 1965, faisait valoir que cette interdiction de toute réduction ou abandon de créances englobait la créance de précompte professionnel (c'est-à-dire la retenue que l'employeur doit prélever directement sur le salaire brut au profit du Trésor) qu'elle-même détenait sur le débiteur en réorganisation judiciaire, alors même que les créanciers publics faisaient déjà l'objet, aux articles 49/1, al. 2 et 3, d'une protection, moindre il est vrai que celle prévue à l'al. 4.

La *ratio legis* de l'article 49/1, al. 4, vise certes la protection des travailleurs et, à la lecture des travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2013 ayant inséré cette disposition dans la LCE, il apparaît clairement que le législateur entendait protéger par ce biais la rémunération *nette* des salariés, c'est-à-dire le montant auquel ceux-ci peuvent prétendre *après* imputation des diverses retenues fiscales et sociales, et non le salaire brut, comme le prétendait l'administration fiscale⁸. La formulation maladroite de l'article 49/1 ne rendait toutefois pas exactement compte de la volonté du législateur.

Saisie de ce problème, la Cour de cassation avait donc le choix entre, d'une part, une interprétation « systémique » de l'article 49/1, al. 4 – en situant celui-ci dans le contexte global de l'ordre juridique dont il relève (et, par conséquent, en tenant compte du concept de « rémunération » tel que défini dans la loi du 12 avril 1965, c'est-à-dire le salaire brut) – et, d'autre part, une interprétation fondée sur la volonté du législateur de ne protéger que la rémunération nette des travailleurs salariés. Dans un arrêt du 16 juin 2016⁹, la Cour de cassation a en fin de compte fait prévaloir la volonté du législateur sur le souci de cohérence conceptuelle de l'ordre juridique¹⁰.

B. La prise en compte des intérêts : entre décryptage du droit substantiel et

⁷ Article 2 de la loi du 12 avril 1965.

⁸ *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n°53 2692/001, p. 24 ; *Doc. Parl.*, Chambre, 53 2691/003, pp. 15-16.

⁹ Cass., 16 juin 2016, à paraître au *Journal des Tribunaux*, 2017.

¹⁰ Sur cet arrêt, voy. Ph. Moineau, « Protection des créances nées de prestations de travail antérieures à une procédure de réorganisation judiciaire : quels en sont les bénéficiaires ? », *Journal des Tribunaux*, 2017, sous presse.

spécificités procédurales¹¹

6. Le droit ne se réduit toutefois pas à une science désincarnée des concepts. Il vise aussi, et peut-être surtout désormais, à garantir certains intérêts, individuels ou collectifs, que les producteurs de normes – en particulier, le législateur – jugent dignes de protection. On se souvient du reste de la très célèbre définition du droit subjectif par Jhering : un intérêt juridiquement protégé¹².

Le juge, singulièrement le juge judiciaire, est évidemment au centre du dispositif de garantie des droits subjectifs en droit privé belge. Plus encore, il est celui qui, souvent, évalue, voire encadre, l'exercice des droits subjectifs et, parfois, en sanctionne l'utilisation inappropriée. Au moyen d'illustrations empruntées respectivement au droit des sociétés, au droit des pratiques du marché, au droit judiciaire et au contentieux constitutionnel, il est possible de mettre en exergue quatre manifestations significatives de cette attention accordée aux intérêts en présence dans toute hypothèse contentieuse.

7. D'abord, la jurisprudence est parfois amenée à déterminer précisément l'intérêt juridiquement protégé en vue d'évaluer la façon dont un droit subjectif est exercé. Tel est le cas, par exemple, en droit des sociétés, à propos du droit de vote des associés ou actionnaires et des dirigeants. Comme tout droit, le droit de vote d'un associé/actionnaire et, *a fortiori*, d'un dirigeant est susceptible d'abus^{13/14} et la jurisprudence belge a progressivement cerné les contours des abus de majorité¹⁵ et de minorité¹⁶. Elle estime ainsi que l'exercice d'un droit de vote peut se révéler abusif lorsque la prise de position est dépourvue de toute considération pour l'intérêt social de la personne morale en question¹⁷. Le droit de vote se caractérise en effet par son ambivalence : il constitue à la fois une *prérogative* pour son titulaire, qui peut l'exercer dans son intérêt propre, et une *fonction*, puisqu'il contribue à la formation de la volonté d'une personne morale¹⁸. Dans cette seconde perspective, le droit de vote est susceptible d'être limité si son exercice s'avère contraire à la finalité pour laquelle la personne morale a été instituée. Bien entendu, le droit de vote est souvent utilisé d'une manière égoïste sans pouvoir être sanctionné pour autant ; l'exercice d'un tel droit peut toutefois être qualifié d'abusif s'il existe une disproportion¹⁹ entre l'intérêt de celui qui l'exerce et l'intérêt lésé de la personne morale.

¹¹ Ce point s'efforce d'apporter des éléments de réponse aux questions 4, 5 et 7.

¹² R. von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts*, trad. fr. O. de Meulenaere, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, Maresq Aîné, 1880, 4^e vol.

¹³ Initialement élaborée par la doctrine, la théorie de l'abus de droit fut ensuite consacrée par la jurisprudence, d'abord en droit des biens sur le fondement de la responsabilité civile visée aux articles 1382 et suivants du Code civil (Cass., 12 juillet 1917, *Pasicrisie*, 1918, I, p. 71 ; Cass., 10 septembre 1971, *Pasicrisie*, 1972, I, p. 28), puis en matière contractuelle sur la base du principe de l'exécution de bonne foi énoncé à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil (Cass., 19 septembre 1983, *Pasicrisie*, 1984, I, p. 55 ; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 ; Cass., 20 février 1992, *Pasicrisie*, 1992, I, p. 549). *Cfr.* également *infra*, n° 22.

¹⁴ Reformulé en termes d'intérêts, l'abus de droit peut être en effet considéré comme la mise en œuvre d'un intérêt juridiquement protégé susceptible de porter atteinte, hors de toute proportion, à un ou plusieurs autres intérêts juridiquement protégés (pour plus de détails, *cfr. infra*, n° 33).

¹⁵ *Voy.*, par ex., Comm. Bruxelles, 22 juin 1992, *Revue pratique des sociétés*, 1993, p. 36.

¹⁶ *Voy.*, par ex., Liège, 9 novembre 1981, *Revue pratique des sociétés*, 1982, p. 145 ; Mons, 23 mars 1989, *Revue pratique des sociétés*, 1989, p. 196.

¹⁷ P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1994, p. 770.

¹⁸ J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph. Lambrecht et Ph. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 765.

¹⁹ Comm. Liège (réf.) 31 mars 2006, *Revue de droit commercial belge*, 2006, p. 1044.

Mais qu'est-ce, précisément, que l'intérêt de la personne morale ? Plus particulièrement, qu'est-ce que l'intérêt d'une société commerciale (ou « intérêt social », dans la terminologie du droit belge des sociétés) ? Cette notion, de plus en plus présente en droit positif, n'a pas été élucidée par le législateur, de sorte que les débats doctrinaux étaient, et restent, vifs quant à la portée de cet intérêt. Schématiquement, trois thèses sont avancées²⁰. Suivant la première, l'intérêt social recouvrirait uniquement les intérêts individuels des actionnaires ou, en tout cas, la somme de ceux-ci. Dans cette optique, l'intérêt social se confond avec les intérêts des actionnaires à obtenir les bénéfices les plus élevés possibles. La deuxième thèse tend à affiner la première, en considération de la société elle-même, appréhendée dans sa continuité, son expansion et sa rentabilité à long terme. Dans cette perspective, il importe de prendre en considération non seulement l'intérêt des actionnaires actuels mais également celui des actionnaires futurs à obtenir leur part de bénéfice. C'est dans cette voie que semble s'engager M. Nelissen Grade lorsqu'il écrit que « [...] l'intérêt de la société ne se confond pas entièrement avec celui des actionnaires, mais [...] le dépasse dans une certaine mesure. A tout le moins, cet intérêt comprend-il celui des actionnaires futurs »²¹. Une troisième tendance doctrinale étend encore les frontières de l'intérêt social en y intégrant la prise en compte d'intérêts externes à la société *sensu stricto* : intérêt des créanciers, des fournisseurs, des travailleurs, voire de la collectivité – locale, régionale ou nationale – sur le territoire de laquelle se déploie l'activité économique. La jurisprudence des juridictions de fond paraissait particulièrement sensible à ce dernier courant²².

La Cour de cassation a été amenée à se pencher sur le périmètre de l'intérêt social par le biais de l'article 510 du Code des sociétés, relatif aux conditions de validité des clauses restrictives de la libre cessibilité des titres émis par une société anonyme, était en cause. En vertu de cette disposition, en effet, de telles clauses doivent être justifiées par « l'intérêt social à tout moment ». A cette occasion, la Cour a eu l'occasion de préciser que « l'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société »²³. Ce faisant, elle semble se rallier à la deuxième des conceptions doctrinales synthétisées ci-avant, à la différence des tendances à l'œuvre jusqu'alors au sein des juridictions de fond. Il ne faut toutefois pas surestimer la portée de cet arrêt : après tout, la Cour de cassation n'avait pas à se prononcer sur la notion d'intérêt social *en général* mais uniquement sur la portée exacte de l'article 510 du Code des sociétés. Il n'en reste pas moins que, ce faisant, elle fournit une indication précieuse sur l'intérêt juridiquement protégé au travers de cette institution centrale du droit des sociétés.

8. Ensuite, il peut arriver que la Cour de cassation s'interroge sur la ou les catégorie(s) d'intérêts que le législateur a entendu protéger, afin de déterminer la portée de la règle qu'elle est amenée à interpréter.

Tel a par exemple été le cas à propos de ce que, dans le domaine des pratiques du marché, on désigne, en droit belge, par l'appellation de « période d'attente » (qui précède

²⁰ Pour plus de détails, voy. F. Magnus, « Appréciation des contours de l'intérêt social : regard critique à travers les enseignements tirés des notions d'« intérêt de groupe » et d'« avantages anormaux ou bénévoles » », *Revue pratique des sociétés*, 2011, pp. 324 et s.

²¹ J.-M. Nelissen Grade, « De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales », note sous Cass., 13 avril 1989, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1991, pp. 214 et s., spéc. p. 233.

²² Voy. les décisions citées in P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1993, pp. 772 et s., n°s 125 et s.

