

M. VANWIJCK

**THEORIE GENERALE
DES OBLIGATIONS**

REDACTION DE JEAN-CHRISTOPHE WERENNE
ANNEE ACADEMIQUE 2001-2002

**LIVRE PREMIER.
SOURCES ET EFFETS DES
OBLIGATIONS**

PRELIMINAIRES

1 DEFINITION DES OBLIGATIONS : POLYSEMIE DES TERMES

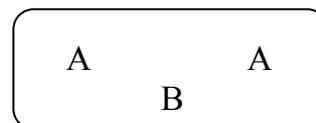
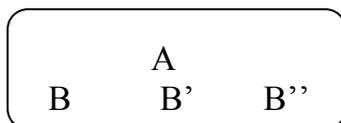
1.1 DEFINITION DE L'OBLIGATION

Le droit serait la science des concepts. C'est en théorie générale des obligations que ce trait est le plus fort. La théorie générale des obligations possède une multitude de concepts fondamentaux qui s'articulent les uns avec les autres. On les retrouve en droit commercial, en droit administratif, pour l'étude des marchés publics et les contrats de travail. Ces concepts généraux s'appliquent à une multitude de cas pratiques.

L'obligation peut être définie comme le lien de droit en vertu duquel une ou différentes personnes peuvent contraindre une ou différentes autres personnes à « donner », à faire ou à ne pas faire quelque chose.

1.2 POLYSEMIE DU TERME

C'est donc un lien de droit entre deux personnes au minimum. Différents schémas sont possibles.



C'est un lien de droit c'est à dire qu'une personne est tenue à ses obligations et le créancier peut l'y contraindre en ayant recours aux tribunaux. Est associé au lien de droit, le pouvoir de contrainte.

Quelles types d'exécution ?

- DARE → obligation de constituer un droit réel, de transférer un droit réel (ou idem pour un droit de créance) (ex. constitution d'un usufruit, droit de propriété : vente, échange, donation, cession d'usufruit...)
- FACERE → ex. travail intellectuel ou matériel
- NON FACERE → ne pas faire (obligation de ne pas faire de concurrence)

En conclusion, nous pouvons dire que le terme « obligation » est polysémique en ce qu'il désigne à la fois les liens du droit, le lien de droit entre deux personnes, ou plus rarement, pour désigner le droit du créancier (c'est à dire son droit d'exiger du débiteur l'exécution de son obligation) ou plus fréquemment cela désigne la charge qui pèse sur le débiteur, cette dette étant un élément négatif de son patrimoine contrairement au créancier où cet élément est positif vu qu'il ne grève pas son patrimoine.

2 UNE « THEORIE GENERALE » DES OBLIGATIONS DANS LE CODE CIVIL

Ces règles forment un ensemble structuré. En effet, les règles relatives aux obligations se présentent dans le Code Civil comme un ensemble assez bien structuré et **coordonné**. Celles-ci se trouvent dans le Livre III au Titre III (des contrats ou des obligations), dans les Titres IV et IV bis (de la vente).

3 PERMANENCE DE LA THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS

De plus, elles présentent une certaine **permanence**, c'est-à-dire qu'elle n'ont guère changé depuis 1804. Certains textes ont certes été modifiés (voy. surtout la clause pénale, la prescription extinctive et la cession de créance), mais dans l'ensemble on assiste à une *non évolution*.

3.1 PERMANENCE DE LA THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS

Certains textes sont inspirés du droit romain qui, à la fin de leur évolution, était arrivé à une maturation juridique presque parfaite. Les rédacteurs du Code Civil se sont inspirés de cette période où les concepts étaient juridiquement « parfaits ».

Les techniques sont pour la majorité idéologiquement neutres ce qui les aident à résister aux changements de mentalité.

Certains concepts sont vraiment fondamentaux (bon père de famille à la base de la responsabilité) et tellement basiques que pour une évolution, il faudrait une révolution.

3.2 ILLUSION PARTIELLE DE LA PERMANENCE DE LA THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS.

Cette permanence est **en partie illusoire** car ces règles en apparence inchangées ont en réalité subi les assauts du temps : elles ont subi une évolution voire une révolution qui procède de deux tendance :

3.2.1 ATTAQUES INDIRECTES VENANT DE L'EXTÉRIEUR

En marge du Code Civil, et sans toucher à ses textes, le **législateur** a développé progressivement une série de réglementation spéciales, qui réglementent des pans entiers du droit des obligations.

Par exemple, la loi sur les pratiques du commerce du 14.07.91 qui entraîne le consumérisme – protection du consommateur, est une qui régit les ventes des biens et la fourniture de services des professionnels aux consommateurs ; elle régit donc des contrats entre consommateurs entre consommateurs à titre privé et professionnels (ex. vente d'une voiture). Le champs d'application de la loi est donc très large. Certains articles se penchent d'ailleurs sur une matière des obligations : conclusion et exécution des contrats.

Autre exemple : loi du 11.06.91 sur le crédit à la consommation pour protéger le consommateur qui emprunte.

3.2.2 REMARQUE : LES OBLIGATIONS DU CODE CIVIL NE DISPARAISSENT PAS POUR AUTANT.

Prenons, par exemple, le problème d'un contrat passé entre une banque et un consommateur pour ses vacances. On applique certes la loi sur le crédit à la consommation mais ces lois « spéciales » ne sont jamais complètes ni exhaustives et donc si l'on ne trouve pas la réponse dans la loi particulière, on se tournera vers la loi plus générale, c'est-à-dire la loi sur les pratiques du commerce du 14.07.91 (ici fourniture de services finis entre le banquier professionnel et le consommateur). Si la solution ne s'y trouve pas davantage, on retombe dans le régime de la théorie générale des obligations du Code Civil qui est le véritable fondement de tous les contrats. En conclusion, il faut bien avoir à l'esprit que les lois « spéciales » ne règlent que certains aspects et non tous.

3.2.3 ATTAQUES INDIRECTES VENANT DE L'INTÉRIEUR

Les juges en interprétant et en appliquant les textes peuvent les faire évoluer même si la formulation ne change pas.

Ex. arts 1134, al.3 : le contrat est comme un loi pour les parties contractantes. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi (= principe d'interprétation). Mais au fil du temps, cet alinéa 3 a pris de plus en plus d'importance au point de fragiliser le concept fondamental. En 1804, le Code Civil était basé sur la liberté, l'individualité et l'égalité. Au cours du siècle, c'est l'idée de solidarité qui a émergé : les contrats doivent être exécutés de bonne foi.

4 IMPORTANCE DE LA THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS.

La théorie générale des obligations est le fondement commun. Dès qu'il y a lacune de la loi particulière, un retour au Code Civil est nécessaire. Une bonne compréhension du droit commun des obligations permet de comprendre les règles particulières car elles ont comme objectif de compléter ou de déroger au droit commun. Il faut donc partir de l'origine qu'on a voulu modifier.

Ex. art.29 de la loi sur le crédit restreint : la clause résolutoire expresse est une notion de droit commun des obligations.

Le champs d'application de la théorie générale des obligations (TGO) est extrêmement vaste. L'obligation est à la base du droit civil mais aussi de la vie des affaires car il régit les relations entre particuliers mais également les relations entre agents économiques.

***TITRE PREMIER.
DES ACTES JURIDIQUES***

INTRODUCTION

5 PRESENTATION

Le Code Civil distingue deux sources des obligations :

- l'article 1101¹ qui dit que le **contrat est la source première des obligations.**
- l'article 1370² qui dit que des obligations peuvent naître en dehors des contrats,
 - *soit de l'autorité de la loi* (obligations d'un tuteur vis-à-vis d'un pupille, obligations entre voisins, etc.)
 - *soit en raison d'un fait personnel de la partie obligée* (c'est le cas des délits, des quasi-délits formant responsabilité quasi-délictuelle, et des quasi-contrats, comme par exemple, la gestion d'affaires)

6 NOUVELLE CONCEPTION DES SOURCES DES OBLIGATIONS

Cette conception a été fortement critiquée. Selon la doctrine, la véritable source des obligations est la loi. Quand un contrat fait naître une obligation, c'est uniquement parce que le législateur (et donc le Code Civil) dit qu'il y a obligation. Le fondement de ce principe est l'article 1134 CC.

Article 1134 CC : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

La loi est donc la source première.

¹ « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

² « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, (...). <L 2001-04-29/39, art. 40, 008; En vigueur : 01-08-2001>

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre. »

Cette nouvelle conception des sources des obligations est basée sur les faits juridiques sensu lato.

Les faits juridiques sont tout fait quelconque auquel la loi reconnaît des effets de droit, auxquels la loi attache des obligations.

Ces **faits juridiques sensu lato** peuvent être de deux types :

- 1. Les actes juridiques** (les actes juridiques unilatéraux et les actes juridiques bilatéraux : les contrats) : source qui se caractérise par le fait que la **volonté** de la ou des parties est primordiale.
- 2. Les faits juridiques sensu stricto** : tout fait quelconque auquel la loi reconnaît des effets de droit mais qui ne rentre **pas dans le concept d'actes juridiques**. Ce sont les délits, les quasi-délits (responsabilité quasi-délictuelle) et les quasi-contrats (ex. gestion d'affaires, paiement indu, enrichissement sans cause, etc.).

7 DEFINITION DES ACTES JURIDIQUES

La caractéristique de l'acte juridique est que le ou les auteurs de l'acte ont la volonté de faire produire à leurs actes les effets que le droit y attache. On dit que les auteurs ont l'**intention juridique**.

Ex. Je commets une faute et cause un dommage, il y a faute sensu stricto (la loi l'impose) mais ce n'est pas un acte juridique car mon but n'était pas de commettre les effets légaux de la faute.

8 DISTINCTION ENTRE LES DIFFERENTS TYPES D'ACTES JURIDIQUES

On peut distinguer les actes juridiques bilatéraux (concours de deux volontés), développés dans le Code Civil, les actes juridiques multilatéraux et les actes juridiques unilatéraux.

Se pose le problème de savoir si l'on considère que l'acte juridique unilatéral (donc posé par une seule partie) comme une source d'obligations, comme le contrat par exemple ? Le Code Civil a réglé le problème mais de manière éparse.

Ex : le testament, le testamentaire peut répartir ses biens comme il le prévoit.

Ce sont donc des règles spécifiques qui règlent le problème et aucun texte du Code Civil n'instaure de principe général.

SOUS-TITRE 1.
L'ACTE JURIDIQUE UNILATERAL

9 DEFINITION

L'acte juridique unilatéral est la manifestation de la volonté d'une seule personne à laquelle la loi reconnaît des effets juridiques (ex. testaments, reconnaissances d'enfants naturels, droit de résiliation d'un contrat donné par le Code Civil à chaque partie).

10 L'ENGAGEMENT PAR MANIFESTATION UNILATERALE DE VOLONTE : SOURCE D'OBLIGATIONS ?

Le Code Civil, comme dit plus haut, ne l'envisage pas. Il est important de ne pas confondre créer des droits et créer des obligations de manière unilatérale. Il s'agit bien de créer des obligations. *Par sa volonté, est-il possible de créer des obligations de son propre chef pour quelqu'un d'autre en dehors des cas prévus par la loi ?*

10.1 OPINION DE LA DOCTRINE (ARGUMENTS)

Partisans du non	Partisans du oui
<p>1. historique : le Code Civil n'a pas voulu consacrer l'engagement unilatéral comme une source générale des obligations.</p> <p>2. sociologique : si le droit consacre les engagements unilatéraux, on n'osera plus s'exprimer de peur d'être engagé par ce qu'on aura dit.</p> <p>3. philosophico juridique : l'obligation étant un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur, l'engagement unilatéral ne peut être consacré comme source d'obligation.</p> <p>4. 1. le contrat est une source d'obligation parce que présenté comme tel par la loi (arts 1101, 1134, al.1) mais la loi ne dit rien pour les engagements unilatéraux.</p> <p>4.2. selon l'art. 1134, al.2, il faut un consentement mutuel. Si l'engagement unilatéral est considéré comme source des obligations, la personne pourrait dans ce cas, se délier par la suite. L'engagement unilatéral ne servirait donc à rien (il y aurait vice du raisonnement). L'engagement unilatéral doit donc être irrévocable.</p>	<p>Le Code Civil n'a certes pas consacré cette obligation mais il l'a reconnue dans certains cas particuliers et ce ne serait pas la première fois qu'on tirerait de textes épars une règle générale.</p> <p>Il faut certes ne pas paralyser la communication. Il n'y aurait engagement unilatéral en tant que source d'obligation que si la personne a bien l'<i>intention juridique</i>.</p> <p>Pour une obligation, il faut certes un lien mais cela ne veut pas dire que chacune des parties doivent donner leurs consentements. Ce qui compte, c'est le consentement de celui qui s'oblige.</p> <p>Cf. réfutation du point 1.</p> <p>Les partisans du « oui » admettent que l'engagement unilatéral doit être irrévocable (même pendant un délai fixé par l'obligé) mais ne réfutent pas l'argument. Ils développent une pétition de principe.</p>

10.2 DANS LA JURISPRUDENCE

Le débat n'est pas terminé en France. En Belgique, la Cour de Cassation en a fait une source générale d'obligations.

Dans les années 70, la Cour de Cassation a pris une position de principe en matière de contrats de travail. Un employeur avait promis une prime pour les ouvriers qui n'avaient pas été absents pendant plus de 10 jours mais tous les ouvriers n'eurent pas l'occasion d'accepter, de manifester leurs accords.

La Cour de Cassation en déduit que c'est un engagement unilatéral. Tandis que l'employeur déclare qu'il n'est pas lié (car le Code Civil ne consacre pas l'engagement unilatéral en tant que source générale des obligations), la Cour de Cassation décide le contraire. Cette position fut cependant restreinte au droit social.

Dans les années 80, une affaire de droit civil, voire commercial, se présente devant la Cour de Cassation. Il s'agissait d'une offre de contrat. La Cour de Cassation décide que l'offrant est lié et qu'il s'oblige à maintenir cette offre pendant un certain temps (l'offre est obligatoire car il y a manifestation de la volonté unilatérale de la part de l'offrant). **L'engagement par volonté unilatérale est donc considérée comme une source autonome et générale d'obligations.**

10.3 INTERET, UTILITE DE LA CONCEPTION

- Offre de contrat (cf. préc.)
- Consécration des promesses publiques non acceptées par les bénéficiaires (ex. de l'employeur)
 - Ex. promesse de récompense pour un chien perdu
 - 10 000 FB de récompense sont promis à la personne qui ramènera le chien. Une personne voit le chien et réclame la récompense. Il y a contrat (une volonté tacite est valable également : il y a adhésion au contrat de la personne qui ramène le chien). L'offre du contrat = offre de remboursement
 - Une personne qui n'a pas vu l'écriteau ramène le chien au propriétaire qu'il connaît bien. Quelques jours plus tard, il apprend que le propriétaire avait proposé une récompense. Dans ce cas, il n'y a pas contrat.
 - Aujourd'hui, avec l'engagement unilatéral en tant que source générale d'obligation, le propriétaire du chien serait tenu.
 - En matière bancaire, certains engagements des banquiers sont justifiés par l'engagement, la manifestation unilatérale de volonté : ils sont donc liés dans certains cas.
 - Crédit documentaire
 - Garantie à première demande promise par le banquier

- Dans les contrats internationaux, pour éviter les risques de mauvaise exécution, de retard, on exige que le banquier fasse une garantie (si mauvaise exécution, le banquier sera tenu de payer les sommes convenues). La lettre du banquier par laquelle il promet une garantie à première demande est considérée comme obligatoire dès qu'elle est émise (même si elle n'est pas acceptée).
- Garantie des chèques (jusqu'à 7000 FB) par le banquier.

11 FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE UNILATERAL : REGIME JURIDIQUE ; CONDITIONS DE VALIDITE (CASS. 13.11.1969)

11.1 CONDITIONS DE VALIDITE

- une volonté sérieuse, certaine et ferme (elle doit être définitive et avec intention juridique de se lier)
- une forme quelconque : c'est la transposition du régime des contrats, le consensualisme – n'importe quelle forme – ; la forme peut être orale, écrite, voire tacite mais la volonté doit être extériorisée. Cela posera certainement des problèmes au niveau du système probatoire.

Remarque : Ainsi, si je dis que, la semaine prochaine, j'offre le champagne à l'auditoire. Est-ce un engagement par volonté unilatérale ? Est-elle empreinte d'intention juridique ? Non car il n'y a pas d'intention juridique, mais une intention amicale.

De même se pose la question de savoir si parce qu'on s'adresse à une série de personnes indéterminées, l'engagement serait unilatéral ? Le fait que ce soit adressé à des personnes indéterminées n'entraîne pas d'engagement unilatéral *mais c'est une preuve supplémentaire qu'il n'y a pas d'intention juridique.*

11.2 QUAND L'ENGAGEMENT EXISTE-T-IL ET EST OBLIGATOIRE ?

La solution à ce problème ne se trouve évidemment pas dans le Code Civil mais dans de la doctrine.

Il convient de distinguer les actes juridiques receptices des actes juridiques non receptices.

Un acte juridique receptice est un engagement juridique unilatéral qui n'existe que lorsqu'il est connu par le bénéficiaire, le destinataire.

Un acte juridique non receptice est un engagement juridique unilatéral qui existent dès qu'il y a émission de la volonté (peu importe comment, voy. le point sur la forme quelconque).

Comment savoir dans quelle catégorie l'on se trouve ?

- directement du Code Civil
 - Ex. la révocation du mandat est un acte receptice (voy. notamment art. 2006 CC)
- d'une théorie de Martin de la MOUTE :
 - **un acte juridique unilatéral est receptice lorsqu'il a pour fonction directe soit une information ou un ordre juridique fait au destinataire de l'acte soit lorsqu'il comporte une atteinte au droits d'autrui** (ex. congé envoyé par le bailleur).
 - La Cour de Cassation (voy. Cass., 22 sept. 1994) y a apporté une nuance : *un acte juridique receptice n'existe et n'est qu'obligatoire que quand il est parvenu à la connaissance des destinataires ou du moins qu'il ait pu arriver à la connaissance de celui-ci* (ex. dépôt dans la boîte à lettres)

11.3 AUTRES CONDITIONS

En effet, pour le contrat (art 1108 CC³), le CC prévoit plusieurs conditions de validité (objet, cause, etc). Ne pourrait-on pas concevoir des conditions de validité pour l'engagement unilatéral pour qu'il soit source d'obligation (excepté les conditions évoquées aux points 1, 2, 3)

Dans le cas d'un engagement unilatéral de volonté, la jurisprudence a décidé de transposé les conditions de validité du contrat à l'engagement unilatéral de volonté (sauf lorsque règles accessoires non transposables car pour contrat : ex. dol > cocontractant)

11.4 CASS. , 13.11.69, RCJB, 1970

Une grand-mère rédige son testament : elle lègue la moitié des biens à son fils et l'autre moitié à ses deux petits fils. Elle décède. Le testament est donc ouvert. Le petit fils, choqué du déshéritement du père, renonce au testament. Il y a renonciation à un droit : c'est un engagement unilatéral (volonté à effets juridiques)

³ Article 1108 CC : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation. »

Peu après, on se rend compte qu'il existe une clause dans le contrat stipulant que la part à laquelle le petit-fils avait renoncé revient non pas au père mais à l'autre petit fils.

L'affaire vient en justice. Le petit-fils plaide que la renonciation est nulle pour fausse cause (absence de cause). Il est à rappeler que la cause est le « mobile » d'un contrat déterminant.

La Cour d'Appel de Bruxelles refuse d'annuler la clause car l'exigence d'une cause exacte n'est requise par le CC que pour le contrat.

La Cour de Cassation, par contre, casse l'arrêt de la Cour d'Appel. La Cour de Cassation précise pourquoi : « Sauf dans les cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause, la validité d'un acte juridique, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, est subordonnée à l'existence d'une cause.»

La Cour de Cassation reconnaît donc l'exigence d'une cause transposée dans l'acte juridique unilatéral. Elle ne s'est prononcé que sur la cause mais l'on suppose qu'elle développerait le même raisonnement pour les autres conditions de validité d'un contrat.

L'affaire a donc été renvoyée devant une autre Cour d'Appel, mais cette dernière a encore refusé l'annulation mais sur une autre base (erreur faite du petit-fils sur la cause était inexcusable).

***SOUS-TITRE 2.
L'ACTE JURIDIQUE BILATERAL : LE
CONTRAT***

CHAPITRE I

LA FORMATION DU CONTRAT

12 DEFINITION

Le contrat est un accord de volonté dont deux personnes au min (bilatéral) dans le but de faire naître des effets de droit c'est-à-dire :

- soit de créer des droits (créance ou réels) et les obligations correspondantes,
- soit de transférer de droits réels ou de droits de créance (ex. contrat de vente, de cession de créance),
- de modifier des droits et obligations préexistants,
- ou encore d'éteindre des droits et obligations préexistants (ex. bail de trois ans : conventions peuvent être révoquées : art 1134⁴)

⁴ Article 1134 CC : *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

SECTION 1.-

LES PRINCIPES DE BASE APPLICABLES AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT

13 LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DES VOLONTES (OU LIBERTE CONTRACTUELLE)

13.1 DEFINITION.

Principe à trois facettes :

- a) toute personne est libre de contracter ou non
- b) personnes libres de contracter avec qui elles veulent : libre choix du partenaire
- c) toutes les personnes sont libres de contracter sur ce qu'elles veulent : libre choix de l'objet du contrat (et du contenu du contrat)

Attention, il existe de nombreuses exceptions

Le principe n'est pas énoncé tel quel dans le CC mais s'y trouve en filigrane et surtout correspond à l'esprit des auteurs du CC (Rappel : 1789 → 1804 : code rédigé emprunt des idées d'égalité, de liberté.) Ce principe est à la base de deux grands textes :

- **1134 al.1 CC : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.** L'article repose sur liberté contractuelle : les parties ne sont pas obligées de contracter, si elles l'ont fait c'est qu'il y a volonté de se lier juridiquement ; on ne fait que respecter volonté des parties)
- **1165 CC : Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.** (relativité des conventions) : le contrat va être comme une loi pour les parties mais uniquement pour elles.