²³ Cass., 28 novembre 2013, *Pasicrisie*, 2013, I, p. 2384.

immédiatement la période des soldes), pendant laquelle prévaut l'interdiction de pratiquer des annonces de réduction de prix. La Cour avait été conduite à s'interroger sur la compatibilité de ce dispositif législatif avec la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché interne (ci-après, « directive pratiques commerciales déloyales »). Cette directive est en effet censée réaliser une harmonisation maximale en la matière et il n'est donc pas permis aux Etats membres d'ajouter des dispositifs complémentaires de protection des consommateurs. Encore faut-il noter que, suivant le sixième considérant de la directive, une pratique déloyale qui « porterait atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents » n'est pas visée par le champ d'application de la directive et reste donc susceptible d'être sanctionnée sur la base de dispositions nationales. En d'autres termes, la directive « pratiques commerciales déloyales » ne concerne que celles de ces pratiques qui portent atteinte à l'intérêt des consommateurs ou conjointement à ceux des consommateurs et des concurrents. Les pratiques déloyales de nature à porter exclusivement atteinte aux intérêts des concurrents échappent à l'empire de la directive et, partant, au principe d'harmonisation maximale.

En l'espèce, la question était donc de savoir si l'instauration, en droit belge, d'une période d'attente, non prévue par la directive « pratiques commerciales déloyales », visait à protéger exclusivement les intérêts des concurrents ou non. Dans le premier cas, la norme de droit belge n'aurait pas été contraire au droit dérivé de l'Union européenne ; dans le second, il le serait bel et bien. Mais comment déterminer concrètement la finalité poursuivie par la règle contestée (protection des intérêts des concurrents exclusivement ou protection conjointe des intérêts des consommateurs et de ceux des concurrents) ? La Cour avait le choix entre une interprétation de la disposition de droit interne à la lumière des travaux préparatoires de la loi ayant instauré la période d'attente, censés exprimer adéquatement la volonté du législateur, ou bien une interprétation fondée sur les effets concrets de la règle. En pratique, en effet, cette règle semblait ne servir qu'à protéger les intérêts des concurrents alors que, dans les travaux parlementaires, la période d'attente était présentée comme destinée à garantir aussi bien les intérêts des concurrents que ceux des consommateurs.

Dans un arrêt du 2 novembre 2012²⁴, la Cour de cassation a privilégié une interprétation inspirée des affirmations formulées dans les travaux préparatoires et a en conséquence conclu à la contrariété du régime belge de la période d'attente au regard de la directive « pratiques commerciales déloyales »²⁵.

9. L'institution du référé, particulièrement usitée dans la vie des affaires, constitue un autre terrain d'élection en la matière, à travers la théorie dite « de la balance des intérêts » dont, en droit belge, le juge des référés fait souvent usage afin de justifier aussi bien le principe que l'étendue de son intervention. Même si cette théorie est discutée en doctrine²⁶, elle est en effet susceptible de s'insinuer à travers certaines exigences de procédure.

²⁴ *Juristenkrant*, 2012, liv. 259, 1.

²⁵ Pour une critique de cet arrêt, voy. M. Simonis, « Soldes : la période d'attente à la merci de l'interprète », note sous Cass., 2 novembre 2012, *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2013, pp. 496 et s. ; D. Gol, « Actualités en matière de pratiques du marché », in N. Thirion (dir.), *Chroniques d'actualité en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, coll. *Formation permanente CUP*, pp. 108 et s., spéc. pp. 123-129.

²⁶ X. Taton, « La balance des intérêts ou l'incertitude traditionnelle du référé », in J. Englebert (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 155 et s.

D'une part, l'une des conditions propres au référé est l'urgence. Or la Cour de cassation estime qu'il y a urgence « dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable » et dès que « la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu »²⁷. Sur cette base, elle reconnaît au juge des référés « un large pouvoir d'appréciation en fait et, dans une juste mesure, la plus grande liberté ». On peut déduire de cette approche de la condition d'urgence que le juge des référés est d'emblée invité, en raison de son double devoir d'évaluer le risque de préjudice ou d'inconvénient grave et de constater l'inadéquation de la procédure ordinaire à l'affaire portée devant lui, à établir une balance des intérêts entre les différentes prétentions en présence et les diverses voies procédurales envisageables.

D'autre part, l'obligation qu'aurait le juge des référés de procéder à une balance des intérêts ou, tout au moins, de s'expliquer sur ce problème peut découler de l'obligation générale de motivation, dans l'hypothèse où l'une des parties lui aurait demandé de trancher la question en ces termes. Tel fut le cas dans une affaire qui fit grand bruit en Belgique – l'affaire *Fortis* –, à l'occasion de laquelle l'arrêt rendu sur appel de référé par la Cour d'appel de Bruxelles le 12 décembre 2008²⁸ fut cassé par un arrêt du 19 février 2010²⁹. Selon la Cour de cassation, la décision attaquée ne répondait, par aucune considération, à la défense circonstanciée par laquelle la partie appelante soutenait que l'ensemble des demandes des intimés était, à défaut d'urgence, dépourvu de fondement en raison de la mise en péril de l'intérêt général. A tout le moins donc, « le juge des référés doit répondre aux moyens que les parties invoquent au sujet de la balance des intérêts »³⁰.

10. Enfin, s'il est un intérêt auquel le juge doit une certaine considération dans l'exercice de son office, c'est bien celui du justiciable qui le saisit. Pour amorcer les développements qui suivent sur les valeurs³¹, il est déjà instructif de souligner que la Cour de cassation n'est pas insensible aux risques d'insécurité juridique qui résultent, pour le commerce juridique, de l'activité jurisprudentielle au sens large. Les effets potentiellement nocifs d'une telle activité doivent eux aussi être évalués. C'est notamment le cas lorsqu'une norme législative est déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle³². Un juge statuant dans une cause similaire ne peut-il en aucun cas appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle aux faits dont il est lui-même saisi ? Dans un arrêt du 20 décembre 2007 rendu en matière d'assurances, la Cour de cassation considère que, « lors de l'interprétation de la loi, il appartient au pouvoir judiciaire de déterminer l'application dans le temps de la violation de la Constitution décidée par la Cour constitutionnelle en réponse à une question préjudicielle. Le juge qui constate (*sic*) ainsi l'application dans le temps d'une inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle, doit à cet égard tenir compte de la légitime confiance de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique »³³.

Toutefois, ces exigences impératives de la sécurité juridique ne devraient-elles pas

²⁷ Cass., 21 mai 1987, *Pasicrisie*, 1987, I, p. 1160 ; 13 septembre 1990, *Pasicrisie*, 1991, I, p. 41.

²⁸ *Journal des tribunaux*, 2008, pp. 703 et s.

²⁹ *Journal des tribunaux*, 2010, pp. 140 et s.

³⁰ X. Taton, « La balance des intérêts ou l'incertitude traditionnelle du référé », *loc. cit.*, p. 171.

³¹ *Infra*, C.

³² Sur le contrôle de constitutionnalité des lois en Belgique et, en particulier, le mécanisme de la question préjudicielle, *cf. infra*, n° 16.

³³ *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2007*, p. 121.

également conduire la Cour à s'interroger sur l'impact de ses propres revirements de jurisprudence ? Certes, dans un arrêt du 24 juillet 2007³⁴, la Cour a, pour la première fois, indiqué expressément qu'elle opérait un revirement de jurisprudence. Louable souci de transparence mais, dans la pureté des principes, un tel revirement fonctionne à la manière d'une loi interprétative ; par conséquent, il a vocation à s'appliquer rétroactivement aux situations nées antérieurement à lui³⁵. Or cette solution traditionnelle n'est-elle pas de nature à malmener la sécurité juridique, voire à attenter à l'égalité des justiciables, dès lors que le revirement n'en laisse pas moins intactes les décisions irrévocablement acquises sous l'empire de la jurisprudence antérieure ?³⁶ Certains plaident dès lors pour la mise en place d'un droit transitoire jurisprudentiel³⁷. A notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de parachever de la sorte son œuvre de transparence amorcée avec l'arrêt du 24 juillet 2007.

C. L'incidence des valeurs fondamentales consacrées par les normes internationales et constitutionnelles : entre collaboration et concurrence³⁸

11. Les valeurs fondamentales d'un système juridique étant la plupart du temps inscrites dans des textes qui se situent à l'étage le plus élevé de la pyramide normative, c'est dans l'attention que la jurisprudence judiciaire accorde aux sources internationales et constitutionnelles que réside l'indice le plus significatif quant à l'importance désormais revêtue par les valeurs dans l'interprétation et l'application du droit privé positif.

De ce point de vue, il faut distinguer, en droit belge, les hypothèses du droit international conventionnel directement applicable (1°) et du droit constitutionnel interne (2°).

1° Le droit international conventionnel directement applicable

12. Depuis un arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971³⁹, la Cour de cassation considère que, « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir » et fonde la solution sur « la nature même du droit international conventionnel ». Malgré les critiques auxquelles cet arrêt a prêté le flanc⁴⁰, il reflète aujourd'hui encore l'état du droit positif belge. Il en résulte que n'importe quel juge a le devoir d'écarter la loi nationale s'il estime que celle-ci est contraire à une règle de droit international directement applicable. Il lui revient donc de vérifier la conformité de nombreuses dispositions législatives aux principes et valeurs déposés dans les instruments internationaux dotés d'effet direct auxquels la Belgique est partie.

13. Sous l'angle du droit privé et, singulièrement, du droit commercial et économique,

³⁴ *Pasicrisie*, 2007, I, p. 1401.

³⁵ En ce sens, voy. Mons, 23 avril 1987, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1987, pp. 1249 et s.

³⁶ En ce sens, voy. *Répertoire pratique de droit belge*, Complément XI, V° *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruyant, 2011, p. 300.

³⁷ S. Van Drooghenbroeck et Fr. Ost, « Droit transitoire jurisprudentiel : perspectives comparatives », *Revue de droit de l'ULB*, 2002, pp. 13 et s.

³⁸ Ce point s'efforce d'apporter des éléments de réponse aux questions 1 et 2.

³⁹ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, pp. 887 et s.

⁴⁰ Voy. notamment : J.-S. Jamart, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, pp. 109 et s. ; L. François, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *Journal des tribunaux*, 2005, pp. 261 et s.

le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et le droit dérivé qui en découle occupent une place de choix dans ce contrôle de conformité. Déjà dans l'arrêt *Le Ski*, la Cour précisait que la solution retenue par elle vaut *a fortiori* lorsque le conflit existe, comme c'était le cas dans l'espèce portée devant elle, entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire.