Le fondement de ces articles est la liberté contractuelle. Le Code Civil a donc reconnu un pouvoir normatif aux particuliers en 1804 et cela relève d'un choix politique du législateur (ex. en ex-URSS, état à l'économie dirigée, aurait-ce été possible ?) : c'est donc le substrat d'une économie libérale. Pourquoi ? Imprégnés des idées de la révolution française, ils se sont dit que le meilleur moyen, le moins coûteux, et socialement le plus utile pour organiser des échanges des biens et des services était de faire reposer cette organisation sur la liberté, la volonté des particuliers. C'est donc un choix politique économique, politique et sociologique.

La loi dit que ce que les parties vont faire sera mieux équilibré vu que son objet procède d'un accord de volonté et est décidé entre elles. Cette idée est tout de même un peu naïve.

La loi forgée par le contrat est mieux adaptée aux besoins des parties vu qu'elle provient de ces parties (= vision de la société des auteurs du CC.) C'est pourquoi liberté contractuelle est principe fondamental pour eux.

13.2 LA THEORIE DU JUSTE ET DE L'UTILE

Cette vision est donc dans nos textes (en filigrane) mais a été critiquée par la suite : une partie de la doctrine remet en cause l'autonomie des volontés comme fondement des règles contractuelles.

Selon ces auteurs, l'option des rédacteurs du CC est périmée et correspond à un choix irréaliste au départ parce que les auteurs du CC sont partis d'une fausse idée d'égalité entre parties contractantes (en tout cas, notion *souvent* fausse).

D'après ceux ci la force obligatoire se fonde sur **l'autonomie des volontés** (pas écartée complètement) **mais également sur le juste et l'utile** (théorie du juste et de l'utile, voy. GHESTIN en France).

Pour ces auteurs, il convient au juge à toujours vérifier s'il est bon et juste que tel contrat ou telle clause lie les parties qui l'ont contracté en plus de vérifier l'autonomie des volontés.

Si l'on suit le Code Civil, le juge doit traiter de l'autonomie des volontés seulement.

Problème : cette doctrine change les rôles ; selon la théorie du juste et de l'utile, déterminer le juste et l'utile est le rôle du législateur et selon eux, le législateur pourrait toujours le faire *mais* s'il ne l'a pas fait, cela revient donc au juge (qui ne fait normalement qu'appliquer les règles, mission du législateur au juge).

13.3 EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'AUTONOMIE DES VOLONTÉS

Actuellement, le principe d'autonomie des volontés est toujours fondamental dans le droit des contrats (le texte n'ayant pas été modifié, c'est toujours la volonté du législateur). Mais cette autonomie souffre de nombreuses exceptions apportées par le législateur :

- CC : art 6 : tous les contrats qui ont pour objet quelque chose de contraire aux lois d'ordre public et aux bonnes mœurs
- Mouvement (depuis plusieurs décennies) de protection du cocontractant le plus faible par lois particulières
 - Par ex., le locataire fermier (bail à ferme) a été très vite protégé : dispositions impératives et notamment le législateur lui a reconnu un droit de préemption en cas de vente du bien loué.

- Lois de protection du consommateur (cf. intro) : Toutes ces lois contiennent des dispos impératives (pas sur tous les points) qui réglementent les contrats en question au détriment de la liberté contractuelle.
- Du côté du juge, il a été aussi influencé par cette évolution. (...) Cependant, personne ne se réclame ouvertement de leur adhésion à la théorie du juste et l'utile. Ils trouvent d'autres théories (culpa in contrahendo, abus de droit, ...) qui ont fondement juridique (art. 1382⁵ pour le premier et art 1134, al.3 pour le second).

13.4 CONCLUSIONS.

Il y a déclin du principe de l'autonomie contractuelle mais il ne faut pas en conclure que ce principe est écarté de notre droit. Le principe demeure en ce sens que tout ce qui n'est pas défendu par la loi reste permis.⁶

13.5 REMARQUE.

Le droit véhicule la vision d'une société que le législateur a à un moment donné et est le véhicule d'une conception économique (conception libérale et non conception d'économie dirigée, comme en URSS). Aujourd'hui, c'est une conception économique mixte (de plus en plus de réglementations qui atténue les effets nocifs de la conception libérale pure et dure, etc...).

⁵ *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

⁶ Lecture conseillée : voir plan.

14 LE PRINCIPE DU CONSENSUALISME

Ce principe prolonge le principe d'autonomie des volontés mais doit en être distingué.

14.1 DEFINITION.

La forme dans laquelle les volontés vont se manifester importe peu. Il y a contrat dès que les volontés se sont rencontrées, qu'elles aient été exprimées expressément ou tacitement.

Ex. en droit romain, certains contrats n'étaient formés que quand il y a deux témoins : formalisme à outrance (contrairement au consensualisme.)

14.2 DEVELOPPEMENTS

Expressément : c'est la volonté qui s'exprime par des signes (parole, écrit, etc.)

Tacitement : c'est la volonté qui se déduit (d'un raisonnement, d'indices, etc.)

- Le CC a déjà apporté quelques exceptions pour quelques contrats (importants pour CC) : **forme supplémentaire exigée** (sous, souvent, la forme d'acte authentique, de l'acte notarié). C'est une condition exigée pour l'existence du contrat ; on les appelle contrats solennels (ex. donation d'immeubles). L'acte n'est formé que lorsqu'il est devenu authentique. (ex. hypothèque, contrat n'existe que lorsque passé par acte authentique)
- Le CC a aussi distingué les **contrats réels** (remise d'une chose) : outre échange des volontés, contrat n'est formé que lorsqu'il y a remise d'une chose à l'autre partie : ex. le contrat de prêt (1804) Ex. : un contrat de prêt existe-t-il même si banque n'a pas versé l'argent ? Mais il y a promesse de prêt (engagement des deux parties : contrat consensuel) mais ne sera qu'un contrat de prêt (règles spéciales s'appliqueront) que quand l'argent sera remis.

Depuis une ou deux décennies, on assiste à une renaissance d'un certain formalisme dans la formation du contrat !! Pourquoi ? Quel but ? **Pour protéger la partie la plus faible**. Dans cette optique, le législateur exige que le contrat soit fait par écrit, et que dans cet écrit, il y ait une série de mentions obligatoires (on espère que la partie la plus faible sera plus consciente de son engagement),

Ex. Loi sur le contrat de prêt du 12.06.91 : le contrat de prêt doit être mis par écrit, signé par les deux parties, série de mentions (taux, etc.).

14.3 DIFFERENCES ENTRE LE NOUVEAU FORMALISME ET LES CONTRATS SOLENNELS

La différence joue au niveau de la sanction.

Dans le cadre des actes notariés, le non respect des formalités entraîne la **nullité de l'acte** (ex. la donation d'immeuble réclame un acte notarié, selon le Code Civil)

Dans le cadre du nouveau formalisme, la sanction de nullité est rare car dans un tel cas, on se retournerait contre la personne que le législateur veut protéger (voy. ex du prêt). Les sanctions sont diverses et appropriées à chaque fois prévues par le législateur. Par exemple, pour le contrat de prêt, si la banque ne fait pas d'écrit, ou manque de mentions, sanction : l'intérêt que doit l'emprunteur sera effacé.

La seule différence par rapport aux contrats solennels est donc en rapport avec la sanction de ces contrats.

14.4 CONCLUSION

Si le champ d'application du consensualisme se restreint, il reste le principe de base de notre droit contractuel et normalement la simple rencontre des volontés quelque soit la façon dont ces volontés sont exprimées, suffit pour la formation d'un contrat.

14.5 REMARQUES

1. Il ne faut pas confondre le *formalisme de validité* (exception au principe du consensualisme et qui exige une forme déterminée ou des mentions déterminées) et le *formalisme d'opposabilité* aux tiers (pas une dérogation au principe du consensualisme : certains contrats ne sont opposables aux tiers que si certaines formalités sont respectées, quand la loi le dit.

Ex. la vente d'immeubles : la vente peut être conclue par un simple coup de téléphone (rare mais poss. ; au sinon compromis de vente) mais vis à vis des tiers, il faut que la vente soit faite par acte notarié et que cet acte soit transcrit à la Conservation des Hypothèques sur un registre particulier.

2. Il ne faut pas non plus confondre ces formalismes et le *formalisme probatoire* (pas non plus une exception au principe du consensualisme) : un contrat est formé (ex. vente) par la rencontre des volontés mais en droit civil, les contrats à partir de 15000FB, doivent être prouvés par écrit, et ce sera exigé par le juge ! Si ce n'est pas possible, ça restera lettre morte en justice.

SECTION 2.- LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU CONTRAT

Rappel : Définition : Le contrat est un accord de volonté conclu entre les parties en vue de faire naître des effets juridiques.

15 1.- INTENTION JURIDIQUE

15.1 DEFINITION

15.1.1 INTENTION JURIDIQUE

Les parties doivent avoir l'intention juridique, intention de se lier juridiquement (= *animus contrahendi*). C'est la volonté commune de créer des effets de droit.

15.1.2 ACCORDS DE MONDANITÉ OU DE BON VOISINAGE

Il existe des accords où les parties n'ont pas d'intention juridique (pas de discussion non plus). Cela ne pose aucun problème : ce sont les **accords de mondanité**. *Je viendrai au cocktail* ou encore *Voulez vous garder mon enfant ce soir ?* (rapports de bon voisinage). Dans le cas d'une garde d'enfants, c'est un cas à la limite de la discussion (si il y a une rémunération promise, etc., ne peut-on pas en conclure qu'il y a contrat). On peut multiplier les cas d'exemples.

Remarque

Attention : ce n'est pas parce qu'un engagement est gratuit, qu'il n'y a pas contrat. Il existe des contrats gratuits comme par ex. la donation. Mais il est vrai que quand il y a engagement qui fait naître des obligations, la rémunération peut être un élément qui donne l'intention juridique.

15.2 APPRECIATION EN FAIT DE L'EXISTENCE DE L'INTENTION JURIDIQUE

C'est le juge qui, lors d'une contestation, appréciera l'existence ou non de l'intention juridique. Il recherchera, tranchera d'après les indices donnés et les faits tels qu'ils se sont déroulés.

Un exemple qui a longtemps agité la jurisprudence et la doctrine : **le cas de l'auto-stoppeur**.

Sur la route, un autostoppeur demande à aller à Namur. Il y a accord entre le conducteur et l'autostoppeur (voire engagement), mais est-ce un contrat ? Se sont-ils liés juridiquement ? On a envie de dire non, et qu'en principe, ce n'est pas un contrat (à défaut d'autres éléments)

MAIS si l'automobiliste commet une infraction et blesse l'autostoppeur, échappe-t-il à toute responsabilité ? Il existe pour pallier à ce type de problème l'art.1382 CC même en dehors de toute base contractuelle.

Cet article va certainement s'appliquer à l'automobiliste. Il pourra être assigné mais pas sur base contractuelle (pas de contrat entre eux). Même quand pas de contrat, ça ne veut pas dire que les parties sont hors du droit.

Dans les négociations d'un contrat, les parties peuvent parfois signer des « morceaux de contrats » (**protocoles d'accords**), alors que le contrat n'est pas encore fini (lors de négociations). Le protocole (ou PV) prouve-t-il que les parties veulent déjà s'engager juridiquement ou non ? Ce n'est pas toujours facile à décider dans les faits quand il y a litige.

15.3 PROBLEMES JURIDIQUES QUI SE POSENT

15.3.1 ACCORDS QUI EN RAISON DE LEUR SUBSTANCE SONT REJETÉS DE L'ORDRE CONTRACTUEL

La question a été posée. Lorsque l'intention juridique est certaine, les accords conclus, en raison de leur substance, peuvent-ils être soumis aux règles contractuelles et donc sanctionnés comme des contrats ?

Arrêt « Les joyeux mélomanes de la Petite Jette » (02.12.1975)

On en débat toujours.

Des mélomanes décident de constituer une société de musique qui a pour but « l'amusement et la distraction des membres associés ». Ils disent aussi, dans leurs statuts, qu'ils désirent donner des effets civils à leur société et prévoient, par ailleurs, une amende pour chaque absence des membres et finalement l'exclusion après un certain nombre d'absence.

Un des associés s'absente et la société lui réclame l'amende. Il refuse et est assigné devant le juge de paix. Ce dernier constate que les statuts sont clairs et que les parties ont bien voulu donner des effets civils à leur société (ils ont eu l'intention juridique), donc il applique le contrat (multilatéral) et le membre est condamné.

En appel, le tribunal de première instance réforme la décision du juge de paix car il estime que l'interprétation de la volonté des parties doit l'amener à conclure qu'elles

n'ont pas eu l'intention juridique puisqu'elles ont écrit qu'elles désiraient seulement se grouper pour s'amuser et se distraire (début des statuts). Le juge en conclut que les parties n'ont pas eu l'intention de s'engager dans l'ordre juridique contractuel.

NB : quand les parties ne sont pas claires, le juge a un pouvoir d'interprétation.

Les associés intentent un pourvoi en cassation et le pourvoi pose la question suivante : « y'a t il des accords de volonté qui, en raison de leur substance, seraient exclus du domaine contractuel en sorte qu'il serait interdit aux personnes qui prendraient ce genre d'accords de le faire sous l'égide du droit étatique ? »

La Cour de Cassation se retranche derrière le pouvoir d'interprétation souveraine du juge du fond. Comme le juge d'appel a considéré que pas d'intention juridique, les parties doivent s'incliner et refuse donc de casser la décision du Tribunal de première instance. La Cour semble admettre (a contourné la question, mais...) qu'il pourrait y avoir des accords de volonté que les parties ne pourraient pas, en raison de leur objet, considérer comme contractuels, c'est-à-dire comme les liant dans l'ordre juridique contractuel.

Il est vrai que la question a une importance pratique relative mais certains accords rentrent dans ce type de problèmes (service clubs du type rotary, clubs et associations sportives amateurs, etc.) ; les sanctions prévues sont elles de type contractuel ?

15.3.2 LES PARTIES PEUVENT-ELLES CONVENIR QU'ELLES N'ONT PAS L'INTENTION JURIDIQUE ?

(question inverse que sous le 1)

Il existe des accords qui à l'évidence sont des contrats mais qui sont dénaturés par la volonté des parties pour devenir des accords sans contrainte juridique.

Les parties peuvent-elles faire ce type d'accords (= *gentlemen agreements*) ?

Pourquoi faire ce type de contrats ?

1. Souvent c'est pour **échapper à une loi d'ordre public** (si c'était un véritable contrat, il serait illégal). Si les parties dénaturent un contrat pour violer, contourner une loi d'ordre public, il est clair qu'il est contraire à l'ordre public de vouloir ne pas avoir l'intention juridique.

Ex. On engage une aide ménagère et celle-ci est donc soumise à l'ONSS. On fait un écrit du type « *vous viendrez..., vous serez payée..., etc.* » et l'accord est signé par les deux parties. En apparence, cet accord est un contrat (ont l'air de s'engager juridiquement, preuve écrite, etc.) mais il existe une clause dans l'accord: « cet accord n'est pas un contrat et n'a pas force obligatoire ». Les parties font cela pour éviter l'ONSS.

Il est plus que certain que le juge dira que les parties ont de toute évidence voulu faire un contrat, qu'il a été dénaturé par une clause, et ce pour éviter les lois d'ordre public ; c'est donc illicite et il y aura des sanctions.

2. Mais il existe des accords où les parties ne veulent pas être liées et qui pourtant sont licites. Ce sont des *gentlemen agreements* ou engagements d'honneur ou toute autre dénomination donnée par les parties et qui prouveraient qu'elles ne veulent pas que ce soit un contrat.

Ex. d'un engagement d'honneur mais licite : *les lettres de confort ou de patronage* (pratique courante dans la vie des affaires, entre les sociétés mères, les filiales et les banques : une banque fait un prêt à une société, filiale d'une autre. La banque demande à la société mère, en principe personnes morales et distinctes l'une de l'autre, de garantir le remboursement du prêt de sa société filiale.

- La société peut prendre un véritable engagement juridique
- la société ne désire pas s'engager et envoie à la banque une lettre de confort ou de patronage dans laquelle elle dit « je ferai ce que je pourrai pour que la société filiale rembourse le prêt, ou je vous promets que je ferai le max. pour que la filiale rembourse » mais elle montre bien que ce n'est qu'un engagement d'honneur (dépend des termes employés).

En France, certains procès ont été rendus célèbres au moment où l'on a découvert cette partie. La banque plaidait que c'était un véritable engagement juridique mais la société mère parlait des lettres de confort et disait que pas d'intention juridique. Dans l'un des premiers procès, le juge avait demandé un parère (expert) à ce sujet. Il avait répondu par l'affirmative.

Pourquoi ce type d'accord ? Les sanctions psychologiques et financières sont souvent plus fortes que la sanction juridique (pressions du milieu, les banques refusent de prêter, etc.)

Il n'y a pas de sanction juridique car c'est la volonté des parties.

La Cour de Cassation a consacré ce type d'accords (Cass. 11.01.78)

Un employeur engage un cadre pour un contrat à durée indéterminé (chaque partie peut y mettre fin moyennant préavis et selon modalités de la loi). Les parties signent un document où les parties s'engagent sur l'honneur dans lequel elles s'engagent à ne pas mettre fin au contrat avant 5 ans. L'employeur envoie le préavis au cadre (avant les 5 ans).

Il va en justice. Le juge dit que la lettre fait partie de l'ensemble du contrat et la Cour du Travail donne gain de cause au cadre. L'employeur saisit la Cour de Cassation. Cette dernière casse l'arrêt car la Cour du Travail n'a pas tenu compte de la volonté des parties : ce n'était pas une obligation juridique. La Cour de Cassation consacre donc la possibilité de faire des contrats et de les dénaturer par après (en montrant qu'on a vraiment pas d'intention juridique).

Cette consécration est très marquée : l'arrêt a d'ailleurs été rendu dans une matière sensible, le droit du travail.

15.3.3 INTERPRÉTATION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES DANS LES LETTRES D'INTENTION ET LES PROTOCOLES D'ACCORD

Le problème est encore en rapport avec la recherche de la volonté des parties. Comment savoir si il s'agit d'un contrat ou de gentlemen agreements ?

1. La volonté peut être rédigée clairement. Dans les accords intermédiaires, protocoles d'accord lors de la conclusion de contrats internationaux, il existe une **clause dite « subject to contract »** (aucun effet juridique tant qu'il n'y a pas contrat).
2. Mais il existe de nombreux cas limites où la volonté des parties n'est pas claire, et c'est au juge dans ce cas, qu'il appartiendra de rechercher l'intention **réelle des parties** (en s'aidant des termes employés, d'indices du comportement adopté, etc.), s'il y a *animus contrahendi* ou non.

Ex. **la lettre d'intention** (voy. Chapitre sur négociation des contrats) : document unilatéral émanant d'une personne et adressé à une ou plusieurs autres.

Ex. Il existe des accords de coopération entre universités pour échanges ERASMUS, etc. avec une société pilote qui coordonnait le tout, pour chaque groupe (PIC) déterminé.

L'université de Liège envoie une lettre d'intention à l'université de Essex, université pilote d'un des groupes dans laquelle elle fait savoir qu'elle a l'intention d'adhérer au PIC dont l'Université de Essex était l'université pilote.

Y a t il engagement juridique ou non ? On pourrait y voir

a) Un engagement juridique ?

- un contrat ? contrat accepté tacitement par l'Université d'Essex ou encore un contrat sous condition suspensive de l'obtention de fonds européens ?
 - un engagement par manifestation unilatérale de volonté ? pas d'accord de l'Université d'Essex mais engagement de l'ULG
- pour l'un et l'autre, il faut intention juridique de prendre un engagement juridique, qui est obligatoire pour l'ULG et sanctionnable par le droit si non respect.

b) Pas d'intention juridique ?

- un engagement d'honneur ? (risque de pression morale pour le respect de l'engagement)
- pas d'engagement d'honneur, c'est juste une lettre qui dit que ULG désire de rentrer en contact avec Essex pour avoir, à l'avenir, un accord de coopération (c'est une prise de contact, en principe sans effets juridiques).

En conclusion, il manipuler les termes avec précaution et spécialement le terme « intention » car il est ambigu.

Ex. Y'a-t-il intention juridique ou non ?

- Un notaire, chargé de vendre un terrain, écrit aux deux acheteurs potentiels, au nom du propriétaire : « Monsieur X. me charge de vous informer qu'il a l'intention de vendre telle parcelle pour tel prix. Description de la parcelle. Veuillez me faire connaître votre position»

Les deux destinataires acceptent chacun par retour du courrier et invoquent chacun la formation du contrat de vente en leur faveur et par après, la formation du contrat de vente en leur faveur.

Le propriétaire, pour se défendre (risque de dommages et intérêts par la suite), fait valoir, mais en vain, qu'il avait envoyé aux deux candidats potentiels une simple lettre d'intention informative, pour les inviter à prendre contact.

La Cour d'Appel de Mons recherche l'intention réelle du propriétaire et a finalement dit que, par cette lettre précise, exprimée sans aucune réserve, le propriétaire avait l'intention de se lier juridiquement et d'offrir en vente son terrain. Le contrat s'était formé avec le premier acceptant.

Le juge de par les termes employés et les faits, va décider si le propriétaire avait l'intention de se lier.

- Il y a négociations entre les firmes A et B et lors de celles-ci, la firme A écrit ceci (voy. feuille annexe) à la firme B. A-t-elle l'intention de se lier juridiquement ? Non car il y a la présence du mot « éventuellement » : c'est une preuve qu'elle ne veut **pas s'engager**. Elle prévient seulement qu'elle y réfléchit. Par ailleurs, voy. dernière phrase. Il n'y a donc pas d'engagement ni pour acheter ni pour passer commande. A-t-elle toutefois un impact juridique ? S'il y a rupture des négociations et que la firme A ne va pas de l'avant sans raison justifiée, y a t il quelque chose qui permettrait de trouver plus facilement une faute : cfr . infra rupture fautive des pourparlers.

16 2.- LES ACCORDS DE VOLONTE (VISION STATIQUE)

Une des deux parties, pratiquement toujours, prend l'initiative, elle fait éventuellement une offre de contrat et l'offre est éventuellement acceptée et c'est à ce moment qu'il y a accord de volonté et contrat.

Remarques

1. L'offre de contrat ne vient pas toujours de la même partie. Ex. vente : offre de vente mais il existe aussi l'offre d'achat.
2. Le Code Civil ne contient aucune règle sur l'offre et l'acceptation de l'offre. Dès lors, les règles ont été développées par la jurisprudence et la doctrine (interaction entre les deux).

16.1 L'OFFRE

La Cour de Cassation la définit comme suit : « **L'offre est une émission définitive d'une des volontés en présence qui ne doit plus être qu'acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé.** » (Cass. 23.09.69, RCJB, 70, 1).

De cette définition, on peut en tirer plusieurs conditions

L'offre est une manifestation unilatérale de volonté. C'est l'émission d'une des volontés en présence et qui doit réunir comme condition : elle doit être sérieuse, définitive (ferme) et précise.

16.1.1 DÉFINITION ET CARACTÉRISTIQUES DE L'OFFRE

1. MANIFESTATION DE VOLONTÉ SÉRIEUSE

L'offrant veut s'engager juridiquement ; il propose de conclure tel contrat et veut donc s'engager juridiquement (à l'intention juridique). Ex. j'offre du champagne à tout le monde la semaine prochaine : est-ce une offre de contrat ? En principe non. Accord d'amitié, de mondanité : **l'offre n'est pas sérieuse**. Ex.2. Plusieurs commerçants décident de tenir un stand à plusieurs, un des commerçants offre la prise en charge des frais du champagne. Il y a intention juridique car les cocontractants pourront l'assigner en justice. C'est le juge en fonction du contexte, etc. qui décidera si intention juridique ou non

2. L'ÉMISSION D'UNE VOLONTÉ DÉFINITIVE

a. LA RÉSERVE SUBJECTIVE D'AGRÉMENT

Mon engagement ne dépend plus que du « oui » de l'autre. L'offre n'est pas provisoire. Je veux que le contrat soit conclu par la simple acceptation de mon offre.

Dans certaines propositions, l'offrant se réserve le pouvoir du dernier mot. C'est la réserve subjective d'agrément.

Par ex., je propose de vous vendre ma voiture que vous connaissez bien (déterminé) pour tel prix, mais si vous acceptez, je me réserve encore le droit d'y réfléchir encore pendant huit jours. Ce n'est donc pas *une offre de vente* car elle n'est pas définitive. C'est une simple proposition (car pas définitive) sans effets juridique ou alors un appel vis à vis de l'autre pour qu'il fasse une offre d'achat : face à cette fausse offre, l'autre répond 'je suis d'accord'. C'est donc lui qui fait une offre d'achat. **il n'y a pas d'offre quand l'offrant assortit son offre d'une réserve subjective d'agrément.**

b. LA RÉSERVE OBJECTIVE D'AGRÉMENT

La réserve subjective d'agrément dénature l'offre. Mais l'offre peut parfois être assortie d'une réserve objective d'agrément, c'est-à-dire une réserve qui ne dépend pas de la seule volonté de l'offrant mais de faits extérieurs pouvant être contrôlés par un tiers ou par le juge *a posteriori*.

Ex. Je fais une offre d'achat d'un immeuble (après discussion) : « je vous propose de l'acheter pour 5 millions (=ferme et définitive, mais ...)

- **SI** son état après une visite plus approfondie me paraît plus satisfaisant. Si cette réserve dépend de la seule volonté de l'acheteur, il n'y a pas d'offre d'achat car c'est une réserve subjective d'agrément.
- **SI** l'expert architecte, qui viendra visiter l'immeuble avec moi, trouve l'immeuble dans un état satisfaisant. Il y a offre d'achat sous condition suspensive. C'est une réserve d'agrément objective (dépend de l'avis d'un expert).

c. INTERVENTION DU LÉGISLATEUR DANS CERTAINS CAS

C'est l'offrant qui modalise son offre librement et qui introduit une réserve objective ou subjective et suivant cela, il sera engagé ou non. Dans certains cas, la loi est intervenue (entorse à la liberté contractuelle)

Pour les réserves subjectives d'agrément

- Ex. L sur les pratiques du commerce : protection du consommateur et son information (14 07 91) et spécialement les *articles 31, 32, 33* qui relèvent des clauses contractuelles abusives⁷. La loi est issue d'une directive européenne et la Belgique l'a transposé dans la législation. La directive étant très détaillée, le législateur n'a pas eu beaucoup de marge de manœuvre. La

⁷ Attention : la loi ne s'applique qu'à la vente de biens et fourniture de services entre professionnels et consommateurs pour ses besoins privés).

rédaction de ces textes est donc parfois fort vaseuse. Les consommateurs européens sont donc tous protégés par une loi similaire à celle-ci. L'art. 32 contient une liste noire de clauses contractuelles interdites. Dès qu'inscrite dans un contrat, la clause est nulle. Il y a 28 clauses, nulles de plein droit.

La première clause (32, 1) dit que dans ces contrats, le vendeur ne peut pas faire signer au consommateur un bon de commande ou un document qui engage définitivement ce dernier alors que le professionnel se réserve encore le droit d'être engagé ou non (ex. dans une clause de réserve sous un bon de commande). Dans ce type de contrat, le vendeur ne peut pas introduire une réserve subjective d'agrément dans les documents qui signés par le consommateur entraînent l'engagement de ce dernier. Si le vendeur le ferait, la clause serait nulle et la réserve disparaîtrait. Le vendeur serait donc engagé. Cette réserve peut être implicite ou tacite.

- Ex. Offre d'emploi d'une aide ménagère. L'offre est précise. Ca ressemble donc à une offre avec intention juridique précise. Mais l'offre est faite avec réserve subjective d'agrément implicite (et dénature donc l'offre) : l'employeur se réserve le droit d'agrée la personne car ce sont des offres *intuitu persone*.
- Ex. Offre de bail (plus discutable) : affiche sur la fenêtre avec description détaillée. Toute personne intéressée pourrait sonner et normalement le contrat serait conclu. Mais il y a une réserve subjective d'agrément implicite. C'est au juge à en décider souverainement (d'après indices, contextes, etc.)

Pour les réserves objectives d'agrément.

- Ex. Un commerçant met sur sa vitrine une affiche dont le texte est « offre promotionnelle » sur tel type de machine à laver. Cette offre est faite sous la réserve objective d'épuisement du stock : cela reste donc une offre (si les conditions sont objectives, l'offre ne sera pas dénaturée)
- Ex. Un propriétaire de maison de repos insère dans un journal l'offre suivante : « une maison de repos dans tel village, 75 lits, à vendre pour le prix de 23 millions ». Une personne qui y avait travaillé cherchait une maison pour en reprendre la direction. Elle connaissait l'état de la maison, etc. Elle vient et se présente avec les 23 millions. Y a-t-il vente ? Intention juridique ? Discutable. Peut-on plaider que comme c'était une offre au tout venant, il pourrait y avoir réserve de voir la personne, etc. ?? A discuter. Le professeur pense que c'est une offre de vente juridiquement valable.

Pour les biens uniques, l'offre est faite à la condition qu'il n'y ait pas eu vente avec le premier acceptant (souvent considérée comme une réserve objective qui ne dénature pas l'offre). L'acceptation du second est caduque.

3. LA MANIFESTATION D'UNE VOLONTÉ PRÉCISE

a. ELÉMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT

Elle doit contenir les éléments essentiels du contrat en question. Mais qu'est-ce que les éléments essentiels ?

- Voir, par ex., l'art 1583 CC: les éléments essentiels dans le cadre d'une vente : le bien à vendre (comp. exemple maison de repos) et le prix.
 - Idem pour la location mais dans ce cas, si l'offre de location ne donne pas la durée, cela ne dénature pas l'offre. Car si non fixée, elle est établie de manière supplétive par la loi.
 - Pour tous les autres contrats, cfr. voir jurisprudence.
- Si l'offre n'est pas précise en ce sens, ce n'est pas une offre.

b. ELÉMENTS SUBJECTIVEMENT ESSENTIELS

L'offre contient parfois d'autres précisions sur des éléments pas réellement, objectivement essentiels, fondamentaux.

Ex. J'offre ma voiture pour 60 000 F à livrer dans 3 mois. L'offre était suffisamment précise sans cette dernière précision mais l'offrant peut ajouter un **élément subjectivement essentiel** (en vertu liberté contractuelle). L'offre doit être acceptée telle quelle. Si l'éventuel acheteur accepte si la livraison a lieu dans un mois : c'est une contre offre, une offre d'achat. Si l'offrant veut ajouter des précisions importantes dans son offre, il ne doit pas les oublier car il risque des ennuis (le contrat sera conclu sans ceux-ci s'il les oublie).

Parfois les éléments subjectivement essentiels apparaissent dans les négociations. Si l'offrant l'oublie dans l'offre, le juge pourra dire qu'elles y sont implicitement. Mais ça peut être dangereux car seul le juge tranchera.

Mais si il n'y a dans l'offre que les éléments objectivement essentiels, comment régler les points accessoires ? voy. art 1135 CC : il existe des tas de lois supplétives dans le Code auxquelles les parties sont sensées s'y référer sauf disposition contraire des parties.

Si éventuellement ça ne s'y trouve pas, il existe des usages dans certains secteurs professionnels et économiques. Et éventuellement, le juge complètera en usant de l'équité.

16.1.2 MODALITÉS DE L'OFFRE

1. *FORME DE L'OFFRE*

On applique le principe du consensualisme (offre orale, écrite, par lettre, par annonce, par affiches, par mail, etc.). L'offre peut également être tacite (résulte d'indices, d'un comportement particulier : ex. dans une vente publique, celui qui lève la main sur le dernier prix est celui qui fait l'offre d'achat.).

2. *PUBLICITÉ DE L'OFFRE*

L'offre peut être

- publique (affiche, annonce, via internet) ou
- particulière (offre à mon voisin par lettre).

L'offre, du point de vue de son destinataire, peut être

- collective (à tout venant, ex. affiche « à vendre », OPA) ou peut être
- adressée à une seule personne.

Remarque

Une offre publique n'est pas nécessairement collective : elle peut n'être adressée qu'à une seule personne. Par exemple, j'insère une annonce dans un journal par laquelle je manifeste ma volonté d'acheter tel numéro d'une revue pour tel prix (donc offre publique adressée à une seule personne faite sous réserve implicite objective d'agrément du premier acceptant).

Dans le commerce électronique, le problème de la formation du contrat est important. Sur le site du vendeur, apparaît le catalogue. Est-ce le vendeur qui fait une offre ferme et précise avec intention juridique (ce dernier point est discuté) ou le consommateur qui, face aux propositions du vendeur, fait une offre d'achat ? C'est un problème de l'intention juridique : comme c'est une offre à tout venant, il est plus facile de déterminer la volonté juridique du vendeur. C'est la loi sur les pratiques du commerce qui s'applique (voy. art 32 §1, voir plus haut).

16.1.3 LE CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE

1. *EVOLUTION*

Question : « l'offrant est-il obligé de maintenir son offre ? » (et si oui, pendant quels délais ?) ou au contraire, est-il libre de la retirer quand il le veut ou de la modifier. Il est inutile de se référer au Code Civil.

Dans un premier temps, on a donc dit que l'offre n'était pas obligatoire et l'offrant peut la retirer quand il le souhaite. Dans un second temps, ce n'était pas sociologiquement ni moralement, économiquement, acceptable : l'offre devait être obligatoire, maintenue pendant un certain temps.

Si je demande un devis à un peintre, qui fait l'offre ? Je fais en réalité un appel d'offre (pas de prix proposé, etc.). C'est le peintre qui fait l'offre (étant entendu qu'il n'y a pas de clauses de réserve).

2. JUSTIFICATION DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE

La formation des contrats, s'ils n'étaient pas obligatoires, seraient soumis à un point d'interrogation. Comment le justifier ? Trois théories pour expliquer juridiquement le caractère obligatoire de l'offre :

- a) **la théorie de l'avant-contrat** : celui qui fait une offre, tacitement il s'engage à maintenir cette offre pendant un certain délai. Ce deuxième engagement est accepté par le seul silence du destinataire (mais n'est pas engagé). Il y a donc un contrat sur ce point. Cet engagement est obligatoire sur base contractuelle. C'est une théorie artificielle car on sollicite le consentement du bénéficiaire de l'offre. Elle ne peut également expliquer le caractère obligatoire de l'offre que quand le destinataire est une personne déterminée. Cela ne marche pas pour les offres publiques ou collectives.
- b) **Art 1382 CC** : L'offre n'est pas obligatoire mais celui qui la retire, cause un dommage à son partenaire doit réparer le dommage causé (son comportement n'est pas celui d'un bon père de famille) Vice dans le raisonnement : ils commencent par déclarer que l'offre n'est pas obligatoire, donc cela ne peut être une faute que de ne pas la respecter. Les tenants de cette théorie ont donc fait évoluer l'idée : faute quand l'offre n'est pas maintenue dans certaines circonstances.

c) **Engagement par volonté unilatérale de volonté** : ce type d'engagement est une source générale d'obligations, cfr. Cour de Cassation (même si pas de texte général à ce propos). C'est dans ce cadre qu'elle a déclaré que c'était une source autonome d'obligations et c'est dans ce cadre également qu'elle a justifié l'offre obligatoire.

3. DURÉE DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE.

a. DURÉE DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE

- 1) **Soit l'offrant modalise son offre** (par exemple, le devis peut ne valoir que pour 15 jours et qu'au-delà, il n'est pas lié ; au-delà, il n'est plus valable ; soit l'offrant refuse, soit l'offrant poursuit son offre)
- 2) **Soit l'offrant n'a pas fixé de durée à son offre.** Dans ce cas, on considère qu'il est tenu pendant un délai raisonnable. Cela dépendra des circonstances. Le problème est qu'une fois où l'offrant n'a pas fixé de durée et que l'on se base sur l'arrêt « durée raisonnable », il y a souvent contestation. C'est le juge qui va trancher, en fonction du temps pour examiner une telle offre, selon le texte, etc. Grand pouvoir d'appréciation pour le juge.

- 3) De temps en temps, le **législateur** peut décider qu'une offre doit être maintenue pendant tel ou tel délai. Ex. crédit à la consommation.

b. POINT DE DÉPART DU DÉLAI

Tout dépend si l'acte est réceptice ou non.

S'il est réceptice, la durée de son caractère obligatoire ne commence à courir que quand il parvient au destinataire, ou aurait pu lui parvenir.

Si l'on considère que l'acte est non réceptice, la durée de son caractère obligatoire commence au moment où elle est émise.

L'offre est-elle réceptice ou non ?

- Si personne déterminée : réceptice
- Si collective : non réceptice. L'offrant est lié dès que l'offre est extériorisée.

NB. L'offre à tout-venant est difficile à gérer juridiquement : certains auteurs considèrent qu'elle est non-réceptice et l'offrant peut la retirer à tout moment (pas de délai raisonnable vu le caractère de l'offre, voy. F. t'KINT)

c. CADUCITÉ DE L'OFFRE

Quand l'offre est faite pour une durée déterminée, elle s'éteint automatiquement le dernier jour du délai.

Quand elle faite sans délai (durée raisonnable), elle s'éteint automatiquement également par expiration du délai raisonnable c'est-à-dire que normalement l'offrant n'est pas obligé d'avertir le destinataire que le délai va expirer (jurisprudence belge <> France).

4. *SANCTION DU NON-RESPECT DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE*⁸

Quid si l'offrant modifie ou retire son offre pendant le délai ? Il est passible de sanctions civiles mais quelles sanctions ? L'offre est un engagement par volonté unilatérale et donc aucune sanction n'est prévue dans le Code : quelles règles s'appliquent ?

Les auteurs n'ont quasi étudié que les conditions de validité et peu l'exécution et la sanction de la non-exécution.

La solution a été de transposer les sanctions de la non exécution du contrat à l'inexécution de l'engagement unilatéral.

⁸ Voy. chroniques de jurisprudence quant aux obligations : S.STIJNS, D VAN GERVEN, P WERY, chronique de jurisprudence, Obligations, JT, 1996, pp 689 et ss, JT, 1999, pp. 821 et ss.

EN CAS D'INEXÉCUTION

Pour un contrat

1.- l'exécution en nature forcée de l'engagement c'est-à-dire l'exécution de l'obligation elle-même.

2.- dommages et intérêts**Pour l'offre**

On considère que l'obligation de maintenir l'offre est susceptible d'exécution en nature forcée, même contre la volonté de l'offrant, et sans que l'on doive l'y contraindre par la force.

Il suffit que le juge considère que l'offre est maintenue (malgré son retrait auquel on ne donnera aucun effet).

Si elle a été acceptée, le contrat a été formé. Le jugement tiendra lieu d'acte, le juge constatera qu'il y a formation du contrat (c'est un substitut à l'exécution forcée, prévue à l'art 1144 CC)

Certains ne sont pas d'accord parce que le juge se substitue à l'offrant alors qu'au moment de la formation du contrat, l'offre avait déjà été retirée.

L'offrant doit réparer le dommage que celui à qui on offrait subit en raison de la non conclusion du contrat parce que l'offre a été retirée.

La victime doit prouver qu'elle aurait accepté l'offre si elle n'avait pas été retirée et que dès lors, il y aurait eu conclu.

Si elle y parvient, la victime a droit à tout le dommage (perte matérielle, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, c'est-à-dire perte des bénéfices).

Si elle ne prouve pas qu'elle aurait accepté l'offre, on considère qu'elle a droit à des dommages et intérêts pour la *perte d'une chance de contracter* (dommages et intérêts moins élevés).

Il ne faut pas oublier que le juge est lié par l'assignation (ne peut pas donner quelque chose qu'on ne lui demande pas) Dans la plupart des cas, les victimes demandent des dommages et intérêts.

16.2 L'ACCEPTATION

16.2.1 DÉFINITION DE L'ACCEPTATION

L'acceptation est l'agrément inconditionnel de l'offre, c'est l'acceptation telle quelle et sans réserve de l'offre.

1. La réponse mise avec réserve sur un élément essentiel n'est pas une acceptation.

Par exemple, le destinataire répond à l'offrant qu'il est d'accord avec l'offre mais pas sur le prix (élément subjectif essentiel de l'offrant) : il n'y a pas acceptation.

Je vous achète le bien non à 20 000 mais à 15 000 : offre d'achat.

Je vous achète le bien mais pas à ce prix : proposition.

2. La réponse peut aussi comporter une réserve sur un élément accessoire que l'acceptant souhaite essentialiser. Dans ce cas, on ne pourra pas parler non plus d'acceptation.

Je vous propose de vous livrer telle quantité de marchandise à X F le kilo. Le destinataire accepte mais à condition que ce soit livré dans les 24h : c'est un élément accessoire essentialisé. Il n'y a pas de contrat de vente mais y a t il offre d'achat ? Oui. Le contrat se formera sur la dernière offre émise à condition d'acceptation.

Voy. Cass. 23.02.69, Pas., 1970, I, 73

16.2.2 MODALITÉS

1. PRINCIPE DU CONSENSUALISME.

L'acceptation peut être tacite (par exemple par l'exécution du contrat lui-même par l'acceptant)

2. ACCEPTATION ET SILENCE

Le silence peut-il valoir consentement ? Si le destinataire de l'offre garde le silence, peut-on affirmer qu'il a accepté ? Il faut examiner si le législateur n'a pas donné la réponse :

Dans certaines hypothèses, le législateur considère que le silence vaut acceptation, comme en *purge hypothécaire*, par exemple.