Ce faisant, la Cour de cassation emboîte le pas à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE) quant à la primauté du droit de l'Union⁴¹ et à la collaboration nécessaire entre le juge national et le juge européen en vue d'assurer l'application uniforme de ce droit sur l'ensemble du territoire de l'Union⁴².

Il en résulte que la technique du renvoi préjudiciel est particulièrement prisée par les juridictions belges et, singulièrement, par la Cour de cassation. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à son arrêt du 2 novembre 2012 relatif à la période d'attente précédant les soldes⁴³, la Cour avait préalablement posé une question préjudicielle à la CJUE⁴⁴.

Par ce biais, les juridictions belges s'assurent également du respect des valeurs et principes déposés dans le droit primaire, tels que l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité⁴⁵ ou les libertés de circulation⁴⁶.

14. Moins usitée en droit commercial et économique, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'en est pas moins elle aussi l'un des textes de référence auxquels la loi belge peut à l'occasion être confrontée. Dans le domaine économique, c'est sans doute la protection de la propriété, garantie par le protocole additionnel n° 1 à la Convention, qui est susceptible d'emporter un impact significatif sur le droit national. Ce texte est fréquemment invoqué devant les juridictions belges, en raison de la protection qu'il offre au propriétaire (qui ne se limite pas aux cas de « pures » expropriations) et du critère de juste équilibre, qui permettent de combler les lacunes de l'article 16 de la Constitution belge consacré à la protection de la propriété⁴⁷.

La Cour de cassation a par exemple été amenée à apprécier, au regard de l'article 1^{er} du protocole additionnel, une compensation accordée pour privation de propriété⁴⁸ ou la responsabilité d'un tribunal de commerce pour dessaisissement de la gestion du patrimoine d'un failli⁴⁹, sans toutefois conclure, en l'occurrence, à une violation du droit de propriété. La Cour a, en revanche, jugé une loi qui exonère la responsabilité de l'organisateur d'un service de pilotage de bâtiments de mer contraire à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, dans la mesure où l'exonération concernait des faits antérieurs à la date de publication de la loi et à son entrée en vigueur⁵⁰.

⁴¹ CJUE, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Costa c. Enel* ; CJUE, arrêt du 17 décembre 1970, aff. 11-70 *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁴² CJUE, arrêt du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik*.

⁴³ *Supra*, n° 7.

⁴⁴ Cass., 21 février 2011, *Pasicrisie*, 2011, I, p. 594. Quant à l'arrêt préjudiciel lui-même, voy. : CJUE, 15 décembre 2011, aff. C-126/11, *Inno n.v. c. Unie van zelfstandige ondernemers & Co.*

⁴⁵ Voy. par ex. : Cass., 8 avril 2013, *Pasicrisie*, 2013, I, p. 829.

⁴⁶ Voy. par ex. : Cass. 27 juin 2011, *Pasicrisie*, 2011, I, p. 1658.

⁴⁷ M. Pâques et C. Vercheval, « Le droit de propriété », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 591.

⁴⁸ Cass. 4 décembre 2008, *Pasicrisie*, 2008, I, p. 2753.

⁴⁹ Cass. 17 décembre 2010, *Pasicrisie*, 2010, I, p. 3273.

⁵⁰ Cass. 15 mai 1998, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1998, p. 591.

15. Concrètement, cette incidence des normes de droit international conventionnel directement applicables sur la jurisprudence de la Cour de cassation se manifeste dans la formulation de ses arrêts. La Cour de cassation fait en effet expressément référence à ces instruments internationaux, voire à l'interprétation qu'en donnent les juridictions internationales compétentes. En ce qui concerne la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par exemple, la Cour de cassation cite la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, soit en visant expressément l'un ou l'autre arrêt de principe⁵¹, soit par la référence, plus générale, à l'« interprétation jurisprudentielle » d'une disposition par la Cour⁵².

2° Le droit constitutionnel interne

16. Longtemps, les points de contact entre la Constitution belge et les juridictions de l'ordre judiciaire étaient réduits, pour l'essentiel, à deux : d'une part, les dispositions gouvernant le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, en particulier l'exigence de motivation des décisions⁵³, dont la Cour de cassation a la mission de contrôler le respect ; d'autre part, l'obligation faite aux cours et tribunaux de n'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois⁵⁴ – cette injonction étant interprétée comme habilitant les juges à écarter les normes réglementaires qui seraient contraires à la Constitution⁵⁵.

Il reste que, dans le domaine du droit privé, le mouvement de « constitutionnalisation »⁵⁶ a pris son envol en Belgique avec la mise en place, à partir de 1989, d'un contrôle de constitutionnalité des lois⁵⁷. Celui-ci s'est organisé autour de la création d'une juridiction spécifiquement habilitée à exercer ce contrôle (la Cour d'arbitrage, renommée, en 2007⁵⁸, « Cour constitutionnelle ») et de deux procédures (recours en

⁵¹ Par exemple, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 1997 (*Pasicrisie*, 1997, I, p. 886) cite l'arrêt *Marckx c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 juin 1979 (pour plus de détails en droit des personnes et des familles, voy. le rapport belge correspondant).

⁵² Voy., par ex., Cass., 1^{er} juin 2006, *Pasicrisie*, 2006, I, p. 1274 : « Ces dispositions sont conformes aux limitations que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme [c'est nous qui soulignons, *NdA*], impose au droit de contrôler les actes du Parlement et de ses membres ».

⁵³ Article 149 de la Constitution belge.

⁵⁴ Article 159 de la Constitution belge.

⁵⁵ D. Renders *et alii*, *Droit administratif*, tome III, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 397 et s.

⁵⁶ Le Doyen Favoreu fut à notre connaissance le premier à avoir popularisé l'expression « constitutionnalisation du droit » (L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 25 et s.). Voy. également : D. Caccamisi et G. Pijcke, « La constitutionnalisation du droit. Etude d'un bouleversement de perspective (accompli) », in M. Verdussen et N. Bonbled, *Les droits constitutionnels en Belgique, op. cit.*, pp. 441 et s.

⁵⁷ La Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle, a été créée lors de la deuxième réforme de l'Etat belge en 1980. La modification de la Constitution du 29 juillet 1980 a mené à l'insertion d'un article 107^{ter} consacré à la création d'une Cour d'arbitrage, dont la mise en œuvre fut concrétisée par l'adoption de la loi du 28 juin 1983. Initialement instituée pour arbitrer les conflits de compétences entre entités fédérale et fédérées, ses pouvoirs ont été étendus par la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage au contrôle de la conformité des normes de rang législatif au regard des articles 10 (principe d'égalité), 11 (principe de non-discrimination) et 24 (liberté de l'enseignement) de la Constitution. Depuis 2003, la Cour est désormais compétente pour contrôler la conformité des normes à l'ensemble des dispositions du titre II de la Constitution – consacré aux libertés publiques –, ainsi qu'aux articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

⁵⁸ Révision constitutionnelle du 7 mai 2007.

annulation et question préjudicielle⁵⁹). Désormais donc, les droits fondamentaux et libertés publiques inscrits au Titre II de la Constitution belge font l'objet d'une protection juridictionnelle renforcée, de telle sorte que de très nombreuses législations de droit privé sont désormais susceptibles d'être directement mises en cause à la lumière des valeurs fondamentales consacrées par l'ordre constitutionnel belge – en particulier les principes d'égalité et de non-discrimination.

Il en a résulté une dialectique inédite entre la seule cour suprême alors considérée comme telle en droit belge (la Cour de cassation) et cette juridiction d'un type nouveau. Cette dialectique n'est pas sans incidence sur le pouvoir d'interpréter les textes légaux dont la constitutionnalité est contestée.

17. Certes, les missions de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle sont, en principe, fondamentalement différentes. La première opère un contrôle subjectif de la légalité en assurant l'unité de la jurisprudence judiciaire, tandis que la seconde opère un contrôle objectif de la constitutionnalité des lois, décrets et ordonnances⁶⁰. Les prérogatives respectives de l'ordre judiciaire (au sommet duquel trône la Cour de cassation) et de la Cour constitutionnelle en matière d'interprétation des normes juridiques de rang législatif n'en sont pas moins controversées.

18. On relèvera d'emblée que, dans la rigueur des principes, l'interprétation des lois demeure l'apanage du pouvoir judiciaire⁶¹ et donc, *in fine*, de la Cour de cassation. Cette affirmation doit cependant être nuancée.

Certes, du côté de la Cour de cassation, un même « sommaire », selon lequel « les lois dont l'application est demandée sont en règle interprétées par le juge et non par la Cour [constitutionnelle] », précède plusieurs de ses arrêts⁶² (cette affirmation n'est cependant pas reprise telle quelle dans les arrêts en question). Un exemple de divergence d'interprétation avait trait à la question de savoir si la somme visée à l'article 30ter, §6 B, de la loi du 27 juin 1969, révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs en vigueur à l'époque, constitue une amende ou une simple indemnité forfaitaire de réparation. Dans un arrêt n°128/99 du 7 décembre 1999, la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) avait rendu un arrêt dans lequel elle développait, probablement en raison des

⁵⁹ Le recours en annulation doit être intenté par le gouvernement fédéral ou l'une des entités fédérées, par le président d'une assemblée législative à la demande de deux tiers de ses membres ou par toute personne – physique ou morale – présentant un intérêt, dans les six mois qui suivent la publication de la loi, le cas échéant spéciale, du décret ou de l'ordonnance attaqué. La question préjudicielle est une question posée à la Cour constitutionnelle par une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif à propos de l'interprétation d'une norme dont la Cour assure le contrôle. Le juge est tenu de poser une question préjudicielle à la demande de l'une des parties si la décision de la juridiction n'est pas susceptible d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours auprès du Conseil d'Etat, à moins que la Cour n'ait déjà statué sur un recours ayant un objet identique (auquel cas, le juge peut directement trancher en fonction de cet arrêt antérieur de la Cour), que la norme attaquée ne viole manifestement pas la Constitution ou que la juridiction estime que la réponse à la question n'est pas indispensable pour trancher l'affaire (M. Uyttendaele, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 519 et s. ; M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 184 et s.).

⁶⁰ Voy. G. Rosoux, « Cacophonie autour de la notion d'impôt », note sous C.A., 3 juillet 2002, n°117/2002 et Cass., 20 mars 2003, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2003, p. 1194. Voy. également : P. Martens, « Le métier du juge constitutionnel », in *La saisine du juge constitutionnel – Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 25 et s.