Il peut également préciser le contraire comme dans *la loi sur les pratiques du commerce* (14.07.91) : art 76 : on ne peut envoyer à un consommateur, sans demande

préalable de sa part, des biens en l'invitant à renvoyer le bien s'il n'accepte pas cette offre de vente. Le consommateur ne renvoie pas et dès lors, ces sociétés qui pratiquent l'« achat forcé », envoyaient la facture. Cette pratique est désormais interdite (depuis 1991). Le législateur permet même au consommateur de conserver le bien sans en payer le prix.

En dehors de ces cas prévus par le législateur, **la règle générale est que le silence ne vaut pas consentement ni acceptation.** Cependant, l'acceptation peut être expresse ou tacite (en fonction d'une série d'indices), ainsi le silence, dans certaines circonstances, peut être considéré par le juge comme un indice d'acceptation tacite : c'est le **silence circonstancié.**

Ex. Lorsque les parties sont déjà en relation d'affaires, il peut y avoir dans ce cadre, silence circonstancié. Un détaillant se fournit chez le même grossiste depuis 5 ans, et passe commande d'exécuter la commande dans les 15 jours. Ce dernier ne confirme ni par téléphone ni par courrier. Le détaillant fait offre d'achat. Le grossiste ne répond pas. Mais après quelques semaines, le détaillant n'a toujours reçu aucun carton. Le grossiste lui répond que son silence ne valait pas acceptation.

1°) Vu l'état des relations entre les parties, vu l'habitude créée, le grossiste avait l'obligation de dire qu'il n'acceptait pas l'offre d'achat. Son silence était circonstancié.

2°) On a l'impression que le juge veut sanctionner la faute du grossiste et la sanction la plus adéquate est de considérer le silence vaut acceptation.

Ex. Le commerce international est réglé par la Convention de Vienne. Un litige oppose une société espagnole à une société française. La même idée y est retranscrite : le silence ne vaut pas acceptation sauf si circonstancié. Les deux sociétés sont en affaire depuis 1993. La société française commande la collection hiver 94 et été 94. Dans les deux cas, la société espagnole fabrique les chaussures et les envoie. Début janvier 95, la société française commande la collection de chaussures pour l'été 95. Comme toujours, pas de nouvelles, mais cette fois, elle ne voit rien venir. La société espagnole nie avoir reçu la commande. Elle s'adresse à d'autres détaillants mais il y a pour elle, des dommages et intérêts d'au moins 800 000 F. La Cour dit « je me réfère aux pratiques antérieures entre les parties dont il résulte que le vendeur fabriquait les chaussures sans exprimer son acceptation. Dès lors, vu cette pratique antérieure, il appartenait à la société espagnole de notifier au client son refus de donner suite à la commande de janvier 95. Aussi le contrat de fabrication de chaussures pour été 95 a-t-il vu le jour. ».

3. FORCE OBLIGATOIRE DE L'ACCEPTATION

La force obligatoire de l'acceptation dérive du contrat lui-même. Dès qu'il y a acceptation, on ne parle plus que du contrat (force obligatoire du contrat, application des règles du contrat, etc.).

16.2.3 LA QUESTION DITE DU « REFUS DE CONTRACTER »

Quand quelqu'un reçoit une offre de contracter, il n'est en principe jamais obligé de l'accepter. Il peut la refuser et en principe sans motif. Son silence ne vaudra donc pas consentement (cf. acceptation et silence). Voy. Cass, 13.09.91, Bull. et Pas. 1991, I, 33. Il résulte du décret d'Allarde (liberté du commerce et de l'industrie) qu'on peut refuser une offre sans justification.

Exceptions

- légales :

○ *droit de la concurrence*

- (droit communautaire) art 85 TRome : interdit toute pratique qui fausse ou restreigne le jeu de la libre concurrence à l'intérieur de l'UE
- L du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique qui introduit le principe de l'art 85 TRome.

Sur ces bases, il peut y avoir sanction du refus de contracter.

- jurisprudentielles :

- *théorie des offres permanentes* (droit adm): la jurisprudence considère que certaines entes doivent être en état d'offre permanente parce qu'elles disposent d'un monopole ou qu'elles fournissent des biens et services de première nécessité, ou encore des biens ou des services qui relèvent de l'idée de service public (électricité, gaz, eau, etc.). Il suffit qu'un particulier s'adresse à elle pour qu'il y ait acceptation et que contrat soit conclu. Il est interdit, sur base de cette théorie, à ces sociétés de faire de simples propositions ou appels d'offre.
- *L sur les pratiques du commerce : art 93* (NB article très large qui a pour but de faire respecter les usages corrects entre commerçants) et *art 95* (action en cessation). Sur base de ces articles, le refus de contracter pourrait être considéré comme une pratique déloyale entre commerçants (ex. refuser systématiquement les commandes d'un commerçant, NB. dans un certain contexte).
- *Art 1382 CC (théorie de l'abus de droit)* : théorie qui s'est développée lors de ces 20 dernières années : tout droit est susceptible de faire l'objet d'un abus de droit. C'est donc également vrai pour le refus de contracter.
 - A l'origine, la théorie était très étroite et limitée à l'application du droit dans le but de nuire à autrui.
 - Par la suite, l'abus de droit a permis de sanctionner le créancier qui exerce son droit sans en respecter la finalité.
 - Aujourd'hui, on considère qu'il y a abus de droit lorsque le créancier dépasse l'exercice raisonnable de son droit. Un bon père de famille placé dans les mêmes circonstances ne l'aurait pas exercé de la même façon. Concrètement, l'évolution se fera en trois étapes

- on considère qu'il y a *exercice déraisonnable* lorsque le créancier exerce son droit sans intérêt personnel,
 - lorsque, entre deux façons d'exercer son droit, le créancier choisit la façon qui est la plus dommageable pour autrui alors qu'il avait un intérêt identique en choisissant l'autre manière de l'exercer.
 - lorsqu'il y a disproportion entre l'avantage que retire le créancier de son droit et le dommage qu'il cause à autrui en exerçant son droit comme il le fait.
- La possibilité de sanctionner le refus de contracter sur base de l'abus de droit a été consacrée par la Cour de Cassation (Cass. 24.09.93). La Cour, a au fond, renversé la charge de la preuve. Le principe = refus de contracter sans devoir justifier sa position (rappelé encore en 91). Par contre, ici, *il revient à la personne qui refuse une offre de prouver que son refus reposait sur un motif légitime*. In casu, un grand magasin fait une offre d'achat à une marque de parfums. La société a refusé. Le grand magasin assigne la marque. La marque gagne, parce qu'elle a du justifié son refus : distribution de ses produits dans des magasins spécialisés, etc. Il n'y a donc pas abus de droit, parce qu'elle avait un intérêt à refuser.

16.3 MOMENT ET LIEU DE LA FORMATION DU CONTRAT

Quand le contrat est-il conclu ? Un problème se pose dans le cas d'un contrat entre absents. Quand le contrat se fait par correspondance, mail, fax que le problème se pose.

16.3.1 THÉORIE DE LA COEXISTENCE DES VOLONTÉS

Selon cette théorie, le contrat est formé dès que les consentements existent.

- C'est la **théorie de l'émission** : contrat formé quand il y a écriture de l'offre. Cette théorie est un peu naïve (on peut déchirer la lettre après l'avoir écrite, etc.). Un développement a été fait :
- **Théorie de l'expédition** : le contrat est réputé formé quand la lettre est dans la boîte ou remise au facteur.

16.3.2 THÉORIE DU CONCOURS DES VOLONTÉS

Selon cette théorie, il faut que l'offrant sache que son offre ait été acceptée.

- **Théorie de l'information** : le contrat est formé lorsque l'offrant est informé de son acceptation. Mais il suffit que l'offrant s'arrange pour prouver qu'il n'en a pas eu connaissance (part en vacances, etc.) afin de retarder l'exécution du contrat

16.3.3 POSITION DE LA COUR DE CASSATION

Le contrat est formé dès que l'offrant a raisonnablement pu prendre connaissance de l'acceptation (c'est-à-dire dès que la lettre d'acceptation a été déposée au domicile, au bureau, etc.) (Cass)

17 2.- LES ACCORDS DE VOLONTE (VISION DYNAMIQUE)

17.1 LES POURPARLERS CONTRACTUELS

Avant que l'un des partenaires puisse formuler une offre, celle-ci doit être précédée par des pourparlers. S'il y a contre offre, le contrat ne sera formé que s'il y a acceptation de celle-ci. Sinon, on relance les négociations.

17.1.1 DÉFINITION

Il est rare qu'un contrat se forme par la simple offre et acceptation. Bien souvent l'offre est précédée d'une période plus ou moins longue de négociations, soit qui se termine sans résultats soit qui se termine par l'offre émise par l'un des partenaires. Cette période prend à l'heure actuelle une importance croissante (source d'un contentieux important).

17.1.2 IMPORTANCE DE LA PÉRIODE DES POURPARLERS LORSQU'ELLE ABOUTIT À LA CONCLUSION DU CONTRAT

1. Cette période reste importante pour l'interprétation du contrat. En cas de litige sur l'interprétation du contrat ou de l'une de ses clauses, le juge qui doit rechercher l'intention des parties, en s'aidant de tous les éléments dont il dispose, peut aller voir dans les négociations si cela n'éclaire pas ce qu'elles ont voulu dire dans le contrat.

Rem. Clause des 4 coins : par cette clause, les parties manifestent leur intention, volonté d'écarter pour l'interprétation du contrat tous les éléments des pourparlers. Le contrat ne doit s'interpréter, dans ce cas, que par le contrat lui-même (aux quatre coins de ces pages).

Elles peuvent également écarter du contrat tous les accords annexes et antérieurs qui ont pu être conclus.

2. Pour apprécier l'existence d'un vice de consentement (dol, erreur, etc.), le juge peut se servir des pourparlers.

3. Pour l'appréciation d'une éventuelle faute susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'un des contractants. En effet, pendant la période précontractuelle, pendant les négociations, les parties doivent se comporter comme des bons pères de

famille et si l'on relève une faute dans les pourparlers, il devra réparer cela même si non coulé dans un vice de consentement : c'est la faute *culpa in contrahendo* (des pourparlers jusqu'à la formation)

17.1.3 LA PÉRIODE DES POURPARLERS LORSQUE LE CONTRAT PROJETÉ N'EST PAS CONCLU.

1. ACCORDS DES VOLONTÉS DANS LE CADRE DE LA VOLONTÉ PRÉCONTRACTUELLE

Il peut y avoir des accords précontractuels mais sans être le contrat projeté. Ces accords peuvent être :

a. DES CONTRATS ANNEXES SUR LES NÉGOCIATIONS ELLES-MÊMES

On décide par exemple que la langue des négociations sera l'anglais (c'est un contrat en soi), ou le lieu des négociations sera telle ville, ou encore plus fréquent, des accords de confidentialité (c'est-à-dire ne pas divulguer les informations données pour pouvoir négocier, souvent très élaborés). Si ces accords étaient violés, la victime aura toutes les règles contractuelles, toutes les mesures d'exécution disponibles en cas de non respect d'obligations.

b. LA PROMESSE (CONTRAT MAIS PAS CELUI PROJETÉ)

Ex. : le *contrat de promesse unilatérale de contrat* : ce type de contrat est assez fréquent dans la vente (un peu moins dans le bail), la promesse unilatérale de vente ;

Je mets ma maison en vente et il y a un candidat qui me demande une promesse unilatérale de vente. Si le vendeur est d'accord, on fait un contrat dans laquelle le vendeur s'engage à vendre la maison pour tel prix (éléments essentiels sont déjà là) et il maintient cette promesse pendant une certaine période.

C'est une promesse unilatérale (obligations dans le chef du vendeur). La personne ne fait qu'accepter la promesse. Cette promesse est obligatoire sur base d'un contrat. Si cette promesse est violée, on appliquera les règles contractuelles. Pendant la période couverte, le vendeur ne peut ni louer le terrain, ni le vendre à quelqu'un d'autre.

Un contrat suppose un accord de volonté entre deux personnes au min. Il est donc au minimum bilatéral. Dans la promesse unilatérale de vente, il y a bien accord de deux volontés, mais ce contrat est unilatéral car, au niveau de l'exécution, ce contrat ne fait naître des obligations que dans le chef de l'une des parties contractantes (seul le propriétaire a des engagements).

c. LE PACTE DE PRÉFÉRENCE (CONTRAT MAIS PAS CELUI PROJETÉ)

C'est le cas où une personne s'engage si elle venait à vendre son immeuble à donner la préférence à l'autre à condition égale. Après appel de candidats, la personne présente la vente en disant « on m'en offre autant, achetez-vous ? ». Dans l'affirmative, la personne qui accepte bénéficie d'un droit de préférence.

Dans les négociations, si j'apporte un pacte de préférence, c'est qu'on n'est plus libre dans ses négociations. Si celui qui s'est engagé à donner un droit de préférence l'a violé, la personne qui en bénéficiait peut assigner l'autre en dommages et intérêts sur base de non respect des obligations contractuelles.

d. LES ACCORDS DE PRINCIPES OU DOCUMENTS PRÉPARATOIRES

Ce sont des documents qui portent déjà sur le contenu du contrat futur mais qui ne contiennent pas encore les deux volontés (ou toutes les volontés) finales requises pour le contrat.

Ex. « j'ai l'intention d'acheter ceci. Le prix proposé m'intéresse. Le bien sera livré à tel endroit, etc. ». Les deux parties signent le document. Est-ce un contrat ? Les sociétés ont-elles l'intention d'être liées par cela ?

Cela peut dépendre des intitulés, par exemple : procès verbaux de réunion, accord de principe. Cela peut parfois être uniquement une étape intermédiaire dans les négociations. Dans tel cas, elles ne sont pas liées. Ce ne sont pas des contrats.

2. RÉGIME JURIDIQUE DE LA PÉRIODE CONTRACTUELLE EN DEHORS DE TELS ACCORDS DE VOLONTÉ

a. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Il n'existe aucun contrat annexe ou préparatoire. Quel est le régime normal de la période précontractuelle ? **Le principe est la liberté des parties, qui découle de la liberté contractuelle qui est de contracter ou de ne pas contracter.**

b. LA CULPA IN CONTRAHENDO : LA FAUTE EN CONTRACTANT (ART 1382 CC)

1. Introduction : La théorie de « culpa in contrahendo » est basée sur l'art 1382 CC c'est-à-dire la responsabilité délictuelle.

Article 1382 CC : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Comme tout un chacun, les parties doivent se comporter en bon père de famille, c'est-à-dire comme un négociateur honnête diligent prudent qui veille à ne pas causer de fautes susceptibles de causer un dommage à son partenaire, sinon il devra réparation de celui-ci

Cette théorie n'est pas développée dans le CC ; c'est VON JHERING qui a développé cette théorie en appliquant à cette période l'art 1382 CC. Cette théorie sera également appliquée à toute la période contractuelle que le contrat ait abouti ou non.

NB. Actuellement, une partie de la doctrine, plutôt que d'appliquer 1382 CC, applique l'art 1134 al.3 du CC : *les conventions doivent être exécutées de bonne foi*. Ce texte connaît un développement extraordinaire. Mais cet art suppose qu'il y ait déjà contrat, cette doctrine acceptant toutefois qu'il s'applique à toute la phase contractuelle. Comment l'appliquer à la phase précontractuelle ? Cet art. laisse supposer une norme de comportement des parties contractantes (bon père de famille), comme l'art 1382 CC.

2. La faute

Quand il y aura-t-il faute ? Cela dépend de la jurisprudence. Il peut y avoir faute

- **A initier, à entamer des pourparlers :**
 - **déloyauté :** lorsqu'un commerçant commence des pourparlers avec une société pour la détourner d'autres offres intéressantes qu'elle pourrait trouver ;
 - **négligence :** lorsqu'une personne qui n'a pas les moyens vient visiter une maison en feignant d'être intéressé.
- **A poursuivre des pourparlers**
 - Un des partenaires tarde à dire qu'il n'est plus intéressé et qu'il ne conclura, les autres sociétés peuvent en subir un dommage.
- **Dans la manière dont on rompt les négociations**
 - Je romps des négociations en donnant de la publicité à celle-ci, cette publicité mettant en cause la responsabilité commerciale de mon partenaire.
- **Dans la rupture elle-même des pourparlers (c'est ici que l'on va le plus à l'encontre de la liberté contractuelle) : rupture abusive, fautive des pourparlers.**
 - Je mets une maison de ma mère en vente. Je ne mets pas d'offre de vente. Une personne est intéressée et déclare qu'elle veut faire des travaux, installer un commerce, etc. Je téléphone *une semaine plus tard*, pour l'informer que je ne souhaite plus vendre. La rupture est-elle fautive ? Non, car la rupture a eu lieu relativement vite (sauf si l'on se trouve dans le cas d'une des trois catégories précédentes).
 - Mais quid si je le préviens *trois mois plus tard* alors que je sais que la personne a entamé des démarches auprès d'architectes, etc. ? Si je romps pour une raison plus légitime (à savoir on m'offre plus d'argent), c'est

plus acceptable (accepté jusqu'au dernier moment et que l'on ne tombe pas dans les catégories précédentes).

- **Lorsque les négociations sont plus avancées, celui qui rompt ne peut plus le faire par pur caprice. Il y aura rupture fautive sauf s'il y a cause légitime. Plus les négociations sont avancées, plus il faut une cause légitime.**
- Lors de négociations entre commerçants, ils savent que chacun poursuit des négociations parallèles avec d'autres (car libre concurrence). Ce sont des risques d'entreprises que les commerçants connaissent. S'ils trouvent une offre plus intéressante, c'est une cause légitime. On trouvera donc moins facilement de rupture abusive des pourparlers.
- Nuance : sauf si une des parties fait croire à l'autre que c'est sa seule négociation.

L'idée est qu'il y a faute si il y a apparence trompeuse, susceptible d'avoir trompé l'autre.

3. Lien causal entre la faute et le dommage

Partant de l'idée que l'un des partenaires a commis une faute, il faut établir cette faute. Ce que les plaideurs oublient souvent.

Ex. Une société belge est intéressée par une machine vendue aux US. Elle commence à discuter et quelques jours après, le vendeur américain rompt les négociations légitimement. Il n'y a pas rupture fautive des pourparlers. La société belge n'aura pas droit aux D et I.

Ex. Id. mais cette fois, le fabricant reçoit le bilan de son comptable et en fonction de, décide de ne plus fabriquer le type de machines demandé par la société belge. La société américaine rompt mais un peu tard. Il y a faute. Pourra-t-il exiger le remboursement de son prix d'avion et logement ? Non, car il n'y a pas de lien causal entre la faute et le billet d'avion. En revanche, il y a lien causal entre les nuits d'hôtel passées entre le moment où le vendeur américain a décidé de ne pas vendre et le moment où il prévient la société belge.

c. SANCTIONS

4. Le dommage

Quels sont les types de dommages dont on peut réclamer réparation ?

- a) les frais de déplacement, d'étude, etc. faits pour les négociations
- b) la perte de temps et la perte de chance d'avoir pu contracter entre-temps avec un tiers.
- c) La perte de bénéfices qu'on aurait pu retirer du contrat (perte d'une chance de faire des bénéfices : n'obtiendra pas toute la somme projetée . On ne répare que

le dommage certain et non pas le dommage purement hypothétique. Plus les négociations sont avancées, plus il y a perte d'une chance sérieuse)

- d) Si à la veille de la conclusion d'un contrat, une des parties rompt les négociations. L'art 1382 CC dit qu'il faut réparer le dommage ; une exécution en nature est possible. C'est en se basant sur cette règle que certains juges admettent et certains avocats plaident que le contrat est formé à titre de réparation la plus adéquate du dommage subi. On peut critiquer cette prétention : le juge se substitue aux parties sans qu'il n'y ait d'accord des parties, d'accord des volontés.

- Dans une offre de contracter prévue pour 15 jours, si celle-ci est retirée fautivement. Quelle est la sanction ? Le juge pourrait imposer une exécution en nature en prétendant que l'offre existe toujours. C'est relativement rare.

d. LE CONTRAT DE NÉGOCIATION

Dans le cadre de négociations qui se prolongent, certains prétendent que l'on peut parfois identifier un véritable contrat de négociation entre les parties, Quel serait ce contrat ?

Les parties se seraient engagées à conclure le contrat projeté et auraient donc l'obligation contractuelle de négocier de bonne foi. La partie qui romprait les négociations serait automatiquement en état d'inexécution de ce contrat de négociation sauf si elle prouve qu'elle avait un motif légitime et donc partant, qu'elle n'a pas fait de faute. Par ce biais, on altère aussi le principe de la liberté contractuelle car c'est à celui qui rompt de prouver son motif légitime alors que dans le cadre de 1382 CC, la victime ne peut obtenir réparation du dommage que si elle prouve une faute. Cette pratique se rencontre parfois, par exemple, lors de négociations rompues la veille de la conclusion.

17.2 LES CONTRATS-TYPES ET LES CONDITIONS GENERALES

La plupart des contrats contiennent des conditions générales (voy. polices d'assurances, etc.). On rencontre donc des contrats types : formulaires, contrats rédigés à l'avance et à compléter. Cette pratique est très fréquente. Les associations de consommateurs proposent une série de contrats types entre consommateur et commerçant. Les conditions générales devraient plutôt être appelés « clauses contractuelles types ».

17.2.1 DÉFINITION

Cette pratique des conditions générale et des contrats types consiste dans la rédaction de modèles de contrats ou de clauses contractuelles qui doivent régler plus ou moins complètement le régime juridique des contrats individuels qui seront conclus par la suite. Elles n'ont pas été rédigées à l'occasion du contrat individuel mais antérieurement.

17.2.2 CARACTÉRISTIQUES DE LA PRATIQUE DES CONDITIONS GÉNÉRALES

1. CARACTÉRISTIQUES QUI TIENNENT À LA NATURE DU PROCÉDÉ LUI-MÊME

- a) clauses rédigées à l'avance dans le but de s'intégrer dans les contrats individuels conclus par la suite. Voy. clauses générales du garage.
- b) En outre, ces clauses présentent un certain degré d'abstraction. Elles sont relativement générales parce qu'elles doivent accompagner les contrats individuels conclus par la suite (voy. points 2 et 4 des clauses générales du garage)

2. CARACTÉRISTIQUES ACCIDENTELLES

- a) rédigées à l'avance par une des parties : elles ont donc un caractère unilatéral dans leur rédaction et sont en général favorable à celui qui les rédige et souvent défavorables au futur partenaire.
- b) En principe, elles ne sont pas discutables mais en droit et en fait, elles peuvent l'être.

3. UTILITÉ DE CE PROCÉDÉ

Le procédé en lui-même est utile. Cette pratique permet de **simplifier et d'accélérer la conclusion des contrats individuels sur des produits ou des services standards** parce de telles clauses préétablies et assez générales se conçoivent surtout pour des contrats simples et des biens et services standards.

En revanche un contrat important (approvisionnement d'une société, etc.), on fera du contrat sur mesure. Chaque clause sera négociée et rédigée par les deux parties. Cette pratique permet d'éviter la discussion sur une série de points accessoires du contrat.

Un problème néanmoins quant à ce procédé : L'art 1135 CC dit que « *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* » Toutefois, les parties ne connaissent pas toujours les usages ou les lois supplétives.

4. FORCE OBLIGATOIRE RECONNUE À CETTE PRATIQUE

Le cocontractant est-il lié par les conditions générales, une fois acceptées ?

a. LÉGISLATION

1. Absence de réglementation générale sur les conditions en droit belge

Le code civil n'en dit pas un mot. C'est un phénomène sur la formation du contrat et le code civil ne s'y intéresse qu'à partir de la validation. En Allemagne, par ex., une

telle loi existe. Aujourd'hui, des **lois particulières** réglementent les conditions générales dans des secteurs particuliers.

Ex. Loi sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur de 91 (Art 31, 32, 33 et 34 LPC) ; L'art 32 contient des clauses abusives défavorables au consommateur et radicalement nulles. L'art 34 permet au Roi d'augmenter la liste des clauses via arrêté royal et même de prescrire des contrats-types de manière obligatoire et dans certains cas.

Ex. Loi du 03.04.97 sur les contrats entre professions libérales et leurs clients ; cette loi (art 3) vise surtout à interdire les clauses qui n'ont pas été négociées et qu'elles créent un déséquilibre significatif au détriment du client en droits et obligations des parties (et donc les conditions générales). Cette loi contient, en annexe, une série de clauses radicalement nulles négociées ou non avec le client.

En Belgique, nous avons donc deux lois particulières qui réglementent les clauses abusives. Après avoir consulté les lois particulières, on se réfère au droit commun des obligations.

2. Droit européen

Le droit européen est aussi à la base de ce mouvement consumériste. Il y a des directives européennes qui obligent tous les législateurs nationaux de l'UE à réglementer ou à protéger tous les consommateurs des clauses abusives.

Ex directive du 5.4.93 : la Belgique a donc été en avance sur l'UE. Mais la loi belge n'était pas complète par rapport aux exigences de la directives. En 1998, la loi belge a donc été modifiée.

La directive vise surtout les clauses abusives qui n'ont pas été négociées (celles qui se trouvent dans les conditions générales).

b. JURISPRUDENCE

La réaction de la jurisprudence est défavorable :

- on a d'abord essayé de contester la force obligatoire des conditions générales au motif que la notion même de contrat supposait qu'il y ait eu négociation pour le contenu du contrat : cet argument a été écarté car l'on rajoute un élément supplémentaire à la formation d'un contrat (à savoir : la négociation) ; de plus un contrat qui n'a pas été négocié est un contrat d'adhésion. Et si ce contrat a été accepté, c'est un contrat dans notre droit.
- Les juges ont dit que s'il n'est pas retenu que toutes les conditions aient été négociées, il faut à tout le moins qu'elles aient été acceptées par le cocontractant. Cela suppose que le cocontractant ait eu la *possibilité* de les

connaître avant l'acceptation du contrat individuel. Les juges ont donc par exemple écarté :

- des **conditions générales imprimées au verso** de la signature au motif que ces conditions générales devaient être lues avant que le client ne signe : voir art 32, 23° LPC. La loi a donc consacré ce que la jurisprudence avait appliqué depuis longtemps.
- Les juges sont également sensibles à la **langue des conditions générales**. Lorsque tout se déroule en français et que le contrat est en français, exception faite des conditions générales en flamand : ce n'est pas au client à faire l'effort de traduction. Les conditions générales doivent être dans la langue du client ou dans une langue véhiculaire, usuelle (ex. anglais en commerce international) ou encore s'il ne connaissait pas la langue du cocontractant.
- Des **conditions générales mal imprimées, illisibles, incompréhensibles**
- Il faut qu'elles aient été **communiquées effectivement** (avant le contrat). Ce n'est pas au client de faire la démarche pour les recherches sauf lorsqu'il s'agit de deux commerçants qui agissent dans un même secteur et selon les conditions générales du même secteur.
Lorsque les parties sont en relations d'affaire suivies, il suffit que les conditions générales aient été communiquées la première fois pour que l'on puisse y renvoyer ultérieurement.

5. REMARQUES

a. CONDITIONS GÉNÉRALES ENVOYÉES POSTÉRIEUREMENT À LA CONCLUSION DU CONTRAT, QUI LE MODIFIENT OU LE COMPLÈTENT.

- Pas de problème si **acceptation expresse du cocontractant** ; en effet, les parties peuvent toujours modifier un contrat par la suite d'un commun accord ;
- Pas de problème si le **cocontractant les rejette** : les nouvelles clauses ne font pas partie du contrat ;
- Quid quand le **cocontractant garde le silence** ? Le silence ne vaut pas consentement et n'est donc pas lié par ces conditions générales
 - C'est certainement vrai quand le cocontractant est un consommateur ou un particulier.
 - Quand il s'agit d'un commerçant, il convient d'apporter une nuance en raison de l'art 25 du Code de Commerce (voir supra).

b. CONDITIONS GÉNÉRALES INSCRITES SUR LES FACTURES

Les factures sont un document envoyé après la conclusion du contrat et même après son exécution par l'une des parties.

Cette facture contient presque toujours des conditions générales.

- soit il s'agit de répétitions de conditions générales portées à la connaissance du cocontractant au moment de la signature du contrat
- soit il s'agit de conditions générales qui apparaissent pour la première fois.
 1. **Si la facture est adressée à un consommateur ou particulier : son silence ne vaut pas consentement.** Le paiement de la facture sans réserve ne vaut pas acceptation tacite des conditions générales de la facture. En effet, le fait de payer la facture n'est pas une acceptation claire.
 2. En revanche, lors de relations **entre deux commerçants**, et que l'un reçoit des conditions générales sur la facture, son silence vaut-il consentement ? La réponse sera nuancée en fonction de l'art 25 al.2 CCommercé : la facture acceptée entre deux commerçants est un mode de preuve du contrat. Le silence du commerçant ou son paiement vaut-elle acceptation ? **Certains juges** disent oui car son **silence est circonstancié** car il a payé la facture. **D'autres** pensent le contraire : **le commerçant est seulement lié par les mentions essentielles de la nature** (prix, marchandises, etc.) mais ne vaut pas pour les conditions générales. **D'autres encore** pensent **qu'en plus des mentions essentielles, il accepte les conditions générales les plus courantes.** → il y a donc énormément de divergences quant à ce point.

6. *LA VALIDITÉ DES CONDITIONS GÉNÉRALES*

a. DÉSÉQUILIBRE MANIFESTE ENTRE LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

Les juges vont aussi regarder, une fois que les conditions générales lient les parties, si ces clauses sont valables.

Voy. art 31, 32, 34 LPC qui permettent au juge d'annuler les clauses qui créent un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties (// art 3 L sur les professions libérales).

Pour vérifier si elles sont valides ou non, il se réfère aux lois particulières et ensuite au droit commun. Le juge va également vérifier si les clauses de non responsabilité sont valables ou non.

b. INTERPRÉTATION DU CONTRAT POUR DIMINUER L'IMPACT DES CONDITIONS GÉNÉRALES

Art 31§4 LPC : les clauses doivent être rédigées de manière claire et précise. Si elles ne le font pas, le juge les interprète dans un sens favorable au consommateur.

Ex. Les conditions générales des contrats d'assurances, si elles sont ambiguës et non claires, elles doivent être interprétées de manière favorable à l'assuré.

Citons également qu'en droit commun, un art 1162 CC⁹, article général en matière d'interprétation du contrat, dit : la convention s'interprète, dans le doute, contre celui qui a stipulé.

c. BONNE FOI

Même quand la clause fait partie du contrat, qu'elle est valable et claire, les juges ont encore un ultime recours pour diminuer l'impact des conditions générales dans le principe d'exécution de bonne foi. (art 1134 CC)

Ex. Si le prix n'est pas payé à l'échéance, le débiteur devra un intérêt de 12 % (cette clause est clause pénale) et sans mise en demeure. Dès l'échéance, si le client ne paye pas, le créancier n'a pas à lui rappeler qu'il doit payer. Cette clause est draconienne, mais valable. Mais l'intérêt va courir peut être sans que le débiteur s'en rende compte. Le juge devrait l'appliquer. Mais la bonne foi la plus élémentaire est de rappeler, avant que les intérêts ne courent, au cocontractant qu'il doit s'exécuter.

7. CONTRARIÉTÉ ENTRE LES CONDITIONS GÉNÉRALES

a. CONTRADICTION ENTRE CLAUSES INDIVIDUELLES ET CONDITIONS GÉNÉRALES D'UN MÊME CONTRACTANT.

Ex. Le cocontractant a négocié une condition générale (délai d'un mois) contraire à une clause individuelle (délai de 15 j). En cas de conflit, c'est **la clause individuelle qui l'emporte**.

b. CONTRADICTION ENTRE LES CONDITIONS GÉNÉRALES D'UN MÊME COCONTRACTANT

Le service commercial a élaboré les conditions générales des offres et des documents contractuels pour la négociation. Un autre service a élaboré le bon de commande. Les conditions générales sont différentes. Dans pareil cas, les juges

⁹ Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

- soit prennent en considération les dernières conditions générales dans le processus de formation ;
- soit prennent en considération les conditions générales qui ont été insufflées les premières dans le contrat
- soit les annulent toutes les deux et complètent le contrat par l'usage, équité, et les lois supplétives (art 1135 CC)

c. CONTRACTION ENTRE LES CONDITIONS GÉNÉRALES DU VENDEUR ET CELLES DE L'ACHETEUR.

Ex. Le vendeur envoie une offre de vente. Le candidat acheteur est intéressé mais voudrait que les conditions générales ne s'appliquent pas. Il accepte mais ajoute, en annexe, des conditions générales. Il n'y a pas formation de contrat. Le vendeur ne se rend pas compte des nouvelles conditions générales. Quelles sont celles entrées dans le champs obligatoire ? Certains juges prennent en considération les dernières insérées dans le contrat (favorables à l'acheteur), d'autres les premières (vendeur) et d'autres encore, les annulent toutes les deux et appliquent l'art 1135 CC.

17.2.3 CONCLUSIONS

On peut constater que le droit commun contient pas mal de moyens permettant au juge d'écarter certaines clauses des conditions générales. Même si ces conditions générales sont assez utiles, les juges sont assez méfiants vis-à-vis de celles-ci, étant donné qu'elles sont unilatérales et donc plus favorables à l'une des parties plutôt qu'à l'autre .

Pour vaincre la tendance à l'hostilité des juges, il faudra, à l'avenir, essayer de « bilatéraliser » les contrats, c'est-à-dire qu'elles soient négociées à l'avance par les deux parties. Ce système devient d'ailleurs de plus en plus fréquent.

Ex. Les représentants du textile appartiennent à des associations. Imaginons que le secteur textile travaille toujours avec des teinturiers. On peut imaginer que les deux associations se mettent à table pour rédiger des conditions générales favorables aux deux. La même chose se produit entre les associations de consommateurs et des professionnels.

18 LES CONDITIONS DE VALIDITE

Le contrat est conclu. Même quand le contrat est conclu, il pourrait encore être remis en cause. Il doit en effet être valablement conclu. L'art 1108 donne les 4 conditions essentielles pour la validité de la convention.

Article 1108 CC : Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- Le consentement de la partie qui s'oblige;*
- Sa capacité de contracter;*
- Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;*
- Une cause licite dans l'obligation.*

18.1 LE CONSENTEMENT

Pour qu'un contrat soit valide, il faut, entre autres, qu'il y ait **consentement** et que celui-ci soit libre et conscient. Ce dernier doit également être exempt de vices

Il peut arriver qu'il y ait parfois une apparence d'échange des consentements mais en réalité, les consentements ne se sont pas rencontrés. Ils se sont croisés. Ce ne sont pas des contrats mais des malentendus.

18.1.1 EXISTENCE ET RENCONTRE DES CONSENTEMENTS

1. LA NOTION D'ERREUR-OBSTACLE

Ces erreurs peuvent être

- **in corpore (sur l'objet même du contrat)**
Ex. Civ. Liège, 10.04.1989, JLMB, 1990, 224 ; Liège, 25.01.91
Un jeune couple cherche un terrain à acheter. Près du Makro, ils voient une pancarte. Cette pancarte, rue de l'Industrie, fait allusion à un terrain à vendre rue de la Résistance. Toutefois, le jeune couple ne s'en rend pas compte. Ils vont à la vente publique et font la dernière offre. Le couple croyait que c'était le terrain rue de l'Industrie mais ils ont acheté le terrain rue de la Résistance. Il n'y a pas formation du contrat. S'en rendant compte, ils demandent la nullité de la vente pour non formation du contrat. C'est une erreur-obstacle portant sur l'objet même du contrat. Mais cette erreur est-elle excusable ? Le notaire avait tout de même fait circuler un plan.
- **sur la personne**
Ex. Je veux contracter avec une personne mais je contracte avec son frère jumeau.

- **sur la nature juridique du contrat**

Je mets en location l'appartement du troisième étage et une personne croit que je la vends. Il y a malentendu. Dans ce cas, il y aura nullité.

Si jamais, le juge prononce la nullité du contrat mais que l'une des parties subit un dommage parce que l'erreur obstacle provient d'une faute d'une des parties, la « victime » pourra réclamer des dommages et intérêts sur base de la *culpa in contrahendo*.

Dans l'exemple du couple, le juge va-t-il accorder la nullité alors que l'erreur est inexcusable ? En général, la **jurisprudence admet que l'erreur inexcusable empêche la nullité du contrat**. Comment admettre ceci ? **C'est la sanction la plus adéquate à titre de réparation**. Le juge maintient donc un contrat qui ne s'est pas formé. C'est assez critiquable.

Mais quand y aura-t-il excuse inexcusable ?

En première instance, le tribunal a refusé la nullité. La Cour d'Appel a prononcé la nullité car pour elle, c'était une erreur excusable. Le jeune couple avait été un peu trompé par la position du panneau.

2. EXISTENCE D'UNE VOLONTÉ CONSCIENTE ET LIBRE

Une personne qui contracte sous l'effet de drogues, de l'alcool, d'une hypnose, peut par la suite annuler le contrat car il n'était pas conscient de ce qu'il faisait. Cela pourrait lui être imputé s'il l'a fait intentionnellement (En effet, l'autre partie pourrait demander la *culpa in contrahendo* à charge de son cocontractant).

18.1.2 LES VICES DU CONSENTEMENT

1. INTRODUCTION

Il y a eu échange des consentements, ceux-ci étaient libres. Dans certains cas, le consentement peut être atteint d'un vice, vice prévu par le CC et qui va permettre de remettre le contrat en cause et le faire annuler. Le consentement sera vicié quand il y aura dol, violence, erreur.

2. THÉORIE DE LA PRIMAUTÉ DE LA VOLONTÉ RÉELLE SUR LA VOLONTÉ DÉCLARÉE

Les vices du consentement doivent être mis en relation avec la théorie de la primauté réelle sur la volonté déclarée (règle dans notre droit)

Ex. Je vois un tableau, je demande quel prix, et j'achète. La volonté déclarée est d'acheter un tableau mais ma volonté réelle est d'acheter un authentique. Dans notre droit, on fera primer la volonté réelle sur la volonté déclarée.

Mais si l'on fait primer, dans tous les cas, sans conditions, la volonté réelle à la volonté déclarée on porte atteinte à la sécurité juridique. Car un contrat est souvent à la base d'autres contrats, d'autres accords. La jurisprudence s'est rapidement trouvée coincée entre ces deux objectifs.

- faire primer la volonté réelle sur la volonté déclarée
- ne pas trop porter atteinte à la sécurité juridique

Art 1109 CC : on veut avant tout protéger la confiance que la manifestation de volonté déclarée a créé dans le chef de l'autre partie mais dans certains systèmes juridiques, ils admettent qu'on puisse aussi donner la nullité en prévoyant des exceptions.

Le système du Code Civil belge se veut un compromis entre la logique de l'autonomie des volontés (qui suppose la primauté de la volonté réelle) et le souci d'assurer la sécurité des relations juridiques (c'est la volonté réelle qui compte mais on ne pourra la faire valoir que sous certaines conditions). A cause de ce compromis, la jurisprudence va osciller entre les deux extrêmes.

3. L'ERREUR ¹⁰ (ART 1109 ET 1110 CC)

Article 1109 CC : Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Article 1110 CC : L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle ont a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

1. Le Code Civil a d'abord conçu l'erreur de façon restrictive, dans l'art 1109
 - a) **l'erreur sur la substance même de la chose** (achat d'un bijou en or et n'est qu'en plaqué or)

La jurisprudence a très vite élargi :

- b) **l'erreur sur une qualité essentielle de la chose** (achat d'un terrain sur lequel je compte construire une maison et finalement le terrain n'est pas constructible)

Depuis quelques années, la jurisprudence a consacré une notion extensive de l'erreur. Il suffit d'émettre **l'erreur sur tout élément qui a déterminé le consentement** (qui a déterminer principalement la partie à contracter, de telle sorte que sans cette erreur elle n'aurait pas conclu)

¹⁰ Voy le dossier arrêts de TGO : Cass., 27/10/95, JT, 1996, 61

- c) **l'erreur sur une qualité essentielle de la personne** (art 1110, al 2 CC.)
Je conclus un contrat qui porte sur l'élaboration d'un logiciel. Je veux contracter avec telle personne mais j'apprends qu'elle n'est pas informaticienne. Si je l'avais su, je n'aurais pas contracté.

Par contre, on ne tient pas compte de

- d) **l'erreur sur la valeur de la chose** parce que la lésion n'est pas un vice de consentement dans notre droit (art 1118 CC : *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.*)
- e) **l'erreur sur la solvabilité du cocontractant** : la tradition et la sécurité juridique exigent l'interdiction de ce type d'erreurs. Cela remettrait en compte nombre de contrats (sauf si prévu dans le contrat).
- f) **l'erreur sur les mobiles en contractant de la personne** : De l'extension de la notion d'erreur, de même que l'évolution de la notion de cause, on peut se demander si la jurisprudence n'admet pas à l'heure actuelle l'erreur sur les mobiles (nb.examen)

2. Il faut que **l'erreur soit déterminante ou soit essentielle**. (voy. art 1110, dernière ligne)
3. Il faut que **la qualité que l'on avait en vue soit entrée dans le champ contractuel**. Le cocontractant ne pouvait ignorer l'importance que j'attachais à cette qualité.
4. **L'erreur doit être excusable**. C'est une condition non inscrite dans l'art 1110 CC, ajoutée au fil du temps par la jurisprudence et ce, pour restreindre le jeu de l'erreur et protéger la sécurité juridique. Quand elle est inexcusable dans le chef de celui qui l'invoque, la nullité sera impossible.

Au départ, l'erreur est inexcusable si grossière. La notion a ensuite évolué et l'erreur inexcusable est celle que ne commettrait pas un homme raisonnable, celle que ne commettrait pas un bon père de famille.

NB. : Le critère du bon père de famille de l'art 1382 CC est celui où l'on prend en considération l'homme raisonnable, prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances sans tenir compte de ses qualités concrètes (âge, capacité intellectuelle, etc.) Il semble que la jurisprudence applique le critère de 1382 CC mais certains auteurs et certaines décisions judiciaires considèrent qu'en ce qui concerne l'erreur inexcusable, on doit tenir compte des qualités concrètes de celui qui s'est trompé (errans).

→ Quel est le critère à adopter ?