⁶¹ Voy. G. Rosoux, « Cacophonie autour de la notion d'impôt », *loc. cit.*

⁶² Voy. not. Cass., 15 novembre 1993, N-199931115-14, 24 janvier 1996, F-19960124-7, et 8 mai 2000, S.98.0144.F. (www.juridat.be).

considérations du juge du fond qui l'avait saisi d'une question préjudicielle⁶³, un raisonnement selon lequel la somme débattue serait bel et bien une amende administrative. Dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2000, l'avocat général a toutefois rappelé que c'est à la Cour de cassation, et non à la Cour constitutionnelle, qu'il revient de se prononcer sur la nature de la somme visée dans la disposition litigieuse. La Cour de cassation a suivi cette position et a tranché la question en considérant qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une indemnité forfaitaire de réparation. La Cour a donc retenu une *qualification* de la somme en question différente de celle privilégiée par la Cour constitutionnelle⁶⁴.

Plus récemment, un autre avocat général près la Cour de cassation a, lui aussi, rappelé, dans ses conclusions précédant un arrêt du 16 juin 2016⁶⁵, que la question de savoir si l'article 49/1, al. 4 LCE vise ou non les dettes de précompte professionnel liées à des prestations de travail antérieures à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, concerne l'interprétation d'une loi pour laquelle la Cour de cassation est seule compétente et ne relève pas en tant que telle de la compétence de la Cour constitutionnelle⁶⁶. A l'appui de son raisonnement, l'avocat général se réfère notamment au rapport de la Cour de cassation de l'année 1999, dans lequel il est affirmé que la Cour de cassation possède une compétence exclusive quant aux questions relatives à l'interprétation des lois et des décrets⁶⁷.

19. Dans le cadre des questions préjudicielles⁶⁸ qui lui sont soumises, la Cour constitutionnelle est souvent confrontée à la question de l'interprétation à conférer à la norme contestée.

C'est d'emblée le cas lorsque la Cour constitutionnelle est saisie, par le juge *a quo*, du contrôle de validité d'une norme législative dans une interprétation déterminée. La Cour est alors tenue de se prononcer sur la constitutionnalité de cette norme dans l'interprétation particulière qui lui est donnée par le juge de renvoi⁶⁹. La Cour constitutionnelle a jugé à plusieurs reprises que « son rôle n'est toutefois pas de dire si cette interprétation [l'interprétation donnée par le juge *a quo* à la norme sur laquelle la Cour est interrogée, *NdA*] est correcte mais d'examiner si la norme ainsi interprétée est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Ce faisant, la Cour n'empiète pas sur les compétences des juridictions de l'ordre judiciaire »⁷⁰. En d'autres termes, la Cour reconnaît que son rôle n'est pas de déterminer la *bonne* interprétation de la loi mais uniquement de contrôler, au regard de la Constitution, la norme dans l'interprétation qui lui est donnée par la juridiction de renvoi. Ainsi, la Cour pourra conclure que la norme telle qu'interprétée par le juge *a quo* ne viole pas la Constitution, ou, au contraire, qu'elle y porte bel et bien atteinte.

⁶³ Voy. les conclusions de l'avocat général Leclercq précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2000, S.98.0144.F. (www.stradalex.com).

⁶⁴ Cass., 8 mai 2000, S.98.0144.F. (www.juridat.be).

⁶⁵ Sur cet arrêt, cf. *supra*, n° 5.

⁶⁶ Conclusions de l'avocat général Thijs précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2016, F-16.0022.N/1 (www.juridat.be).

⁶⁷ « Ook voor de daarbij rijzende vragen naar de interpretatie van de wetten en decreten is het Hof uitsluitend bevoegd », *Rapport de la Cour de cassation 1999*, p. 109.

⁶⁸ On n'examinera pas ici le cas des recours en annulation, compte tenu du problème envisagé en l'espèce qui ne se pose, en pratique, que dans le cadre des procédures de question préjudicielle.

⁶⁹ J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, p. 299.

⁷⁰ Voy. C.A., 28 avril 2004, n°64/2004 et 1^{er} mars 2000, n°26/2000 (www.const.court.be).

Dans la première hypothèse, l'interprétation de la norme reçoit un « brevet de constitutionnalité »⁷¹ et la Cour constitutionnelle n'est pas fondée à remettre cette interprétation en cause⁷². Cependant, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent encore substituer l'interprétation déclarée constitutionnelle au profit d'une autre, n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, mais qu'elles estiment correcte. Ainsi, interrogée par la Cour de cassation, la Cour d'arbitrage avait décidé, dans un arrêt 15/2002 du 17 janvier 2002, que l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'aide sociale, *interprétée en ce sens que* le droit à l'aide sociale de l'étranger séjournant illégalement et qui introduit une demande de régularisation de séjour est limité à l'aide médicale urgente aussi longtemps que son séjour n'est pas régularisé, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour de cassation a cependant choisi de suivre une autre interprétation de la disposition légale dans un arrêt du 7 octobre 2002⁷³ et a admis l'octroi d'une aide sociale complète pour l'étranger qui séjourne illégalement sur le territoire, lorsqu'il ne peut pas faire l'objet d'un ordre d'éloignement du territoire.

Si, en revanche, la Cour aboutit à un constat d'inconstitutionnalité, une chose est certaine : le juge *a quo* ne peut pas faire application de la norme dans l'interprétation jugée inconstitutionnelle^{74/75}. Rappelons, en effet, que les arrêts de la Cour constitutionnelle rendus sur recours préjudiciels s'imposent à la juridiction de renvoi et aux autres juridictions appelées à statuer dans le cadre de la même affaire⁷⁶. Cependant, les juridictions judiciaires peuvent décider d'adopter en fin de compte une interprétation différente de la norme qui n'aurait, quant à elle, pas fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité. Du reste, dans une telle hypothèse, la Cour constitutionnelle ne se borne pas nécessairement à condamner la norme telle qu'interprétée par le juge *a quo* au regard de la Constitution belge ; elle peut également proposer *sa* propre interprétation de la norme, afin de sauver la constitutionnalité de cette dernière. Cette technique de l'interprétation « conciliante » ou « conforme » a été appliquée à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle⁷⁷. Dans ce cas, il semble que le juge de renvoi puisse encore imaginer une tierce interprétation, même si sa marge de manœuvre serait sensiblement réduite face à des normes dont la signification est dichotomique⁷⁸. D'un point de vue strictement juridique, le juge de renvoi pourrait également, semble-t-il, refuser d'appliquer la norme puisque celle-ci aurait été reconnue, dans l'interprétation que lui-même juge la plus exacte, comme contraire à la Constitution⁷⁹. On relèvera également, à titre d'exemple, qu'à l'occasion de son arrêt du 8 mai 2000, évoqué *supra* (n° 18), la Cour de cassation n'a pas suivi l'interprétation conforme proposée par la

⁷¹ J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *loc. cit.*

⁷² C. Courtoy, « Les relations entre les cours constitutionnelles », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2002, p. 305.

⁷³ Cass., 17 juin 2002, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2002, p.1158.

⁷⁴ J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *loc. cit.*

⁷⁵ Rappelons que, dans le cadre d'une autre instance, un juge peut, au nom de l'impératif de sécurité juridique, appliquer aux faits dont il est saisi une norme déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, fût-ce dans une certaine interprétation (*supra*, n° 10).

⁷⁶ Article 28 de la loi 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁷⁷ Voy. par exemple, C.A., 28 avril 2004, n°64/2004.

⁷⁸ J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *loc. cit.*, p. 300.

⁷⁹ *Ibid*, p. 299.

Cour constitutionnelle⁸⁰, en donnant à la somme due par l'employeur en vertu de l'article 30, §6, A et B de la loi du 27 juin 1969, une autre qualification que celle retenue par la Cour constitutionnelle⁸¹.

Enfin, dans l'hypothèse où le juge *a quo* ne précise pas le sens dans lequel il convient de comprendre la loi dont il soumet l'examen de la constitutionnalité à la Cour constitutionnelle et si ladite loi peut être comprise de différentes façons, « la Cour portera son choix sur l'interprétation la plus logique, tout en veillant à ce qu'elle soit conforme à la Constitution »⁸².

20. La Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, dont les missions diffèrent fondamentalement, se reconnaissent ainsi chacune des prérogatives en matière d'interprétation des textes législatifs. Dans ce contexte, des conflits d'interprétation peuvent survenir entre ces deux juridictions, notamment quand il s'agit de procéder à des opérations de qualification juridique⁸³. La Cour de cassation, par l'entremise de plusieurs de ses avocats généraux à tout le moins, a réaffirmé à plusieurs reprises posséder une compétence exclusive d'interprétation des normes législatives. Cette insistance nous semble pouvoir être interprétée comme la manifestation d'une volonté de voir la Cour de cassation demeurer, pour ce qui concerne l'interprétation des lois, la plus indépendante possible vis-à-vis des interprétations (ou qualifications) que la Cour constitutionnelle suggère. La cohabitation entre ces deux juridictions suprêmes n'est donc pas toujours aisée.

21. Le cœur de la collaboration, le cas échéant tempêteuse, entre la Cour constitutionnelle et les juridictions judiciaires n'en reste pas moins le mécanisme de la question préjudicielle. Concrètement, l'incidence des normes de droit constitutionnel, le cas échéant à la suite d'une intervention de la Cour constitutionnelle, se manifeste dans la formulation des arrêts de la Cour de cassation de manière tout à fait explicite. La Cour de cassation fait en effet expressément référence aux principes constitutionnels, aux dispositions de la Constitution et à l'interprétation qu'en donne la Cour constitutionnelle – y compris à des arrêts rendus dans d'autres affaires que celle dont elle est saisie. Par exemple, la Cour de cassation peut se référer à une décision de la Cour constitutionnelle soulevée par l'une des parties et déclarant inconstitutionnelle l'une des dispositions législatives invoquée dans l'affaire⁸⁴. Par ailleurs, lorsque la Cour de cassation refuse de poser une question préjudicielle

⁸⁰ Selon laquelle l'article 30, §6, A et B de la loi du 27 juin 1969, interprété comme autorisant le tribunal du travail à exercer un contrôle complet sur les amendes fondées sur ces dispositions, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (C. A., 7 décembre 1999, n°128/99, www.etaamb.be).

⁸¹ Cass., 8 mai 2000, s.98.0144.F., (www.juridat.be).