Les parties peuvent très bien décider d'écarter l'erreur comme vice de consentement dans le contrat. Le contrat est alors aux risques et périls des parties. Cette volonté d'écarter l'erreur comme vice de consentement peut être expresse ou tacite.

Ex. Achat d'une voiture d'occasion. L'année de construction est déterminante. La voiture date de 1990 et l'acheteur croyait qu'elle était de 1992. Le vendeur pourrait répliquer que l'acheteur a renoncé tacitement à se prévaloir de l'erreur : soit c'est inscrit dans le contrat, soit non et il faut avoir prouvé une volonté suffisamment certaine de l'acheteur (souvent présumée par les juges).

4. LE DOL (ART 1109 ET 1116 CC)

a. ART 1116 CC : DÉFINITION

Article 1109 CC : Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

*Article 1116 CC : Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.
Il ne se présume pas, et doit être prouvé.*

1. De manoeuvres, mensonges et de la réticence à parler

- Il faut des manoeuvres pratiquées en vue d'obtenir le consentement de la victime du dol. Par « manoeuvre », on entend mise en scène. Ex. Je vends mon fonds de commerce face à l'hôpital de Bavière. Je falsifie ma comptabilité pour faire apparaître des résultats plus satisfaisants qu'ils ne le sont.

La jurisprudence a étendu la notion de dol. Il y a dol lorsqu'il y a

- mensonge : je vends mon fonds de commerce. L'hôpital va bientôt fermer. Le futur acheteur interroge le vendeur à ce propos et le vendeur ment à ce propos.
- réticence à parler : une des parties tait des informations qu'elle connaît pour amener l'autre à contracter car si elle informait l'autre, il ne contracterait pas.

Jusqu'où va l'obligation d'information ?

- Les juges ont d'abord développé une obligation d'information complète du professionnel vers le consommateur (sinon culpa in contrahendo ou dol dans son chef)
 - La jurisprudence a ensuite développé l'obligation d'information d'un professionnel spécialisé vers un autre professionnel spécialisé mais pas dans le même secteur. (info entre coiffeur et société d'informatique)
 - En tout cas, la loi a pris le relais en ce qui concerne l'obligation d'information du professionnel vers le consommateur : la loi sur les pratiques du commerce de 1991 en son art 30 l'a consacrée.
 - NB. Le dol doit être prouvé par celui qui l'invoque. Voy dernier alinéa de l'art 1116 CC.
- ⇒ Le dol suppose une intention frauduleuse : il faut donc prouver que les informations tues soient connues du cocontractant. Ex. Je vends mon fonds de commerce. L'hôpital va bientôt fermer. Le futur acheteur ne m'interroge pas et je ne dis rien.

Comment prouver que je connaissais ces informations et que je les ai tues ? La connaissance est un FAIT qui se prouve par toutes voies de droit (et donc notamment par présomptions ou par indices). Le juge doit évidemment motiver sa décision.

2. Le dol principal et le dol incident

Les manœuvres doivent avoir été déterminantes du consentement : c'est **le dol principal**. En 1924, la Cour de Cassation a dégagé un nouveau concept : **le dol incident** (manœuvres, mensonges, réticences à parler qui a amené le cocontractant à contracter à des conditions plus désavantageuses). La sanction est le rééquilibrage du contrat. Le juge peut dès lors s'immiscer dans le contrat pour en changer les conditions, ce qui est contraire à la liberté contractuelle. Pour le justifier, on parle de la « faute corrompue ».

3. Le dol doit émaner du cocontractant

Le dol par phénomène de représentation est considéré comme un dol de la partie contractante.

b. DOL ET ERREUR

Le dol provoque toujours une erreur dans le chef de l'autre. Seulement, le dol est plus favorable à la victime quant aux sanctions. Quand il y a dol, cela entraîne la nullité du contrat quelque soit l'erreur invoquée (et donc y compris les erreurs sur les mobiles, la valeur de l'objet, etc.). On ne tient pas compte de la faute de la victime ou du fait qu'elle aurait commis une faute inexcusable.

En droit romain, on parlait de bonus dolus, celui qui n'est pas pris en considération par le code : l'une des parties a commis un dol mais l'autre a été d'une naïveté incroyable. Par exemple, lors d'un conflit suite à une publicité. La loi sur les pratiques du commerce contient une série d'articles consacrées à la publicité (chapitre IV ; arts 22 et ss) et aujourd'hui, on est devenu assez exigeants à l'égard des professionnels.

5. *LA VIOLENCE (ART 1111 À 1115)*

Il y a un regain d'intérêt pour ce vice de consentement. La violence est définie à l'art 1111 CC et 1112 CC. On fait craindre un mal pour lui extorquer son consentement.

Article 1111 : La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite.

Article 1112 : Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

CONDITIONS**a. MENACE EXERCÉE, CRAINTE D'UN MAL CONSIDÉRABLE ET DE NATURE À FAIRE IMPRESSION SUR UNE PERSONNE RAISONNABLE.**

- Crainte d'un mal sur la personne du cocontractant ou sur ses proches (art 1113 CC) ; la jurisprudence a étendu : il peut y avoir violence sur d'autres personnes que celles visées à l'art 1113 CC mais c'est au cocontractant de prouver l'attachement. Pour les autres, l'attachement est présumé.
- Crainte d'un mal considérable et présent (art 1112 CC) : cela va dépendre de l'appréciation du juge et celui ci doit faire impression sur un homme raisonnable (pas uniquement le bon père de famille car le juge prendra également en compte des éléments individuels à la victime de la violence ; ex. prise en compte de la violence différente selon que l'on soit un homme ou une femme ; ces critères seront l'âge, le sexe, la condition de la personne).

Article 1113 : La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants.

b. CRAINTE DÉTERMINANTE DU CONSENTEMENT (ART 1109 CC : PAS DE CONSENTEMENT SI EXTORQUÉ PAR VIOLENCE)**c. MENACE PEUT PROVENIR D'UN TIERS (ART 1111 CC)**

Cas extrêmement rare. Dès que quelqu'un a contracté sous la menace d'un mal, sa volonté n'a pas été réelle. Si l'on veut protéger la volonté réelle, les textes sur la violence sont plus en phase que ceux sur le dol : on a voulu privilégier la confiance légitime dans le cas d'un dol.

Dol >> Violence → volonté réelle à privilégier
→ légitime confiance

d. LA MENACE DOIT ÊTRE ILLÉGITIME POUR ENTRAÎNER LA NULLITÉ DU CONTRAT

Cette condition est déduite de l'art 1114 CC.

Article 1114 : La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

Si l'on a un contrat avec son père et que le contrat a été réalisé uniquement parce que l'on avait peur de le blesser, on ne peut annuler le contrat : ce n'est pas une violence. La menace d'un mal légitime n'est pas une violence.

Ex. Un voleur est pris sur le fait dans un grand magasin. Il est questionné et avoue qu'il a déjà volé une série de choses auparavant. Le directeur lui demande que soit on appelle la police soit on lui fait signer une reconnaissance de dettes. Par la suite, quand on lui demande l'exécution de la reconnaissance de dettes, le voleur invoque la violence. Les deux premières conditions sont remplies mais la violence n'est pas illégitime.

Ex. Un employé est pris en flagrant délit de prendre dans la caisse. On lui propose soit de démissionner soit de le licencier pour faute grave. Il peut arriver que l'employé demande des dommages et intérêts par la suite et prétend que la lettre de démission a été faite avec violence. Cela ne marchera pas car la violence n'est pas illégitime.

Lorsque le mal est légitime et que l'on s'en sert dans un but illégitime, il y a violence !

e. EXTENSION : L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

La violence du CC suppose une crainte exercée par un cocontractant ou un tiers en vue d'obtenir un consentement. Hors, il peut arriver qu'une personne accepte de contracter sous la crainte d'un mal qui provient des circonstances et non d'une personne. C'est l'état de nécessité. Le cocontractant utilise ces circonstances pour obtenir un consentement ou des conditions désavantageuses qu'autrement il n'aurait pas obtenus.

Ex. Après la guerre, des Juifs qui avaient du vendre leurs biens à toute vitesse en quittant la vente, on demandé la nullité de certaines ventes en plaissant état de nécessité. Ils avaient contracté non pas sous la menace d'un tiers mais de l'environnement (le problème nazi). Le cocontractant s'était servi de l'environnement pour obtenir des conditions plus avantageuses pour lui et plus défavorables pour les Juifs.

Il est à noter que toute personne est en état de nécessité de contracter. Ex. Je viens pour louer tel appartement, parce que je viens de recevoir mon préavis même si ce n'est pas l'appartement que je veux, etc.

Art 1115 / la violence n'est pas d'ordre public et la personne qui en est victime peut confirmer le contrat mais quand la violence a cessé.

Article 1115 : Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.

Ex. Dans l'histoire des Juifs, les vendeurs avaient approuvé le contrat soit expressément soit tacitement (ex. en demandant à l'acheteur pendant la guerre de payer ce qu'il doit). L'action peut être prescrite après 10 ans (voir prescription art 1304)

Art 1117 / Pas de nullité de plein droit

Article 1117 CC : La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre.

Tant que la victime n'a pas invoqué le dol, la faute ou la violence doit exécuter le contrat. Il n'est pas nul de plein droit. Il faut intenter une action en nullité.

6. LA LÉSION

a. PRINCIPE : LA LÉSION NE VICIE PAS (ART 1118 CC)

Article 1118 CC : La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

La lésion ne vicie pas (art 1118 CC). C'est la disproportion existante dans un contrat au moment de la conclusion. Cette lésion doit-elle être une cause de nullité ? La prestation ne s'applique que dans les contrats où il y a prestations réciproques (contrats commutatifs) et pas dans les contrats aléatoires (viagers, etc.) : voy art 1104 pour la définition des contrats commutatifs. Il n'y a pas nullité pour maintenir la sécurité juridique.

Il est difficile de déterminer l'équilibre : cela dépend des caractéristiques individuelles du contrat, etc. Art 1118 CC : La nullité pour cause de lésion ne peut être admise que dans certains contrats (vente d'immeuble pour moins de 5/12 du prix), et à l'égard de certaines personnes (ex. mineur).

La lésion n'est pas un vice de consentement. Pourquoi le Code Civil a-t-il classé ce texte dans les vices de consentement ? Parce que les rédacteurs se sont dit que lorsqu'il y a disproportion, on va essayé de prouver qu'il y a eu vice de consentement et le CC n'a pas voulu qu'on présume du déséquilibre un vice de consentement qui aurait emporté la nullité du contrat. La lésion ne peut présumer un vice de consentement. La seule disproportion ne présume pas qu'il y ait vice de consentement. C'est de cet article (art 1118 CC) que l'on tire que l'erreur sur la valeur n'est pas un vice de consentement.

b. EXCEPTIONS

On n'admet la lésion qu'uniquement

- dans la vente d'immeuble quand le vendeur subit une lésion de plus de 7/12 du prix. C'est à dire qu'il vend son meuble pour un prix inférieur à 5/12 de sa valeur
- dans le partage (art 887 CC)
- quand un mineur est victime de la lésion

c. LÉSION QUALIFIÉE**1. apparition de la théorie de la lésion qualifiée**

Au moment du CC, l'art 1118 CC correspond bien à l'idée des rédacteurs (les cocontractants sont sur pied d'égalité).

Cette idée a évolué et on s'est rendu qu'égalité juridique n'existait pas sans égalité économique. Hors bien souvent, un cocontractant est économiquement plus fort que l'autre et dès lors impose sa loi à l'autre (contenu du contrat).

Ensuite, au moment de la crise des années '30, de nombreuses personnes ont du emprunté. Les prêteurs ont profité de l'état de besoin des emprunteurs pour leur imposer des taux d'intérêt usuraires. C'est ainsi que le législateur est intervenu (mais uniquement pour le taux d'intérêt) : l'art 1907ter.

Art 1907ter : <Inséré par AR 148 18-03-1935, art. 3>. Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge, sur la demande de l'emprunteur, réduit ses obligations au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal. La réduction s'applique aux paiements effectués par l'emprunteur, à condition que la demande soit intentée dans les trois ans à dater du jour du paiement.

Le législateur consacre en cet article la théorie de la lésion qualifiée. Pour que l'art s'applique, il faut

- un taux d'intérêt
- une disproportion manifeste entre les prestations réciproques (taux usuraire)
- que le taux usuraire provienne de l'abus par le prêteur des besoins, des faiblesses, des passions de l'emprunteur

La sanction n'est pas la nullité car cela aurait été défavorable pour l'emprunteur. Dès lors, le législateur adopte une sanction adéquate qui est que l'emprunteur garde le prêt mais le taux d'intérêt usuraire est réduit au taux légal.

Dès le lendemain de l'insertion de ce texte, doctrine et jurisprudence ont montré leur intérêt pour cette nouvelle notion et ont proposé qu'elle soit généralisée à tous les contrats.

Mais depuis, le législateur ne l'a pas consacré dans d'autres textes. A un certain moment, on s'est demandé s'il ne l'avait pas consacré dans un article de la loi sur les pratiques du commerce. Certains ont soutenu, à la lecture de l'art 31 LPC, que celui-ci avait voulu consacrer la lésion qualifiée. Ce n'est pas le cas, le législateur l'aurait exprimé plus clairement : le texte ne vise que les clauses abusives et ne consacre pas la lésion. En 1990, le législateur a précisé sa pensée : l'art 31 §3 in fine. Cette nuance était d'ailleurs déjà exprimée dans la directive ayant inspiré la loi.

2. fondement de la lésion qualifiée

Comme le législateur ne l'a pas consacré, la jurisprudence a élargi la notion à tous les contrats à partir de l'art 1907ter. Mais comme le juge ne peut créer du droit, quel est le fondement légal de la théorie ? On a successivement proposé :

- **art 6 CC** : exploiter, profiter de l'état d'ignorance, etc. pour lui extorquer un contrat désavantageux est contraire à l'ordre public. Ce fondement est critiqué car l'art 6 CC vise la protection d'intérêt général et la lésion qualifiée ne vise qu'à protéger les intérêts particuliers. De plus, la sanction de l'art 6 CC est la nullité absolue. Hors, on a vu que la sanction de la lésion qualifiée la plus adéquate n'est pas la nullité.
- **Art 1116 CC** : selon cette thèse, la lésion qualifiée s'intègre dans la notion de dol. Commet un dol la partie qui abuse de son cocontractant pour conclure un contrat désavantageux pour cette partie. Si c'est un dol, cela permet d'appliquer la théorie du dol incident et d'assimiler la lésion qualifiée à un dol incident dont la sanction est le rééquilibrage du contrat, sanction tout à fait adaptée à la lésion qualifiée. Ce fondement est critiqué par le fait que le dol est une manœuvre frauduleuse créée en vue d'obtenir un consentement. Ce n'est pas ce qui se passe pour la lésion qualifiée : là le cocontractant ne crée pas ce besoin, il l'observe, il le sait ; la lésion qualifiée se rapproche plus de l'état de nécessité sauf que celui-ci fait craindre un mal. De plus, pour la lésion, il faut qu'il y ait disproportion manifeste, et pour le dol, il n'y a pas à prouver de dommage, que le contrat est désavantageux. Les conditions du dol et de la lésion qualifiée ne se retrouvent pas entièrement. Il est à noter que parfois, il peut vraiment y avoir dol même s'il l'une des parties profite d'une situation (ex. personne âgée).
- **Art 1382 CC** : voy. théorie de la *culpa in contrahendo*. Commet une faute délictuelle celui qui abuse des besoins, des faiblesses, des passions, des ignorances, etc. de son cocontractant pour s'octroyer un contrat avantageux et désavantageux pour l'autre. La sanction de l'art 1382 CC permet au juge de réparer le dommage par le mode de réparation le plus adéquat et in casu, le rééquilibrage du contrat voire la nullité. C'est le fondement qui a le plus de

succès mais il n'est pas sans critique : dans 1382 CC, dès qu'il y a faute qui cause un dommage, on est obligé de le réparer. Pour la lésion qualifiée, la faute suppose que le dommage soit une disproportion manifeste des obligations réciproques : on ajoute donc une condition à l'art 1382 CC. Ce n'est pas vraiment l'application de la théorie de la culpa in contrahendo.

La jurisprudence applique la théorie de la lésion qualifiée sur base d'un de ces trois fondements. Le législateur n'aime pas modifier le code civil et surtout à ses principes fondamentaux. Le concept de lésion n'a jamais été introduit.

La Cour de Cassation n'a ni rejeté ni consacré la théorie de la lésion qualifiée mais a eu maintes occasions de le faire.

Quant à la doctrine, une grande partie y est favorable. Certains disent que c'est un cas particulier (voy. condition supplémentaire) de responsabilité délictuelle tandis que d'autres appliquent la théorie du juste et de l'utile (le juge ne fait appliquer le contrat que s'il est juste).

En conclusion, dans l'état actuel, la reconnaissance de la lésion qualifiée comme concept autonome est nettement soutenue par la doctrine majoritaire et reconnue par les juges du fonds mais le concept n'a pas encore été agréé comme tel par la Cour de Cassation ni rejeté par celle-ci.

3. conditions de ce concept autonome

Les conditions de l'art 1907ter sont généralisées :

- disproportion **manifeste** entre prestations réciproques
- que le cocontractant ait **profité** de l'état de besoin, de l'état d'ignorance, des faiblesses ou des passions du cocontractant, en bref de l'état d'infériorité du cocontractant.

1.- preuve de la lésion qualifiée

C'est évidemment celui qui invoque la lésion qualifiée qui en apporte la preuve ; ce fait se prouve par toute voie de droit. Il faut également prouver que le cocontractant a profité de l'état d'infériorité, fait qui se prouve par toute voie de droit, notamment par présomption.

Ex. Une personne a acheté 2 000 000,- FB à un couple qui divorçait une maison qui valait 3 000 000,- FB. Si les vendeurs veulent invoquer la lésion qualifiée, ils doivent prouver que le vendeur connaissait le fait qu'ils divorçaient. Cela peut être relativement dangereux : on peut facilement arriver au fait que l'on supprime le fait qu'il « ait profité » par présomption et presque automatiquement.

Ex. J'achète une maison que j'avais vue un an auparavant mais qui était trop chère à ce moment là. Le clerc de notaire me prévient un jour que le prix a baissé d'un million. Quand j'ai pris rendez-vous, j'ai vu que la personne qui vendait était ultra pressé de

partir (sa femme y était décédée). Pourrait-on dire qu'il y a eu lésion qualifiée ? Non, car on n'aurait pas pu prouver que je connaissais son état.

Ex. Le cleric de notaire me prévient que le propriétaire est très âgé, qu'il n'arrive pas à vendre la maison et que le prix a baissé. Pourrait-on en déduire qu'il y a lésion ? Je connaissais certes l'état de la personne mais il faut prouver que j'en ai profité. Là réside le danger si l'on supprimait la notion de « profit ». → quid ?

Ex. Même situation. Le cleric me prévient qu'il est très âgé, qu'il n'arrive pas à la vendre et qu'il est prêt à la lâcher pour un bon prix. Je m'y rends, je baisse le prix et je lui dit que je le paye tout de suite. Ici, je profite de son état de détresse psychologique pour lui arracher un consentement à un contrat qui est réellement désavantageux pour lui. Ici, on est clairement dans une **hypothèse de lésion qualifiée**. Ce n'est pas un dol car il n'y a ni manœuvre, ni mensonge. Je profite d'un état de détresse que je connais.

Delega lata, la lésion (art 1118 CC) existe toujours et n'a pas été modifiée.

2.- exceptions

- En droit commercial, il existe un arrêté du régent sur la réglementation des prix qui considère comme une infraction pénale le fait de vendre au-delà du prix normal. Cette disposition est rarement invoquée par le juge.

7. LES SANCTIONS (ART 1304 CC)

Article 1304 CC : Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

(Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.) <L 14-07-1976, art. IV>

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour ou l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, du jour de la majorité.

<NOTE : Grâce à la mesure transitoire (voir art. IV, 47, § 2, L 14 juillet 1976) le texte suivant reste d'application dans les cas prévus. Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage.>

a. SANCTIONS DES CONTRATS ATTEINTS D'UN VICE DE CONSENTEMENT

1. La sanction de contrats atteints d'un vice de consentement est la **nullité relative** (≠ nullité absolue). Elle ne peut être invoquée que par la personne qui en a été victime.

2. Cette action se prescrit par 10 ans mais ne commence à courir qu'à partir du jour où la violence a eu lieu, et où le dol et l'erreur ont été découvertes.

3. Cette nullité relative est confirmable, c'est-à-dire que la victime peut renoncer à l'action en nullité ou confirmer le contrat qui était nul (par exemple, en l'exécutant) et à condition qu'au moment de sa renonciation ou confirmation, la victime ne soit plus sous l'influence du vice.

b. SANCTIONS DES CONCEPTS DÉGAGÉS PAR LA JURISPRUDENCE

- dol incident ; sanction : rééquilibrage du contrat ; délai de prescription est de 10 ans à partir de la découverte du dol incident
- état de nécessité (extension de la violence) : nullité relative
- la lésion qualifiée, voy. supra (cela dépend du fondement retenu)
 - o art 6 CC: nullité absolue
 - o dol incident : rééquilibrage du contrat
 - o culpa in contrahendo : voy. supra

c. REMARQUE. UTILITÉ DE LA THÉORIE DES VICES DU CONSENTEMENT PAR RAPPORT À LA CULPA IN CONTRAHENDO

Cette théorie des vices du consentement a-t-elle encore une quelconque utilité depuis l'adoption de la culpa in contrahendo sur base de l'art 1382 CC ?

1. En ce qui concerne l'erreur

Celui qui verse dans l'erreur peut obtenir la nullité du contrat, pourrait-il l'obtenir sur base de 1382 CC ? Dans le cas du vice de consentement, celui qui l'invoque ne doit **pas prouver la faute**, contrairement à l'art 1382 CC. L'erreur est donc plus large que la théorie de la culpa in contrahendo.

2. En ce qui concerne le dol

Un cocontractant a été victime d'un dol. Ne peut-il pas obtenir la nullité du contrat par la culpa in contrahendo. Ce sera plus facile pour lui car le fait de mentir, etc. est une faute sur base de 1382 CC. La nullité du contrat peut être obtenue. Si dol incident : rééquilibrage du contrat Les sanctions dépendront du juge. Les résultats seront donc les mêmes.

La jurisprudence a dit que quand il s'est avéré que le cocontractant a commis un dol, il ne peut se prévaloir de l'erreur inexcusable ou de l'erreur de la victime (sauf dans le cas du bonus malus)

En revanche, sur base de l'art 1382 CC, on peut toujours invoquer la faute de la victime pour aboutir, à tout le moins, à un partage de responsabilités. **Le dol est donc plus favorable à la victime.**

3. En ce qui concerne la violence

Il y a contrat entre A et B. B est victime d'une violence. Il pourra demander la nullité du contrat. Sur base de 1382 CC, le fait de faire craindre un mal est à la fois une violence et une culpa in contrahendo. A titre de réparation la plus adéquate, la victime pourra demander la nullité du contrat. La violence et la culpa in contrahendo aboutissent au même résultat. En revanche, si la violence émane d'un tiers, l'art 1382 CC peut-il toujours être invoqué ? Contre le tiers certainement (pourra obtenir des dommages et intérêts). Mais pourra-t-il obtenir la nullité du contrat ? Non. Par contre, s'il s'agit de violence, le contrat pourra être annulé.

d. SANCTIONS DU DÉFAUT DE CONTRACTER

Le Code Civil n'a parlé que de la sanction des vices du consentement (voy. art 1116 et 1117 CC). La sanction est la nullité relative du contrat, qui peut s'accompagner de dommages et intérêts éventuellement si la victime du vice demande la nullité du contrat et en plus se prévaut d'une culpa in contrahendo (art 1382 CC) pour obtenir des dommages et intérêts en réparation du dommage que la nullité n'aurait pas suffi à effacer et si les conditions sont remplies.

1. Théorie classique de la nullité

Au début, on a pensé que le contrat était inexistant ; la théorie comparait le contrat avec un être vivant. Le contrat est atteint d'une malformation et la victime soit laisse le contrat vivre comme ça soit en demande la nullité. La théorie classique pense que quand il manque un élément essentiel au contrat, le contrat est inexistant.

2. La doctrine a ensuite développé la doctrine moderne des nullités.

On ne parle plus d'inexistence du contrat. On ne parle plus que de nullité. Le contrat, s'il est atteint d'une « malformation » quelque soit son importance, est nul. Se pose alors la question de savoir si cette nullité est relative ou absolue, avec toujours cette idée qu'il n'y a pas de nullité du plein droit. Tant que la nullité n'a pas été prononcé par le juge, il existe toujours.

2 courants :

- selon certains, le critère repose sur la nature essentielle ou non de l'élément du contrat qui est atteint de non validité. Si c'est un élément sans lequel la notion de contrat ne se conçoit pas, c'est une nullité absolue. A contrario, si l'élément ne tient pas à la notion même de contrat, ce sera une nullité relative (ce sera le cas, par exemple, pour les vices de consentement).
- D'autres se posent la question de savoir quelle est l'importance de l'intérêt à protéger ? Si l'intérêt à protéger est général, c'est une nullité absolue, si l'intérêt à protéger est particulier, la nullité est relative.

Une dame ivre signe une reconnaissance de dette. Il y a défaut de consentement. Si l'on adopte le critère organique (première distinction), la reconnaissance de dette est-

elle frappée de nullité relative ou absolue ? La notion même de contrat est atteinte : nullité absolue. S'il s'agit du critère de l'intérêt à protéger, la nullité sera relative.

La position de la Cour de Cassation en la matière est la suivante: « **Le défaut de consentement ne rend pas la convention inexistante mais seulement nulle ; cette nullité qui ne protège que des intérêts privés est relative.** »

18.2 LA CAPACITE (ART 1108 CC)

18.2.1 LA CAPACITÉ À POSER DES ACTES JURIDIQUES (≠ CAPACITÉ DE VOIR SA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE ENGAGÉE)

Responsabilité délictuelle : Ex. Un enfant de 12 ans qui traverse la rue en vélo, au rouge, et cause un accident, engage sa responsabilité délictuelle.

Responsabilité juridique : un enfant de 12 ans ne peut conclure un contrat. Il faut être majeur (18 ans)

18.2.2 RAISON D'ÊTRE DE LA CAPACITÉ

Dans notre droit, la règle est que tout individu est capable de faire des actes juridiques (règle afin d'éviter la mort civile), sauf dans certains cas limités et prévus par la loi. De tels régimes d'incapacités poursuivent un **but de protection**.

NB. Il n'existe qu'un seul cas d'incapacité pour sanction, c'est l'interdiction légale.

18.2.3 INCAPACITÉS

- minorités (avant 18 ans)
- prodigues
- déments (art 489 CC)
- mineurs prolongés (art 487bis CC)

A ces cas d'incapacités que l'on trouve dans le Code Civil, des lois spéciales en ont rajouté.

Ex. la **mise en administration provisoire des personnes incapables** même temporairement de gérer leurs biens en raison de leur état physique ou mental (ex. quelqu'un dans le coma ou dépression grave, etc.)

Soit la loi prononce l'incapacité ipso facto (ex. minorité) soit il faudra une décision judiciaire basée sur une loi.

Rem. : l'incapacité est l'exception, la capacité la règle. Dès lors, l'individu est présumé capable, ce qui pourrait poser problème pour les personnes âgées atteintes de « démence sénile ». Si cette personne signe une reconnaissance de

dette, il faudra prouver le défaut de consentement vu que nous ne sommes pas dans un régime d'incapacités.

Lorsqu'un incapable conclut un contrat, le contrat est annulable pour incapacité. C'est une incapacité relative qui pourra être soulevée par l'incapable ou par son représentants (ex. pères, mères, tuteurs, administrateur provisoire, etc.).

Ex. Un jeune signe un bon de commande pour une moto. Puis, il regrette son achat. Il lui suffit de d'opposer la nullité du contrat sur base d'incapacités. Il est de l'intérêt du cocontractant de s'assurer qu'il s'adresse bien à une personne capable.

18.3 L'OBJET (ARTS 1126, 1128, 1129 ET 1130 CC)

Art. 1108 CC : un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

Tout engagement doit avoir à peine de nullité un objet, c'est-à-dire porter dans le chef de celui qui s'engage sur une prestation de dare, de facere, de non facere (art 1126 CC) et cet objet doit remplir certaines conditions.

Article 1126 CC : Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.

Le premier objet du contrat est de créer des obligations. Ces obligations ont comme objet une prestation qui est soit de dare, de facere, de non facere.

L'objet du contrat ou l'objet de l'obligation ?

Dans la pureté de la règle, on parle de l'objet de l'obligation, mais pour faire bref, on parle d'objet du contrat.

Dans la section 3 du CC (de l'objet du contrat), l'art 1126 CC nous présente la distinction entre les différents types d'obligations. Les arts 1128, 1129 et 1130 CC nous définissent les différentes conditions pour l'objet et sont assez surannés.

Article 1128 CC : Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

Article 1129 CC : Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

Article 1130 CC : Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Conditions relatives à l'objet des obligations**18.3.1 EXISTENCE D'UN OBJET SÉRIEUX**

L'objet doit être sérieux sinon le contrat est nul.

18.3.2 L'OBJET PEUT ÊTRE ACTUEL OU FUTUR

Un contrat peut être valable et porter sur une chose qui n'existe pas encore (récolte de l'année prochaine pour tel prix : le contrat est valable) : art 1130 CC.

Article 1130 CC : Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

De telles conventions peuvent poser problèmes : sont-ce des contrats commutatifs ou aléatoires ?

Par exemple, X s'engage à vendre à Y sa récolte de raisons de la saison prochaine pour le prix de 100 000 francs. Hors, au cours de la saison, il semble que la récolte sera moins bonne que la précédente. L'acheteur peut-il revoir le prix ? Tout dépend du type de contrat (commutatif ou aléatoire ?)

Si le contrat est aléatoire (perte de gains), on ne parlera ni de lésion ni de lésion qualifiée.

En revanche si le prix est fixé par unité, c'est un contrat commutatif

Exception : la convention qui a pour objet la succession d'une personne non encore décédée est nulle en vertu de l'art 1130 , al.2 que le cocontractant soit la personne non encore décédée ou un tiers.

Est nul le contrat par lequel une personne vend à une autre un bien en tant que faisant partie de sa succession (il n'en deviendra propriétaire qu'au décès). Si le contrat est nul c'est parce que l'on a peut que le cocontractant ne pousse au décès plus rapide du cocontractant.

Dans un contrat de prêt, je prend l'engagement de rembourser au décès de mon père. Un tel type de contrat est valable, parce que ce n'est qu'un **terme suspensif**.

L'objet doit être considéré comme actuel, exister

18.3.3 L'OBJET DOIT ÊTRE POSSIBLE

(// point a). Le caractère possible de l'objet s'apprécie de façon objective et non subjective. Un objet est impossible que si il est absolument impossible de le localiser par quelque personne que ce soit.

Ex. Je m'engage à vous faire voyager hors de la galaxie.

18.3.4 L'OBJET DOIT ÊTRE DÉTERMINÉ OU DÉTERMINABLE

1. OBJET DÉTERMINÉ...

Si l'on ne sait pas ce à quoi l'on s'est engagé, il est normal que le contrat soit nul pour défaut de déterminabilité de l'objet.

Art 1129 CC : de cet article, on tire la règle que l'objet doit être déterminé ou déterminable.

Ex. Je m'engage à vous livrer un animal. Est-ce déterminable ? Non, car il faut le déterminer quant à son espèce (éléphant, cheval, etc.)

Ex. Je m'engage à livrer un cheval : cela va créer un contrat sur une chose

- individualisée (tel cheval) : species
- de genre (cheval qui devra être individualisé par la suite) : genus

Les objets sont déterminés dans les deux cas. Les contrats peuvent en effet porter sur des species ou des genus.

Ex. Il n'existe que trois voitures en Belgique. C'est donc une chose de genre. Au moment où je signe, je ne sais pas laquelle des trois voitures je vais avoir.

Mais si je désigne telle voiture, c'est une species.

2. OU DÉTERMINABLE

art 1129, al 2 CC : La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

Ex. Une personne vend 5 mètres de tissus pour 200 F. Le prix est déterminé. Une personne vend 5 mètre de tissus pour 40F/m : le prix est déterminable.

Une personne vend un sac de pommes de terres pour le prix de 50F/Kg : les obligations de l'acheteur et du vendeur sont déterminables.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le fait que l'objet de la prestation soit déterminable : **l'objet de la prestation doit être déterminable suivant des éléments objectifs, qui échappent à la volonté des parties. L'objet de la prestation ne dépend pas arbitrairement soit de la volonté du débiteur, soit de la volonté du créancier ou demande un nouvel accord des parties pour être déterminé** (par ex., je vends ma cargaison de pétrole au prix du cours au jour où j'arrive au port : le prix n'est pas déterminé mais est déterminable.) NB. La cargaison est, in casu, une chose de genre.

18.3.5 POSITION DE LA COUR DE CASSATION

1. L'objet peut être déterminable de manière objective mais non du seul débiteur ni du seul créancier.

2. Si le prix ou l'objet de l'obligation est déterminable mais laissé à la discrétion à l'avenir du débiteur, c'est nul sur base de l'art 1174 CC (*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.*) Si le débiteur s'engage à quelque chose qu'il déterminera par la suite arbitrairement et unilatéralement, c'est nul.

3. De même, si l'objet de l'obligation est déterminable mais laissé à la discrétion du créancier, l'obligation est nulle parce qu'ici il faut protéger le débiteur contre le créancier.

Rem. C'est souvent à propos du prix que l'on voit de la jurisprudence à ce propos, mais ce problème se pose pour tout contrat et toute obligation

Ex. X s'engage à surveiller le magasin d'Y une pour 30 000 F par mois. L'obligation de Y est déterminé, l'obligation de X est-il déterminable ?

On pourrait donc plaider pour la nullité du contrat que :

- On peut considérer que l'objet est nul parce que l'objet n'est pas déterminé.
- On peut également considérer que c'est le débiteur qui choisira le type d'obligations qu'il aura à prêter : c'est nul également (voir point 2)

Les juges essaient la plupart du temps de sauver un contrat annulable pour défaut d'objet. Quand c'est possible, **il va s'attacher à l'intention exprimée mais également à l'intention réelle.** L'obligation de surveillance, in casu, n'est-elle pas celle déterminable en fonction d'éléments objectifs, et donc tous les jours ouvrables ? Mais nous sommes ici à la limite : **le juge ne peut faire de contrat à la place des parties et ne comble pas les lacunes.** Quid de 1135 CC ? Il ne s'agit que d'obligations accessoires. Tandis que pour l'objet, etc., il s'agit d'obligations essentielles.

Ex. Vente d'immeuble : les parties ont dit que s'il y a augmentation de la TVA elles se reverront pour fixer un nouveau prix. L'objet est nul pour défaut d'objet déterminé : le prix indiqué n'est pas le bon. Pour palier à cela, elles auraient pu prévoir des éléments objectifs (comme une clause disant que s'il y a augmentation de la TVA, elle sera supportée par telle ou telle partie).

1. LE PRIX À LA DISCRÉTION D'UNE DES PARTIES

Dans certains contrats, le prix est laissé à la discrétion d'une des parties et cela est admis de tout temps.

Par ex., on fait venir un plombier pour venir réparer une fuite d'eau. Il arrive. Le contrat d'entreprise est conclu au téléphone. Le prix de ce type de contrat sera déterminé par la remise de la facture dans laquelle il fixe le prix. Ce type de contrat devrait être considéré comme nul mais on ne le fait pas.

Par ex., je vais chez un avocat, lui remets dossiers, etc. Le contrat est conclu dès le début mais les prestations seront déterminées après coup par une seule partie et sans élément objectif.

Comment expliquer que ces contrats soient valables.

Le prix n'est pas en réalité fixé à la discrétion de l'entrepreneur ou de l'avocat parce que le prix est envoyé après que le travail a été effectué et que les parties se sont référés au tarif normal pratiqué dans la région. Si jamais, il y a un dépassement, on peut saisir les tribunaux sur base d'une référence tacite à un tarif normal.

2. LA THÉORIE DE LA PARTYBESLISSING

D'après cette théorie, les parties pourraient convenir valablement que l'une d'entre elles pourra déterminer après la conclusion du contrat l'objet d'une des obligations (contraire à 1129 CC). Cette théorie couvre toutes les hypothèses dans lesquelles une partie est investie du pouvoir de déterminer ou de réviser seule les droits et obligations de l'autre partie. Selon les cas, elle tient ce pouvoir de la volonté même des parties (cfr. Supra), soit des usages (ex. il est d'usage pour un avocat d'envoyer son état d'honoraires après ses prestations), ou de la loi (ex. art 60 de la loi sur le crédit à la consommation).

Cette théorie a comme corollaire nécessaire le contrôle marginal du juge (« marginale toetsing »). La théorie ne peut se concevoir que sous réserve que la partie qui a le pouvoir respecte l'économie du contrat et qu'il y ait place pour un contrôle marginal du juge qui sera appelé à contrôler éventuellement et a posteriori la décision unilatérale de la partie.

Attention, le juge ne peut pas substituer sa propre opinion à celle des parties ni même rechercher ce qu'aurait fait un bon père de famille. Il doit seulement vérifier si la décision de la partie n'est pas manifestement déraisonnable.

Réaction de la Cour de Cassation

Lorsque la Cour de Cassation est saisie d'un problème de ce type, elle applique toujours l'art 1129. L'objet ne peut donc être laissé à la discrétion de l'une ou l'autre partie sans élément objectif.

18.3.6 L'OBJET DOIT ÊTRE LICITE

Art 1128 CC : *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.*

Ex. tueur à gage : le contrat est nul.

L'objet ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs

Les règles sur l'accès à la profession des entrepreneurs sont considérées comme d'ordre public. Si un contrat d'entreprise est conclu avec un entrepreneur qui n'a pas

accès à la profession, le contrat est nul. Toute personne intéressée peut demander la nullité du contrat, au détriment du maître de l'ouvrage. Que pourra-t-il faire ? Il plaidera la culpa in contrahendo et pourra peut-être obtenir des dommages et intérêts.

La notion de bonnes mœurs est une notion essentiellement évolutive.

Ex. Une convention de streap-tease était auparavant nulle mais aujourd'hui, ce n'est plus contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

3. LE PROBLÈME DES CESSIONS DE CLIENTÈLE

Ce problème met en jeu plusieurs conditions relatives à l'objet.

Ex. cession d'un fonds de commerce : un coiffeur vend son fonds de commerce pour tel prix. Le fonds de commerce comprend les éléments matériels (enseigne, etc.) mais on vend également la clientèle. Souvent considérés comme nuls car l'on considérait que

- l'objet était impossible (la clientèle peut changer du jour au lendemain, c'est comme si l'on vendait du vent mais cette objection a été réfutée : on vend l'espoir de garder la clientèle)
- l'objet est illicite parce que l'on vend quelque chose qui est hors commerce, ce qui a été réfuté. On vend la valeur créée par l'exercice d'un commerce au delà de la valeur matérielle de ses biens (que l'on peut monnayer)

Aujourd'hui, la cession de clientèle est considéré comme valable.

D'autres problèmes se sont posés : les cessions d'études notariales.

Les études étaient cédées contre un prix, prix calculé en fonction notamment de la clientèle, ce qui était d'autant moins admis que c'était une fonction publique.

Pour le moment, il y a réglementation par une loi récente : arts 54 et ss. de la nouvelle loi sur le notariat. Il existe également une réglementation pour la cession d'une officine pharmaceutique.

La question s'est posée également pour la cession d'un cabinet médical. La question est toujours pendante aujourd'hui. In casu, les relations sont intuitu personae et ces relations sont hors commerce (possible en Belgique, en France : interdit)

Mais on se voile la face mais la cession de clientèle est une réalité économique que le droit se doit de réglementer, au risque de voir apparaître des « dessous de table ».

Pour régler le problème :

Obligation de non-concurrence contre tel prix, et ainsi on évite le problème de la licéité des cessions de clientèle.

4. ARRET

Un contrat d'assurance-incendie qui couvre un chalet construit sans permis de bâtir est conclu. Il est donc conclu illégalement vu que les réglementations sur les permis de

bâtir sont d'ordre public. Il y a incendie et le propriétaire demande le remboursement. La compagnie soulève la nullité du contrat pour objet illicite. Le problème est venu devant la Cour de Cassation :

« L'objet d'une obligation est la prestation promise. L'objet du contrat d'assurance est la couverture d'un risque déterminé moyennant un prix. Cet objet doit être licite. L'arrêt qui, pour rejeter la demande d'indemnisation des propriétaires d'un chalet, construit sans permis de bâtir, ravagé par un incendie, considère que le contrat d'assurance est nul en raison du caractère illicite de son objet sans énoncer que l'objet de ce contrat, c'est-à-dire la couverture du risque d'incendie du chalet, crée au maintien une situation illégale viole les articles 1106, 1101, etc. du CC. »

→ Ce n'est donc illicite que si l'on constate que le contrat crée une situation illégale ou maintient une situation illégale.

18.3.7 SANCTION DES DÉFAUTS RELATIFS À L'OBJET

Si l'objet manque, le contrat est nul. Cette nullité est-elle relative ou absolue ?
Tout dépend du critère adopté.

Critère de l'intérêt protégé : position de la **Cour de Cassation** (à propos de l'erreur-obstacle). Si l'objet est impossible ou non sérieux, la nullité du contrat est relative. Mais est-ce possible qu'un tel contrat vive tant que la partie n'en ait pas demandé la nullité ? Dans un tel cas, il faut en revenir au critère de nullité absolue et naturelle.

18.4 LA CAUSE

La cause doit être licite dans l'obligation.

Tout engagement 1) doit avoir une cause
 2) doit avoir une cause licite.
 Au sinon, le contrat est nul.

Des controverses sont apparues à ce sujet.

18.4.1 THÉORIES DE LA CAUSE

1. *THÉORIE CLASSIQUE DE LA CAUSE*

a. EXPOSÉ

C'est la théorie de la cause immédiate et abstraite.

La cause est la raison objective et abstraite pour laquelle le débiteur s'est engagé.

La cause est toujours la même pour tous les contrats d'un même type. La cause de l'obligation d'un des parties est l'obligation de l'autre.