⁸² C. Courtoy, « Les relations entre les cours constitutionnelles », *loc. cit.*

⁸³ Pour un exemple de conflit dans une même affaire, qui aboutit par conséquent à une appréciation divergente de la conformité d'une loi au principe de non-discrimination, voy. : C. const., arrêt 86/2014 du 6 juin 2014 et Cass., 15 décembre 2014, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2015, pp. 1122 et s. et obs. Chr. Behrendt et M. Vrancken, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination. Qui, de la Cour constitutionnelle ou de la Cour de cassation, a le dernier mot en matière de droits fondamentaux ? ». L'affaire était en l'occurrence compliquée par le fait que, tout en ayant interrogé la Cour constitutionnelle sur la conformité de la loi contestée au principe constitutionnel de non-discrimination, la Cour de cassation se réserve toujours la prérogative, en vertu de la supériorité du droit international directement applicable (*supra*, n°s 12-15), de contrôler la conformité de la même loi au principe de non-discrimination déposé dans la Convention européenne des droits de l'homme. La circonstance que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité ne soient pas, en droit belge, concentrés entre les mains d'une seule autorité augmente évidemment les risques de conflits.

⁸⁴ Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1406.

à la Cour constitutionnelle car cette dernière s'est déjà prononcée sur une question similaire⁸⁵, elle cite généralement l'arrêt pertinent⁸⁶.

II. Concepts, intérêts et valeurs dans la doctrine belge de droit privé

22. En filigrane de la première partie du présent rapport, la doctrine était déjà présente à travers deux des fonctions qu'elle endosse traditionnellement dans les cultures de tradition romaniste : d'une part, la collecte, la synthèse et la mise en ordre des données concrètes produites par les agents de l'ordre juridique étudié, en particulier par les juges (fonction *descriptive*) ; d'autre part, la défense ou la critique de certaines solutions possibles en vue de la résolution de problèmes juridiques déterminés (fonction *prescriptive* ou *critique*).

Du point de vue de la fonction descriptive, la doctrine peut tout aussi bien, on l'a vu, montrer comment la jurisprudence tranche en faveur de l'unité de sens ou, au contraire, de la polysémie d'un même concept⁸⁷, comment, à travers la répression des abus de majorité et de minorité en droit des sociétés, cette même jurisprudence dévoile l'ambivalence du droit de vote – à la fois prérogative et fonction⁸⁸ – ou bien encore comment l'action des juridictions renforce certaines institutions fondamentales du droit privé, telles que le droit de propriété, au moyen d'un processus continu d'internationalisation et de constitutionnalisation⁸⁹.

Du point de vue de la fonction prescriptive ou critique, il peut lui arriver aussi de pointer du doigt les hésitations conceptuelles que révèle la jurisprudence à propos de certaines institutions⁹⁰, de plaider en faveur de telle ou telle acception de l'intérêt social⁹¹, de critiquer la méthode d'interprétation privilégiée par la Cour de cassation pour identifier l'intérêt protégé par une disposition légale⁹² ou bien de souligner les dangers d'un conflit d'interprétation d'une même disposition législative entre les deux cours suprêmes⁹³.

Nous voudrions toutefois, dans cette seconde partie, suggérer, au moyen de nouvelles illustrations le cas échéant, dans quelle mesure la doctrine belge en droit privé est elle aussi attentive aussi bien aux concepts qu'aux intérêts et aux valeurs. Pour ce faire, nous avons procédé, pour l'essentiel, par coups de sonde dans un ensemble de manuels, précis et traités récemment parus dans quelques domaines du droit privé, sans aucune prétention à l'exhaustivité donc.

A. L'importance accordée aux concepts⁹⁴

⁸⁵ *Supra*, note (59).

⁸⁶ Voy., par ex., Cass. 13 juin 2013, *Pasicrisie*, 2013, I, p. 1335.

⁸⁷ Voy., par exemple, à propos de la notion de « rémunération » : Ph. Moineau, note sous Cass., 16 juin 2016, *Journal des Tribunaux*, sous presse, et *supra*, n° 5.

⁸⁸ Voy., par exemple, J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph. Lambrecht et Ph. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 765, et *supra*, n° 7.

⁸⁹ Voy., par exemple, M. Pâques et C. Vercheval, « Le droit de propriété », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, *op. cit.*, p. 591, et *supra*, n° 14.

⁹⁰ Ainsi, par exemple, de la notion concours dans le droit des procédures collectives. Voy., à cet égard, N. Thirion et D. Pasteger, « La notion de concours : pour un nettoyage de la situation verbale », note sous Cass., 1^{er} juin 2006, *Revue critique de jurisprudence belge*, 2009, pp. 170 et s.

⁹¹ Cf. *supra*, n° 7 et réf. citées.

⁹² Cf. *supra*, n° 8 et réf. citées.

⁹³ Chr. Behrendt et M. Vrancken, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination. Qui, de la Cour constitutionnelle ou de la Cour de cassation, a le dernier mot en matière de droits fondamentaux ? », *loc. cit.*, et *supra*, n° 19.

⁹⁴ Ce point s'efforce d'apporter des éléments de réponse à la question 8.

23. De prime abord, il serait tentant de distinguer, au sein de la doctrine privatiste, entre, d'une part, les auteurs spécialisés dans les matières les plus traditionnelles, dont les principes fondamentaux sont tout droit hérités du *Corpus juris civilis* (singulièrement le droit des biens et le droit des obligations), et, d'autre part, ceux qui ont investi des disciplines plus récentes ou moins systématiques, telles que le droit commercial et économique ou le droit du travail. Intuitivement, les premiers sembleraient davantage portés à étudier dans le détail l'appareillage conceptuel pluriséculaire au fondement de leur spécialité, alors que les seconds, intéressés à des branches du droit lestés d'une tradition beaucoup moins assurée, seraient d'autant plus enclins au pragmatisme et à la flexibilité notionnelle que leurs disciplines paraissent moins déterminées par le souci de rigueur conceptuelle que par la régulation des intérêts en présence (singulièrement en droit du travail, structuré par l'opposition employeurs/salariés).

Et il est bien vrai qu'à parcourir les manuels, précis et traités consacrés aux disciplines canoniques du droit civil, l'importance accordée aux concepts s'avère toujours centrale. De tels ouvrages s'ouvrent généralement par une présentation détaillée des principaux concepts qui organisent la matière, tels que, en droit des obligations, les notions d'« obligation » ou de « contrat », ainsi que les principales catégories ou sous-catégories d'obligations ou de contrat⁹⁵, ou, en droit des biens, celles de « bien », de « chose » ou de « patrimoine »⁹⁶. Une classification en genres et espèces permet ainsi d'apercevoir immédiatement l'architecture générale de la matière.

Ce serait toutefois une erreur de penser que cette préoccupation de systématisation conceptuelle est absente des disciplines plus récentes du droit privé. En droit des sociétés, la notion même de « société » et les typologies permettant d'en classer les différentes formes constituent généralement un préalable à l'étude de la matière⁹⁷. De même, en droit social, l'analyse de la relation individuelle de travail passe par la définition préalable du contrat de travail – ce qui conduit notamment à le situer par rapport au concept générique de « contrat » et, le cas échéant, à le comparer avec d'autres catégories de contrats⁹⁸ –, voire par une mise en situation théorique parfois extrêmement fouillée⁹⁹.

24. Compte tenu de la focale privilégiée dans le présent rapport, c'est le droit

⁹⁵ Voy., par ex., H. De Page, *Traité de droit civil belge*, tome II, *Les obligations* (par P. Van Ommeslaghe), vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 35 et s. ; P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 11 et s. ; R. Dekkers, A. Verbeke, N. Carette et K. Vanhove, *Handboek burgerlijk recht*, Tome III, *Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 8 et s. ; W. Van Gerven et S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, 2^e éd., Louvain, Acco, 2006, pp. 51 et s.

⁹⁶ Voy., par ex., P. Lecocq, *Manuel de droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 11 et s. ; V. Sagaert, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Tome IV, *Goedenrecht*, Kluwer, 2014, pp. 73 et s. ; R. Dekkers, E. Dirix, *Handboek Burgerlijk Recht*, Tome IV, *Zakenrecht, zekerheden en verjaring*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 3 et s.

⁹⁷ Voy., par ex., T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, Tome I, Kluwer, 1996, pp. 197 et s. ; J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph. Lambrecht et Ph. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*, pp. 22 et s. ; H. Braeckmans, R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 33 et s. ; K. Geens et M. Wyckaert, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Tome IV, *Verenigingen en vennootschappen*, Partie 2, *De Vennootschap*, Vol. A, *Algemeen deel*, Kluwer, 2011, pp. 165 et s.

⁹⁸ Voy., par ex., V. Vannes, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 25 et s. ; J. Clesse et F. Kéfer, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 171 et s. ; A.-V., Michaux, *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 129 et s. ; P. Humblet et M. Rigaud (dir.), *Synopsis van het belgische arbeidsrecht*, 7^e éd., Anvers, Intersentia, 2014, pp. 33 et s.

⁹⁹ Voy., à cet égard, M. Jamouille, *Le contrat de travail*, tome I, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1982.

commercial et économique qui retiendra plus particulièrement notre attention, en raison d'un phénomène particulier qui mérite d'être souligné.

Dans ce cadre, en effet, la théorie de la commercialité constitue un jeu de concepts auquel la doctrine continue, aujourd'hui encore, d'être particulièrement attentive. Cette théorie pose, de façon générale, la question de savoir si une opération ou une personne peuvent être qualifiées de commerciales et si celles-ci relèvent des lois particulières au commerce. Elle s'articule autour des articles 1^{er} (définition du commerçant)¹⁰⁰ et 2 (définition de l'acte de commerce)¹⁰¹ du Code de commerce. Ces notions d'« acte de commerce » et de « commerçant » n'ont cessé de donner lieu à de savants développements, qui prennent pour l'essentiel la forme d'exercices de délimitation conceptuelle et de distinctions parfois byzantines.

Du côté des actes de commerce, il s'agit, par exemple, de donner un semblant de cohérence à la liste apparemment désordonnée de l'article 2, en établissant une typologie rassemblant les différentes opérations visées par la loi sous les catégories d'« actes de commerce objectifs » et d'« actes de commerce subjectifs » ou bien encore sous celles d'« actes de commerce par leur objet ou leur cause », d'« actes de commerce par la forme » et d'« actes de commerce par relation ». Par ailleurs, la Cour de cassation ayant indiqué, dans un arrêt du 19 janvier 1973¹⁰², que l'article 2 du Code de commerce impliquait une simple présomption de commercialité des actes en ce sens qu'il serait possible de les requalifier en actes civils en prouvant que son auteur les a accomplis sans but de lucre, une nouvelle et interminable discussion doctrinale s'est appesantie sur la notion de « but de lucre » : faut-il l'entendre dans un sens subjectif ou objectif ? Sous l'angle subjectif, le lucre consisterait dans la volonté égoïste de s'enrichir, dans un esprit mercantile de spéculation ; il s'agirait de rechercher des gains destinés à augmenter le patrimoine des auteurs de l'activité commerciale¹⁰³. Du point de vue objectif, au contraire, le lucre s'entendrait comme la recherche d'un excédent de recettes sur les dépenses ; peu importerait la destination, altruiste ou égoïste, des profits ainsi dégagés¹⁰⁴.

Du côté du commerçant, de nombreuses discussions ont porté sur les notions de « principal », d'« appoint » et d'« accessoire », afin de déterminer si une personne physique ou morale est ou non commerçant. Elle n'échappera à cette qualification que si elle accomplit des actes de commerce à titre simplement accessoire. Le débat a surtout porté, en l'occurrence, sur la possibilité pour les associations sans but lucratif d'exercer des activités commerciales et a donné lieu à nouveau à de vifs échanges¹⁰⁵.

Notre propos ne consiste pas ici à prendre position sur les différents arguments échangés mais à souligner l'énergie mise, aujourd'hui encore, à détailler ces divers problèmes

¹⁰⁰ « Sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi, et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint ».

¹⁰¹ L'article 2 énumère une série d'actes qui, soit à titre isolé, soit à condition d'être exercés d'une manière répétée, sont considérés comme commerciaux.

¹⁰² Cass., 19 janvier 1973, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1973, pp. 321 et s. et la note de J. Van Rijn et J. Heenen, « Esprit de lucre et droit commercial ».

¹⁰³ En ce sens : M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Les ASBL. Evaluation critique d'une succès*, Bruxelles, Story-Scientia, 1985, n° 28 ; M. Davagle, *Guide juridique des ASBL*, Bruxelles, Kluwer, 2011, pp. 89 et s.

¹⁰⁴ En faveur de cette interprétation : J. Van Rijn et J. Heenen, *loc. cit.*

¹⁰⁵ Pour une synthèse des différents arguments, voy., par ex., D. Pasteger, « A.S.B.L. et activités commerciales : le fil d'Ariane », in Ph. T'Kint et D. Gol (dir.), *Les personnes morales sans but lucratif. Questions choisies*, Limal, Anthémis, coll. *Commission Université - Palais*, vol. 135, 2012, pp. 51 et s.

conceptuels, un peu comme si les commercialistes étaient déterminés à montrer combien eux aussi étaient aptes à manier cette « science des concepts » à quoi une certaine tradition avait réduit la connaissance du droit¹⁰⁶. Or il est assez remarquable que la théorie de la commercialité occupe en réalité, dans le droit économique contemporain, une portion de plus en plus congrue – la notion d’« entreprise » supplantant de plus en plus celle de « commerçant » dans les législations relatives à la vie des affaires¹⁰⁷. Revenant sur l’arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1973, l’un de nous a ainsi pu écrire qu’« à l’instar de ces étoiles dont nous percevons encore la lumière mais qui, en vérité, sont mortes depuis longtemps, [cet] arrêt [...] est un témoignage, modeste mais bien réel, d’un monde qui a vécu mais n’est déjà plus »¹⁰⁸. La persistance de l’intérêt de la doctrine pour la théorie de la commercialité, nonobstant sa marginalisation de plus en plus grande dans le droit positif, témoigne d’un attachement sans doute excessif aux étoiles mortes mais cela s’explique probablement par l’intérêt récurrent du droit savant, même dans des disciplines prétendument plus pragmatiques, pour les jeux de concepts.

B. La prise en compte des intérêts¹⁰⁹

25. La doctrine inclut, depuis longtemps, l’intérêt des sujets de droit dans son cadre d’analyse. Elle accorde en effet une certaine attention aux répercussions économiques et sociales des règles de droit privé qu’elle étudie. Deux exemples de cette prise en considération résident respectivement dans l’intérêt que continuent de porter les commentateurs à la théorie de l’imprévision, nonobstant son rejet par la jurisprudence majoritaire, et dans la pénétration, encore marginale, de l’analyse économique du droit dans la sphère académique.

26. Une illustration classique de la prise en compte par la doctrine des intérêts économiques des sujets de droit – ici, des parties à une convention – est donc l’élaboration et la défense de la théorie de l’imprévision. Dans l’hypothèse où un événement imprévisible survient ultérieurement à la conclusion d’un contrat et a pour effet de bouleverser son économie¹¹⁰, les défenseurs de cette théorie prônent la résolution voire, pour les plus présomptueux d’entre eux, la révision du contrat¹¹¹, dans l’objectif de lui rendre son équilibre initial. Or, aucune disposition de droit belge n’autorise un tel principe¹¹², que la jurisprudence rejette d’ailleurs ouvertement¹¹³ – nonobstant quelques décisions isolées qui en admettent

¹⁰⁶ Voy., par ex., dans la littérature récente : T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger, M. Simonis et N. Thirion, *Droit de l’entreprise*, Bruxelles, Larcier 2012, pp. 147 et s. ; Y. de Cordt, C. Delforge, H. Jacquemin, Th. Léonard et Y. Pouillet, *Manuel de droit de l’entreprise*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 67 et s. ; B. Tilleman et E. Terryn, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, Tome XIII, *Handels- en economisch recht*, Partie 1, *Ondernemingsrecht*, vol. A, Kluwer, 2011, pp. 127 et s.

¹⁰⁷ Sur ce point, voy., par ex., A. Autenne et N. Thirion, « Du commerçant à l’entreprise », in N. Thirion (dir.), *Chronique d’actualités en droit commercial*, Formation permanente CUP, vol. 143, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 9 et s.

¹⁰⁸ N. Thirion, « Les activités économiques sont-elles solubles dans la piscine du curé ? », *Revue pratique des sociétés*, 2010, pp. 144 et s., spéc. p. 159.

¹⁰⁹ Ce point s’efforce d’apporter des éléments de réponse à la question 10.

¹¹⁰ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 559.

¹¹¹ D. Philippe, « Le point sur l’imprévision », *Journal des tribunaux*, 2007, pp. 738 et s.

¹¹² A tout le moins, dans une formulation générale, car certaines législations spécifiques consacrent expressément cette théorie, comme en matière de bail (article 7, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 20 février 1991).

¹¹³ Voy., par ex., Cass., 14 avril 1994, *Pasicrisie*, 1994, I, p. 370 ; Cass., 20 avril 2006, *Pasicrisie*, 2006, I, p. 884.

l'existence¹¹⁴. Les cours et tribunaux ont certes pu aboutir à des résultats similaires par l'application du principe de l'abus de droit, d'une large acception du concept de force majeure^{115/116} ou bien encore par une interprétation extensive de la volonté des parties, mais les juridictions n'acceptent généralement pas d'adapter le contrat suite à un événement imprévu au nom de l'équité ou du principe de l'exécution de bonne foi, et pas davantage en raison de l'existence hypothétique d'une clause tacite d'imprévision¹¹⁷ qui serait présente dans tous les contrats. Une telle théorie irait en effet à l'encontre du principe de l'autonomie des volontés et de son corollaire, le principe de convention-loi. Son application risquerait, en outre, de compromettre la sécurité juridique.

Les débats doctrinaux passés et présents sur la théorie de l'imprévision, pourtant dépourvue de fondement juridique clair et de consécration jurisprudentielle, démontrent toutefois l'attention doctrinale portée aux conséquences économiques et sociales des règles de droit. Certains de ses défenseurs, dans un souci d'équité, prônent d'ailleurs une modification de la législation en vigueur¹¹⁸ afin d'admettre la modification du contrat en cas de bouleversement de son économie face à la survenance d'événement extraordinaire. D'autres, sans pour autant en défendre la consécration, étudient les mécanismes permettant de pallier l'absence de théorie générale de l'imprévision en droit belge¹¹⁹.

27. Plus généralement, la prise en compte des intérêts économiques dans le droit se manifeste ostensiblement depuis l'apparition, dans le champ académique, de l'analyse économique du droit. Initialement développée aux Etats-Unis¹²⁰, la mouvance *Law and Economics* s'est rapidement propagée par-delà les frontières du monde anglo-saxon. Récemment, l'ouvrage de E. MacKaay et S. Rousseau¹²¹ a contribué à la popularisation des théories qui se rattachent à cette mouvance dans le monde francophone.

Cette discipline a pour particularité de penser le droit comme un système économique en soi, c'est-à-dire « *in the sense of a site of activity that could profitably be studied in economic terms* »¹²². Le droit y est donc exclusivement étudié à l'aune de ses conséquences économiques et sociales, indépendamment de toute considération pour la dogmatique juridique. Cette nouvelle appréhension du droit a notamment inspiré la rédaction des rapports

¹¹⁴ Voy., par ex., Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1983, pp. 380 et s., note X. Dieux, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé ».

¹¹⁵ La force majeure, cause de résolution du contrat en droit belge, se distingue de l'imprévision en ce sens que l'événement extérieur postérieur à la conclusion du contrat rend impossible l'exécution du contrat, alors que l'événement imprévu ne la rend que plus onéreuse. La frontière n'est toutefois pas toujours claire, offrant une certaine marge de manœuvre au juge.

¹¹⁶ Bruxelles, 22 novembre 1965, *Revue pratique des sociétés*, 1968, p. 100 ; Civ. Bruxelles, 15 février 1973, *Journal des tribunaux*, 1973, p. 258.

¹¹⁷ Une clause dite *rebus sic stantibus*.

¹¹⁸ C. Delforge, « La modification unilatérale du contrat », in J.-F. Germain (dir.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, pp. 221 et s. ; D. Philippe, *loc. cit.*

¹¹⁹ X. Dieux, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *loc. cit.* ; P. Wéry, « L'imprévision et ses succédanés », note sous Liège, 27 juin 1995, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1996, pp. 102 et s.

¹²⁰ Généralement, l'on admet que l'analyse économique du droit moderne a éclo dans les années soixante du siècle dernier avec les travaux de R. Coase sur la question du *social cost* (R.H. Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Laws and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 et s.) et ceux de G. Calabresi à propos des *torts* (G. Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 491-553).

¹²¹ E. MacKaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008.

¹²² R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8^e éd., New York, Aspen Publishers, 2011, p. 30.

Doing Business de la Banque mondiale (censés évaluer les systèmes juridiques conformément aux attentes du secteur privé), dont la réception dans le monde juridique francophone a suscité de vives réactions¹²³, y compris de la part de l'Association Henri Capitant¹²⁴.

En dépit de certaines dérives politiques, les méthodes employées par l'analyse économique du droit offrent de nouvelles perspectives aux commentateurs des règles juridiques qui, outre l'évaluation de leur cohérence par rapport à l'ordre juridique dans son ensemble, sont désormais également enclins à analyser les conséquences économiques des normes législatives et des décisions jurisprudentielles. Cette démarche reste cependant minoritaire dans la doctrine belge, bien que certaines études méritent d'être soulignées¹²⁵. Les outils de l'analyse économique du droit sont par ailleurs plus utilisés par la doctrine de langue néerlandaise, peut-être en raison de sa plus grande proximité avec le monde anglo-saxon.

C. L'attention portée aux valeurs consacrées par les dispositions situées au sommet ou en marge de la pyramide normative¹²⁶

28. Longtemps, la doctrine privatiste belge, fidèle à la tradition française, était caractérisée par un fort légicentrisme : la loi (idéalement rédigée sous la forme d'un code) contenait tout le droit et, le juge n'étant que la bouche de la loi, la jurisprudence était perçue comme un prolongement servile du texte légal. C'était là, en particulier, la tendance longtemps dominante dans la littérature de droit civil. Cette vision étroitement positiviste et techniciste du droit se manifestait par une indifférence marquée pour les valeurs véhiculées par les textes juridiques, sous réserve, souvent, d'une adhésion plus ou moins assumée et consciente aux principes libéraux (notamment, l'individualisme au fondement de la propriété privée et de l'autonomie des volontés) sous-jacents au Code Napoléon.

Les choses ont bien changé depuis lors : de même que, dans une perspective pas très éloignée des théories du réalisme juridique, les décisions judiciaires et, singulièrement, les arrêts de la Cour de cassation font l'objet d'une attention beaucoup plus soutenue de la part de la doctrine, en ce sens que c'est dans ces dispositifs jurisprudentiels que gît, en fin de compte, le sens des textes légaux, les sources supra- ou para-législatives occupent une place de plus en plus importante dans les productions scientifiques consacrées aux diverses branches du droit privé. Ces sources constituent l'occasion d'aborder de nouveaux problèmes ou d'en étudier de plus anciens à nouveaux frais et, plus particulièrement, de mettre l'accent sur certaines valeurs fondamentales véhiculées par ces catégories de normes autres que la loi. La réflexion sur la multiplication des sources du droit, sans se limiter au droit privé, a ainsi pu donner lieu, dans la sphère académique belge, à des réalisations ambitieuses¹²⁷. C'est à travers l'analyse de ces

¹²³ B. Fauvarque-Closson, A.-J. Kerhuel, « Is Law an Economic Context ? French Reactions to the *Doing Business* World Bank Reports and Economic Analysis of the Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 815 et s.

¹²⁴ Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports Doing Business de la banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

¹²⁵ B. Bouckaert, « Eigendomsrechten vanuit rechtseconomisch perspectief », *Aers Aequi*, 1990, p. 777 et s.; G. De Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht. Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie*, Anvers, Maklu, 1994 ; A. Autenne, « Analyse économique des offres publiques d'achat », in *La réforme de la réglementation sur les offres publiques d'achat*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 354 ; A.-L. Durviaux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 223 et s.

¹²⁶ Ce point s'efforce d'apporter des éléments de réponse aux questions 9, 11 et 12 du questionnaire.

¹²⁷ Voy., en particulier, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées* (4 vol.), Limal, Anthemis, 2012.

sources que la doctrine privatiste s'efforce de dégager certains principes fondamentaux qui tout à la fois surplombent et irriguent la branche du droit étudiée.

Il convient toutefois, nous semble-t-il, de revenir à la distinction susceptible d'être opérée, au sein du droit privé, entre les disciplines plus traditionnelles (droit civil, en général, droit des obligations *sensu stricto* ou droit des biens, en particulier) et les disciplines moins canoniques (droit commercial et économique ou droit du travail, par exemple)¹²⁸. Pour des raisons qui tiennent aux spécificités et à l'environnement normatif des secondes, les études doctrinales qui leur consacrées paraissent, à première vue, plus sensibles à cette diversification – et à la montée en puissance de certains principes fondamentaux que cette diversification implique – que les travaux relatifs aux premières.

29. S'agissant d'abord des sources supra-législatives, il faut en effet noter que les influences du droit international sont plus directement sensibles dans les domaines économique et social. C'est particulièrement le cas, on s'en doute, du droit de l'Union européenne, dont l'influence déterminante sur le droit économique¹²⁹, le droit des sociétés¹³⁰ et le droit du travail¹³¹ est généralement soulignée. D'autres sources de droit international, telles que le droit de l'Organisation internationale du travail ou du Conseil de l'Europe¹³² – en particulier, bien entendu, la Convention européenne des droits de l'homme¹³³ – sont mentionnées. Par comparaison, cette préoccupation pour les sources internationales semble moins prégnante dans les réflexions relatives au droit civil *sensu stricto*¹³⁴.

En revanche, l'incidence de principes ou valeurs de rang constitutionnel sur l'évolution du droit privé est moins systématiquement prise en considération, y compris en droit commercial et économique ou en droit du travail. La question est plutôt évoquée à l'occasion de points précis de la matière, tels que la conformité aux principes d'égalité et de non-discrimination de la distinction entre employés et ouvriers¹³⁵ ou du régime d'excusabilité du

¹²⁸ *Supra*, n° 23.

¹²⁹ T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger, M. Simonis et N. Thirion, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, pp. 134 et s. ; Y. de Cordt, C. Delforge, H. Jacquemin, Th. Léonard et Y. Pouillet, *Manuel de droit de l'entreprise*, *op. cit.*, 2015, pp. 40 et s. ; E. Dirix, Y. Montangle et H. Vanhees, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 265 et s. ; G.L. Ballon (dir.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Tome XIII, *Handels-economisch recht*, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, Vol. A., Malines, Kluwer, 2011, pp. 33 et s.

¹³⁰ Voy., par ex., T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, *op. cit.*, pp. 50 et s. ; J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph. Lambrecht et Ph. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*, pp. 13 et s. ; K. Geens et M. Wyckaert, *De Vennootschap*, *op. cit.*, pp. 20 et s. ; H. Braeckmans et R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, *op. cit.*, pp. 26 et s.

¹³¹ Voy., par ex., J. Clesse et F. Kéfer, *Manuel de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; D. Heylen et I. Verreyt, *Arbeidsrecht toegepast*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2016, pp. 9 et s. ; P. Humblet et M. Rigaud (dir.), *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, *op. cit.*, pp. 345 et s.

¹³² J. Clesse et F. Kéfer, *op. cit.*, pp. 15 et s. ; D. Heylen et I. Verreyt, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; P. Humblet et M. Rigaud (dir.), *op. cit.*, pp. 5 et s.

¹³³ T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger, M. Simonis et N. Thirion, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 137 ; T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, *op. cit.*, pp. 171 et s. ; G.L. Ballon (dir.), *Ondernemingsrecht*, *op. cit.*, pp. 93 et s.

¹³⁴ Sous réserve d'éventuels développements en matière de protection du consommateur liés à des instruments du droit de l'Union européenne. Et encore : en cas de directive, c'est la loi nationale de transposition qui est le plus souvent examinée en tant que telle par les auteurs (Voy., par ex., sur le droit de rétractation en matière de contrats de consommation : P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 213 et s.).

¹³⁵ J. Clesse et F. Kéfer, *Manuel de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 196-198 ; V. Vannes, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, *op. cit.*, pp. 32 et s. ; D. Heylen et I. Verreyt, *Arbeidsrecht toegepast*, *op. cit.*, pp. 32 et s.

failli¹³⁶.

30. S'agissant ensuite des sources para-législatives, la doctrine de droit commercial et économique manifeste d'emblée une propension marquée pour la mise en exergue, dans la vie des affaires, de productions normatives privées, sous forme de codes de déontologie, de codes de conduite, de *guidelines* et autres recommandations en tous genres, destinés à diffuser les « bonnes pratiques » dans la vie des affaires. Il s'agirait simplement là du prolongement du caractère coutumier du droit commercial¹³⁷. Dans une économie de marché, le principe de base consiste dans la confiance faite aux agents économiques eux-mêmes pour adopter et faire respecter les règles nécessaires au bon fonctionnement du marché : la priorité est donc censée aller à la régulation privée (ou *auto-régulation*). Ce n'est que si cette dernière échoue à atteindre les résultats attendus que la puissance publique peut, en seconde ligne, intervenir : la régulation publique (ou *hétéro-régulation*) peut alors entrer en scène. Au modèle classique de normativité dans les traditions juridiques de droit écrit (primauté absolue de la loi pour fixer la règle de droit), tend ainsi à se substituer, dans la vie des affaires, un autre processus de création du droit, plus proche de la tradition de *Common Law*¹³⁸. La doctrine issue d'une tradition de *Civil Law*, telle que la doctrine belge, ne peut qu'être intriguée par ce mouvement et s'efforce, par conséquent, d'en traduire les implications juridiques, qu'il s'agisse du mouvement de *corporate governance*¹³⁹ ou des théories de la *corporate social responsibility*, visant à encourager les entreprises à respecter des standards élevés en matière sociale ou environnementale ou de droits humains¹⁴⁰.

31. Parmi les sources du droit porteuses de valeurs, une place particulière est réservée, dans la doctrine privatiste, à l'équité. Par exemple, dans son précis de *Droit des obligations*¹⁴¹, M. Wéry s'est efforcé de montrer que, sous couvert de textes législatifs épars¹⁴² et de constructions jurisprudentielles diversifiées¹⁴³, cette notion, de nature à susciter d'emblée la méfiance dans une optique étroitement légaliste, occupe néanmoins une place de choix dans le droit positif belge des obligations et des contrats. En matière contractuelle, l'équité ne serait du reste peut-être, selon une certaine tendance doctrinale, qu'un des multiples aspects de la notion protéiforme de bonne foi¹⁴⁴. De ce passage en revue d'une des branches les plus fondamentales, si ce n'est la plus fondamentale, du droit privé, M. Wéry

¹³⁶ T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger, M. Simonis et N. Thirion, *Droit de l'entreprise*, op. cit., p. 815 et s. ; I. Verougstrate (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, pp. 775 et s. ; G.L. Ballon (dir.), *Ondernemingsrecht*, op. cit., pp. 499 et s. ; K. Byttebier, E. Dirix, M. Tison et M. Vanmeenen (éd.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewoken*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 23 et s.

¹³⁷ T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger, M. Simonis et N. Thirion, *Droit de l'entreprise*, op. cit., pp. 137 et s. ; Y. de Cordt, C. Delforge, H. Jacquemin, Th. Léonard et Y. Pouillet, *Manuel de droit de l'entreprise*, op. cit., 2015, pp. 43 et s. ; H. Braeckmans et R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, op. cit., pp. 28 et s. ; G.L. Ballon (dir.), *Ondernemingsrecht*, op. cit., 32 et s.

¹³⁸ A ce sujet, voy. R. Aydogdu, « Mais où sont les neiges d'antan? Le Code des sociétés à l'ère de la *corporate governance* », *Journal des Tribunaux*, 2011, pp. 198 et s.

¹³⁹ N. Thirion, « Code des sociétés et codes de *corporate governance* : quelles interactions ? », in *10 ans d'entrée en vigueur du Code des sociétés – Problématiques actuelles*, Kluwer, 2011, pp. 115 et s. et réf. cit.

¹⁴⁰ R. Aydogdu, « La *Corporate Social Responsibility*. Le droit par-delà le marché et l'Etat », *Revue pratique des sociétés-Tijdschrift voor rechtspersoon- en vennootschapsrecht*, 2017, pp. 669 et s. et pp. 868 et s.

¹⁴¹ P. Wéry, *Droit des obligations*, tome II, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 261 et s.

¹⁴² L'auteur cite notamment les versions d'origine des articles 565, al. 1^{er} (droit d'accession relativement aux choses mobilières), 1854 (en matière de sociétés) et, *last but not least*, 1135 (en matière de conventions) du Code civil.

¹⁴³ L'auteur cite notamment la jurisprudence en matière de clauses pénales, de lésion qualifiée, d'exception d'inexécution ou bien encore d'enrichissement sans cause.

¹⁴⁴ S. Stijns, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *Journal des Tribunaux*, 1990, p. 33.

conclut ainsi, à la suite de De Page¹⁴⁵, que l'équité figure bien dans les sources du droit belge contemporain, tout en précisant qu'il s'agirait plus exactement d'une source matérielle qui, pour accéder à une juridicité pleine et entière, devrait passer par le tamis d'une source formelle (référence expresse dans la loi elle-même, référence tacite dégagée ou « découverte » par la jurisprudence dans son travail d'interprétation des normes légales ou pratique coutumière)¹⁴⁶.

III. A l'intersection des concepts, des intérêts et des valeurs : la proportionnalité ?¹⁴⁷

32. Parfois, nous pressentons certaines choses avant même de les désigner clairement. Dans cette promenade impressionniste à travers quelques productions jurisprudentielles et doctrinales en droit privé belge, un mécanisme central a progressivement émergé, au point de devenir un concept fondamental du droit positif, tout en étant, depuis longtemps déjà, un outil de comparaison et de mise en balance des intérêts et, depuis Aristote en tout cas, une valeur arrimée à l'idée de justice : la proportionnalité. Celle-ci ne constitue-t-elle pas, en dernière instance, la résultante syncrétique des trois tendances qui alimentent la pratique du droit dans la culture occidentale – tout à la fois manipulation de concepts, régulation des intérêts et garantie de valeurs tenues pour fondamentales ?

Si, en droit belge, le principe de proportionnalité a officiellement reçu ses lettres de noblesse à travers la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux principes d'égalité et de non-discrimination¹⁴⁸, elle-même influencée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁹, il n'en figurait pas moins en germe dans de très nombreux textes et constructions jurisprudentielles et doctrinales, y compris dans les champs les plus labourés du droit privé.

33. Il nous semble par exemple qu'il est possible de relire la théorie des troubles de voisinage¹⁵⁰ à la lumière de ce principe. Les propriétaires de fonds voisins ont, selon cette théorie élaborée par la Cour de cassation, un droit égal à la jouissance de leur propriété. Une fois les rapports fixés entre les propriétés, compte tenu des charges *normales* résultant du voisinage, cet équilibre doit être maintenu entre les droits en présence. En cas de trouble excédant la mesure des inconvénients normaux du voisinage, le propriétaire du fonds à partir duquel ces troubles sont provoqués est obligé de compenser le dommage consécutif à cette rupture d'équilibre. En d'autres termes, ne s'agit-il pas ici de trouver une réponse juridique adéquate aux troubles *disproportionnés* (qui correspondraient à ce que la Cour de cassation désigne par l'expression « troubles *anormaux* de voisinage ») ?

¹⁴⁵ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 1933, pp. 18 et s.

¹⁴⁶ P. Wéry, *op. cit.*, p. 298.

¹⁴⁷ Ce point s'efforce d'apporter des éléments de réponse aux questions 3 et 12.

¹⁴⁸ C. const., arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989 ; G. Rosoux, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 679 et s. ; A. Rasson-Roland et M. Verdussen, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Belgique », *Annuaire international de la justice constitutionnelle*, 2009, pp. 123 et s.

¹⁴⁹ S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001.

¹⁵⁰ Cass., 6 avril 1960 (deux arrêts), *Pas.*, 1960, I, pp. 915 et s. et concl. Av. gén. Mahaux. Pour une présentation générale de cette jurisprudence, voy. P. Lecocq, *Manuel de droit des biens*, tome 1, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 310 et s.

De même, n'est-ce pas le principe de proportionnalité qui constitue la clé de compréhension du principe général de l'abus de droit¹⁵¹, en particulier en matière contractuelle¹⁵² ? L'abus de droit peut en effet « résulter de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »¹⁵³. A cet égard, afin de déterminer si abus de droit il y a, « en pratique, le critère de proportionnalité est le plus usité »¹⁵⁴. La Cour de cassation y fait du reste explicitement référence dans un arrêt du 9 mars 2009 : « l'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est *sans proportion*¹⁵⁵ avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit »^{156/157}.

Dans des disciplines moins canoniques, telles que le droit des groupements, le principe de proportionnalité n'est pas en reste. Dans sa fonction prohibitive, c'est-à-dire lorsqu'il restreint l'exercice d'un droit conféré, le principe de proportionnalité limite notamment – comme nous l'avons vu¹⁵⁸ – l'exercice du droit de vote dans les sociétés, en sanctionnant les abus de majorité et de minorité. Le principe de proportionnalité comprend également une dimension habilitante, lorsque son application revient à autoriser des comportements *a priori* prohibés. Une illustration de cette fonction réside notamment dans la tolérance à l'égard des activités industrielles ou commerciales des associations sans but lucratif. Malgré l'interdiction énoncée à l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1921, la Cour de cassation autorise une association à poursuivre des activités industrielles ou commerciales à titre *accessoire*, à la condition qu'une telle activité soit nécessaire à la réalisation de son but désintéressé et qu'elle y consacre l'intégralité des bénéfices obtenus¹⁵⁹. Le principe de proportionnalité a également amené la Cour de cassation à autoriser les conventions de vote, pourtant contraires au principe d'ordre public de la liberté de vote. Une convention de vote est en effet considérée comme licite si elle va dans le sens de l'intérêt social et si l'atteinte à la liberté de vote est limitée¹⁶⁰. Cette jurisprudence a par la suite été avalisée par le législateur pour les sociétés anonymes et les sociétés privées à responsabilité limitée¹⁶¹.

34. Si la proportionnalité est donc incontestablement une idée simple à prendre au sérieux¹⁶², elle n'emporte pas tout sur son passage pour autant : soucieuse, ici encore, de

¹⁵¹ Sur la qualification de « principe général » de l'abus de droit, voy. : Cass., 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be>

¹⁵² Cass., 19 septembre 1983, *Pasicrisie*, 1984, I, p. 55, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1986, pp. 282 et s., note J.-L. Fagnart.

¹⁵³ Cass., 10 septembre 1971, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1976, pp. 300 et s., note P. Van Ommeslaghe (en matière extra-contractuelle) ; Cass., 20 novembre 1987, *Pasicrisie*, 1988, I, p. 337 (en matière contractuelle).

¹⁵⁴ P. Wéry, tome I, *Droit des obligations*, op. cit., p. 139.

¹⁵⁵ C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁶ Cas., 9 mars 2009, *Journal des tribunaux*, 2009, p. 392.

¹⁵⁷ Pour un rapprochement de la théorie des troubles de voisinage et de l'abus de droit sous l'angle de la proportionnalité notamment, voy. J.-Fr. Romain, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter) », *Revue de droit de l'ULB*, 2002, pp. 185 et s.

¹⁵⁸ Cf. *supra*, n° 7.

¹⁵⁹ Cass., 3 octobre 1996, *Pasicrisie*, 1996, I, p. 902, et *supra*, n° 24.

¹⁶⁰ Cass., 13 avril 1989, *Pasicrisie*, 1989, I, p. 825.

¹⁶¹ Sur tout ceci, voy. : Ph.-E. Partsch et I. Lebbe, « Principe de proportionnalité et droit des sociétés », *Journal des tribunaux*, 1996, pp. 609 et s.

¹⁶² Pour reprendre l'expression de S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple aux sérieux*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001.

coller à la volonté du législateur, la Cour de cassation n'admettrait pas que les mécanismes légaux fussent tempérés par le principe de proportionnalité dès lors que les textes qui les instaurent ne laisseraient pas de marge de manœuvre au juge en la matière. Ainsi, en droit du travail, la Cour de cassation a censuré une décision de la Cour du travail de Liège qui avait estimé que, nonobstant la faute grave commise par le salarié, le licenciement immédiat et sans indemnité de ce dernier constituait une sanction disproportionnée, compte tenu du caractère isolé de la faute et de l'ancienneté du travailleur. Or l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui organise le licenciement pour motif grave (considéré comme « toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur »), n'indique pas que la faculté d'une des parties au contrat de travail de rompre la relation pour faute grave doit être subordonnée à une appréciation en termes de proportionnalité. La Cour du travail a donc violé cette disposition légale et son arrêt est en conséquence cassé¹⁶³.

35. Il reste que, pour résistant qu'il soit¹⁶⁴, le principe de proportionnalité n'en occupe pas moins une place de plus en plus centrale dans la jurisprudence et la doctrine belges de droit privé.

¹⁶³ Cass., 6 juin 2016 (disponible sur juridat.be).

¹⁶⁴ Pour paraphraser *a contrario* le titre de l'article de P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 49 et s.