- Dans les contrats réels, la cause de l'obligation de l'emprunteur est la remise de la chose,
- la cause de l'obligation du donateur est l'intention libérale.
- Dans les contrats unilatéraux, portant sur le paiement d'une somme, c'est le devoir moral ou l'obligation naturelle préexistante dans le chef du débiteur.

b. REMARQUES

Cette théorie ne fait aucune place à la recherche des mobiles subjectifs des parties lorsqu'elles contractent. Elle met les juges dans un carcan.

Par ex. Je m'engage à donner telle maison dans une intention libérale. L'obligation a une cause, cela suffit. On ne recherche pas le mobile subjectif.

Cette conception volontairement étriquée de la cause était une réaction aux canonistes. En effet, les spécialistes du droit canon considéraient qu'il fallait aller jusqu'au mobile subjectif d'une partie notamment pour déterminer si elle était licite ou non. Les juges en avaient le pouvoir.

Pour contrer cette conception dangereuse pour la sécurité juridique des contrats, la théorie classique enferme le juge dans le carcan précité.

c. CRITIQUES

En 1919, Jean Dabin écrit sa thèse sur la notion de cause et critique la théorie classique. Selon lui,

- 1) **c'est une théorie incomplète** : certaines conventions ne rentrent dans aucune des quatre catégories précitées (ex. contrat de cautionnement)
- 2) **c'est une théorie inutile** : les exigences de l'objet remplissent le même rôle que la théorie étreiquée de la cause et est donc inutile vu que les articles sur l'objet suffisent.
- 3) **c'est une théorie socialement dangereuse** : si l'on s'en tient à la théorie classique, on va entériner des contrats dont la cause, parce qu'abstraite et licite en soi (de même que l'objet), alors que les mobiles déterminants des parties sont illicites.

Ex. X donne en location 1 rez-de-chaussée à 4 personnes pour un loyer de 100 000FB/mois. Le contrat est valable si l'on adhère à la théorie classique car la cause est la remise de la chose. Mais le but de cette location est d'y installer des filles. Y est en effet souteneur. X est au courant (c'est pour cela qu'il demande 100 000 pour un rez-de-chaussée qui n'en vaut pas plus de 20 000 FB).

2. *THÉORIE DES ANTICAUSALISTES*

Jean Dabin arrive à la conclusion qu'il **faut supprimer la cause** en tant que condition de validité du contrat et la remplacer par la licéité du contrat. Pour apprécier celle-ci, il faut aller jusqu'au mobile déterminant des parties. Cette théorie a eu une influence importante : de nombreux pays ont supprimé la cause de leur Code Civil.

En droit belge, la doctrine s'accorde sur un fait : la nécessité de faire de la licéité une condition supplémentaire pour la validité du contrat. Il y a problème quant au maintien du concept de cause (détaché de la notion de licéité) comme condition de validité du contrat. Certains disent qu'il faut la maintenir parce qu'existent les arts 1108, développé par l'art 1131 CC.

→ il faut une cause et une cause exacte. En cas de défaut de cause (erreur sur cause), il y a nullité du contrat (art 1131 CC¹¹)

3. *THÉORIE CLASSIQUE DE LA CAUSE RÉHABILITÉE*

Certains auteurs ont repris la théorie classique et se sont attachés à démontrer son utilité.

¹¹ L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

4. THÉORIE DE L'ÉQUIVALENCE DES PRESTATIONS

La cause est l'équivalence économique des prestations.

Ex. L'acheteur s'engage à payer tel prix parce que le vendeur s'engage à lui transférer un bien de valeur équivalente.

Objections

- cette nouvelle notion ne prend pas en compte l'art 1118 CC
- cette notion n'a de sens que dans des contrats synallagmatiques commutatifs (certes les plus nombreux, mais...)

Si l'équivalence est imparfaite, il y a défaut partiel de cause mais il y a lieu à un rééquilibrage du contrat par le juge : **c'est le règne de l'équité dans le contrat.**

5. THÉORIE MODERNE DE LA CAUSE

a. EXPOSÉ

Le chef de file de cette théorie en Belgique est Van Ommerslaghe.

Il faut maintenir la cause en tant que condition de validité parce que le Code Civil l'impose, indépendamment de la licéité, condition supplémentaire. Pour l'une et l'autre condition, il faut rechercher le mobile déterminant des parties.

La théorie repose sur une vision subjective de la cause pour chaque obligation. Il faut rechercher in concreto le mobile déterminant de celui qui s'est engagé.

Ex. Une personne s'engage à réparer un dommage causé à autrui lors d'un accident parce qu'elle croit qu'elle en est responsable. Il apparaît ultérieurement que ce n'est pas par faute que le dommage a été causé. Elle a donc commis une erreur sur la cause de l'obligation sur base de l'art 1101 et 1121 CC.

Ex. Une personne m'ayant rendu service, je m'engage à lui payer une somme d'argent. Hors ultérieurement, j'apprends qu'elle a déjà été récompensée par mon père pour ce service rendu (il a agi en mon nom). Le mobile (in casu, récompenser une personne qui l'a déjà été), la cause est fautive. L'engagement peut être engagé pour fautive cause sur base de l'art 1131 CC.

b. REMARQUES

- 1) Du point de vue de l'erreur, l'erreur sur le mobile est interdite. On réintroduit celle-ci via la cause.
- 2) La théorie moderne conduit à l'insécurité juridique : d'une manière générale, la sécurité juridique est un élément capital en matière d'obligations parce que les contrats sont souvent imbriqués les uns avec les autres. Dès que le mobile est

donné après que le contrat soit conclu et que ce mobile est faux, il y a danger pour la sécurité juridique. Un bémol a donc été apporté par Van Ommerslaghe.

Dans les contrats à titre gratuit (donation), si l'auteur de la donation s'est trompé sur le mobile la déterminant, celle-ci peut être annulée. Dans le cas des contrats à titre onéreux, il faut que le mobile déterminant de l'une des parties soit entré dans le champs contractuel : il faut que chaque partie connaisse ou ait pu connaître le mobile qui a poussé l'autre à contracter. Seulement, Van Ommerslaghe ajoute le passage suivant : **les parties doivent avoir accepté que le mobile déterminant soit un élément essentiel du contrat.** Est-ce une exigence supplémentaire qui est ici introduite ?

Ex. Une personne achète une voiture de sport pour épater sa copine dans l'espoir de maintenir sa relation avec elle. Le jour même, elle rompt les relations. Si l'acheteur n'a pas précisé au vendeur le mobile déterminant pour l'achat de la voiture, la nullité du contrat n'est pas possible. Si l'acheteur en avait parlé, et si l'on accepte la version de l'acceptation de la théorie moderne, il pourrait y avoir application de l'art 1134 CC.

3) Les actes abstraits

Selon Van Ommerslaghe, toute obligation doit avoir une cause. Il admet cependant que peuvent exister des actes abstraits, c'ad des obligations dans lesquelles on ne tient pas compte de la cause :

- quand le législateur crée des actes abstraits (ex. lettre de change)
- en vertu de la volonté des parties (ex. garantie à première demande)

18.4.2 LA CAUSE DANS LA JURISPRUDENCE

Notre jurisprudence est causaliste.

- (1) L'obligation doit avoir une cause et celle-ci doit être exacte
- (2) La cause doit être licite

Ex. Un individu achète un fonds de commerce au curateur d'une faillite. Il apprend plus tard que le fonds de commerce est resté inoccupé pendant 8 mois (et donc qu'il n'y a plus de clientèle) et que le propriétaire de l'immeuble (nb. Fonds de commerce diff. De l'immeuble) a résilié le bail pour non paiement des loyers.

L'acheteur constate donc qu'à défaut de clientèle et de droit au bail, il n'a au fonds rien acheté. Il ne le savait pas au moment de l'achat. Il demande la nullité du contrat pour défaut de cause et a obtenu la nullité, la Cour d'Appel de Liège justifiant par « l'erreur commise par l'acquéreur sur le mobile déterminant qui était la cause de son obligation de payer ». C'est une décision causaliste.

Conclusion : **La jurisprudence emploie et annule sur le concept de cause même quand elle aurait pu s'en passer. Elle a une tendance causaliste.** (in casu, elle aurait pu annulé pour défaut d'objet).

1. CASS. , 13.11.69, RCJB, 1970

La Cour est également causaliste. Elle a exprimé sa position dans un arrêt (voy. Infra) évoqué dans le cadre de l'acte juridique unilatéral.

Une grand-mère rédige son testament : elle lègue la moitié des biens à son fils et l'autre moitié à ses deux petits fils. Elle décède. Le testament est donc ouvert. Le petit fils, choqué du déshéritement du père, renonce au testament. Il y a renonciation à un droit : c'est un engagement unilatéral (volonté à effets juridiques). Peu après, on se rend compte qu'il existe une clause dans le contrat stipulant que la part à laquelle le petit-fils avait renoncé revient non pas au père mais à l'autre petit fils.

L'affaire vient en justice. Le petit-fils plaide que la renonciation est nulle pour fausse cause (absence de cause). Il est à rappeler que la cause est le « mobile » d'un contrat déterminant.

La Cour d'Appel de Bruxelles refuse d'annuler la clause car l'exigence d'une cause exacte n'est requise par le CC que pour le contrat. La Cour de Cassation, par contre, casse l'arrêt de la Cour d'Appel. La Cour de Cassation précise pourquoi : « Sauf dans les cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause, la validité d'un acte juridique, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, est subordonnée à l'existence d'une cause.»

Il est à remarquer que dans d'autres arrêts, la Cour de Cassation adopte parfois la théorie classique, parfois la moderne : tout dépend des circonstances.

18.5 LA LICEITE

Elle trouve son fondement dans l'art 6 CC, ainsi que dans les arts 1108 et 1133 CC.

Article 1133 CC : La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

Il est à noter que les quatre première conditions sont essentielles quant à la structure du contrat et que le cinquième présente un contrat reçu dans l'ordre juridique (il peut être sanctionné par les tribunaux) mais seulement s'il est conforme aux lois d'ordre publics et aux bonnes moeurs.

18.5.1 LES BONNES MOEURS

La notion n'est pas définie dans le Code Civil. C'est une notion difficile à définir. C'est un ensemble de règles imposées par la morale sociale.

C'est une notion

- sociologique : imposée par l'ensemble des gens
- éthique : imposée par l'ensemble des honnêtes gens

C'est une notion floue : quelles sont les normes de bonnes moeurs ?

Le juge ne peut juger en fonction de son échelle de valeur mais en fonction de l'échelle de valeur de la population belge.

Auparavant, il lui était facile de déterminer les bonnes mœurs : c'était celles définies comme telles par la morale chrétienne. Depuis lors, l'ensemble des gens se réfère à différents types de morales. Le juge ne sait plus se référer à une seule morale.

C'est un concept difficile à mettre en œuvre et évolutif.

Ex. les conventions qui avaient pour objet de maintenir, de créer ou de récompenser le concubinage étaient considérées comme contraire aux bonnes mœurs et étaient donc nulles. Aujourd'hui, on n'annulerait plus ces contrats. Quid du concubinage adultère ?

Ce n'est pas un concept subversif : les bonnes mœurs ne peuvent conduire à admettre la licéité d'un comportement qui est légalement interdit.

Ex. pots de vins en politique : à supposer que la corruption soit admise par tous, que ce soit conforme aux bonnes mœurs, cela ne peut être un comportement admis tant qu'elle est légalement interdite et pénalement sanctionnée.

18.5.2 L'ORDRE PUBLIC

1. *ESSAI DE DÉFINITION*

On distingue :

- un ordre public exprès (désigné comme tel par le législateur, de plus en plus fréquent)
- un ordre public virtuel (certaines lois où l'on ne connaît pas la volonté du législateur sont d'ordre public).

Il n'y a pas de définition de l'ordre public dans le Code Civil.

Cass (8 déc. 1966) : **La loi d'ordre public est celle qui touche les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixe dans le droit privé les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société donnée.**

2. *EVOLUTION*

19^{ème} siècle

L'ordre public était moral et politique (càd ni économique ni social). 3 piliers étaient essentiels pour la collectivité : 1.- l'Etat, 2.- la famille, 3.- l'individu

Ex. étaient nulles les conventions où le père transférait l'autorité parentale à quelqu'un d'autre parce que la famille et les droits qui en résultaient sont hors commerce.

Ex. est nulle toute convention qui portait atteinte à la liberté contractuelle, de commerce, etc. d'un individu.

20^{ème} siècle

L'ordre public va s'amplifier et se diversifier. L'objectif fondamental est **le respect de la liberté du commerce** mais pour la protéger, le législateur va devoir intervenir plus souvent (ex. art 93 LPC, d'ordre public, + interdiction des conventions qui entraveraient la libre concurrence (TUE, loi sur la protection économique, voy. Supra)

L'Etat va également se préoccuper des lois d'ordre public dans un autre secteur : interventionnisme étatique pour la **réalisation d'objectifs économiques majeurs**.

Ex. lois sur la protection de l'environnement, sur l'aménagement du territoire et l'urbanisme, sur la lutte contre le chômage, sur la lutte contre l'inflation. NB. Ces lois peuvent être en contradiction avec la liberté du commerce, par ex. celles sur la protection de l'environnement.

Une nouvelle direction est donnée à l'ordre public : la protection des plus faibles. Dans l'ordre contractuel, on assiste à une protection de plus en plus importante des plus faibles : c'est **l'interventionnisme de protection**. Ex. locataires fermiers, les emprunteurs, les locataires commerciaux, et plus récemment les locataires de résidence principale, et d'une manière générale, le consommateur. Le travailleur a également été protégé. Cette dernière catégorie sont souvent des législations de compromis. Ce n'est pas l'intérêt général qui est protégé mais l'intérêt particulier (même si parfois, elle vise des catégories de personnes assez larges).

→ Toute convention contraire à ces lois d'ordre public sont nulles.

18.5.3 SANCTIONS

1. DANS LE CADRE DU CODE CIVIL (ARTS 1108, 1130, 1131 CC)

a. NULLITÉ ABSOLUE ET TOTALE (ART 1131 CC)

Article 1131 CC : L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

- ❖ Par opposition à la nullité relative, **chaque partie et tout tiers intéressé** (chacun qui y a intérêt) peut demander la nullité.
- ❖ **La nullité peut être soulevée d'office par le juge**
Ex. des personnes ont établi leur résidence principale sur des campings, ce qui est interdit (les lois sur l'aménagement du territoire sont d'ordre public). Les parties n'ont pas intérêt à soulever la nullité du contrat : le juge ou un tiers intéressé (ex. CPAS) peut demander la nullité.
- ❖ **On ne peut y renoncer valablement.**

b. ILLICÉITÉ DU MOBILE

Exemple du rez-de-chaussée loué à un souteneur.

Ce bail n'est pas nul par son objet mais nul en raison des mobiles des parties. Il n'y a nullité du contrat que si le cocontractant avait connu ce mobile illicite.

Une partie de la doctrine exige une idée de participation de la part du cocontractant (ex. demande d'un loyer plus élevé que la normale).

c. NULLITÉ PARTIELLE

Elle peut être la meilleure sanction dans certains cas. Cette sanction n'est plus générale mais est prescrite à divers endroits dans le Code Civil. Parfois, seulement une ou plusieurs clauses sont nulles. L'application de la nullité partielle peut être indiquée dans certains cas alors que ce n'est pas une sanction générale.

1^{er} stade : fondement pour asseoir la nullité partielle

La doctrine va essayer de trouver un moyen, un fondement pour asseoir la nullité partielle : les articles 900 et 1172 CC.

- art 900 CC¹² : je donne à X une maison s'il épouse ma fille. Le mariage est un pilier de la liberté fondamentale de l'individu. La disposition est contraire à l'ordre public : la clause est nulle mais la donation va subsister.
- Art 1172 CC¹³ : si une condition est assortie à une obligation contraire à l'ordre public, la convention (en entier) est nulle.

Pourquoi cette différence de régime ? Elle procède de :

- la différence entre un acte gratuit et un acte onéreux
- de la doctrine : le législateur s'est fondé sur ce qu'il croyait être l'intention des parties. En réalité, pour apprécier la nullité (soit totale soit partielle), il faut rechercher l'intention juridique. Dans chaque cas, il y a lieu de renverser la disposition légale lorsque l'intention des parties n'est pas celle présumée par le législateur.

Ex. Un contrat gratuit sous condition contraire à l'ordre public mais essentielle pour les parties doit être annulé totalement.

Ex. Un contrat à titre onéreux sous condition illicite mais accessoire dans l'intention des parties doit être annulé partiellement (tout le contrat n'en dépend pas) en dépit de l'art 1172 CC.

La doctrine se sert des arts 900 et 1172 CC pour réconcilier les deux types de nullité.

¹² Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

¹³ Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

2ème stade : application du critère de l'intention des parties à toute clause

Lorsque dans un contrat, une clause est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la clause est nulle et entraîne la nullité de tout le contrat si elle était essentielle à celui-ci dans l'intention des parties et a contrario, ...

Ex. Les clauses de célibat dans les contrats de travail entre une hôtesse de l'air et une compagnie aérienne. Cette clause est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Est-ce la nullité partielle ou totale qui est d'application ? Le juge aura tendance à dire que la clause n'était pas essentielle au contrat et que c'est donc la nullité partielle qui est d'application.

3ème stade : discussions doctrinales actuelles.

Une partie de la doctrine propose l'utilisation à titre subsidiaire du critère téléologique (c'est-à-dire qui poursuit un objectif). D'une manière générale, la théorie de la nullité est influencé par ce critère : on cherche à protéger le but que l'on veut faire produire à la sanction.

Ph. Simger propose que les parties peuvent prendre les devants (ex. cette clause est essentielle dans mon cas) et ainsi le juge perdrait de sa liberté.

Selon Simger, quelque soit l'intention des parties, le juge ne doit pas nécessairement annuler tout le contrat s'il apparaissait qu'une clause qui viole l'ordre public est mieux sanctionnée par la nullité partielle.

La nullité partielle est donc admise, à titre subsidiaire, si elle répond mieux au but de la sanction (= application du critère téléologique).

d. EFFETS DE LA NULLITÉ TOTALE*a) anéantissement du contrat*

Le contrat disparaît pour le futur comme pour le passé. Le contrat ne devra plus être exécuté mais, aussi, la nullité est rétroactive dans notre droit. Les effets doivent être effacés.

b) obligations de restitution

La nullité va donner naissance à une ou des obligations de restitutions,

- **soit en nature,**
- et si ce n'est pas possible (ex. chose livrée détruite dans le cas d'une vente, ou dans le cadre du bail, la restitution du loyer par le bailleur mais quid du locataire ?), une restitution **par équivalent** = restitution de la valeur de la prestation (ex. pour le locataire, le prix du loyer)

Les restitutions sont en effet direct de la nullité.

Ex. Celui qui a reçu une somme d'argent pour un contrat annulé a reçu un paiement indu. Dans les autres cas (où il n'est pas question de somme d'argent), il s'agit d'un enrichissement sans cause.

La jurisprudence qui applique ces deux institutions peut être critiquée : les restitutions sont un effet direct de la nullité.

Ces effets ne sont pas seulement d'application en cas d'illicéité mais ce sont les effets de la nullité générale.

c) adages

- *Nemo auditur propriam turpitudinem allegam (personne n'est écouté en justice lorsqu'il allègue sa propre turpitude)*
- *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*

Lorsqu'un contrat est annulé pour illicéité (nullité totale), il n'y avait pas de restitution en application de ces adages. Ces adages existent-ils toujours ?

Ces adages ne sont pas dans le Code Civil mais les rédacteurs du CC les connaissaient. Est-ce délibéré ? Pendant longtemps, les adages n'étaient pas appliqués parce que l'on considérait qu'ils avaient été exclus par les rédacteurs. La doctrine, menée par Me Hankin, a réétudié les adages et montré leur utilité. La Cour de Cassation a confirmé cela dans sa jurisprudence en 1966. **Ces adages font partie de notre droit tout en étant facultatifs (le juge peut souverainement décider ou non de les appliquer).**

L'application de ces adages

(A) peut raffermir le rôle de sanction de la nullité. En effet, la nullité d'un contrat contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public est une sanction. Elle doit être la plus efficace possible (pour éviter que d'autres contrats comme celui-là soient conclus). L'application des adages va raffermir cette sanction. Il est à noter que le juge peut appliquer les adages à l'une des parties et pas à l'autre. C'est un incitant à ne pas conclure et à exécuter ce type de contrats.

(B) peut servir à sanctionner la partie la plus coupable (en refusant la restitution à l'une des parties).

Ex. Un contrat d'entreprise conclu entre un maître d'œuvre et un entrepreneur. Pour être entrepreneur, il faut respecter les règles d'accès à la profession qui sont d'ordre public (cette législation vise à assurer la sécurité des immeubles, etc.) Un contrat est conclu entre un maître d'œuvre et un entrepreneur sans accès à la profession. Le maître de l'ouvrage est moins coupable car il ne sait pas pour l'accès à la profession. Le contrat sera annulé. Normalement, le maître d'œuvre restitue ce qui a été presté

(restitution par équivalent) et il ne le fera pas tandis que l'entrepreneur restituera l'argent versé.

Le rôle des adages est donc

- de permettre au juge de moduler les effets normaux de la nullité (obligations de restitution de part et d'autre). Il est à noter que le champ d'application est quand il y a illicéité.
- Si l'exécution d'un contrat illicite est demandé en justice, pour refuser l'exécution, on applique parfois les adages (le premier) mais les adages ne concernent que les obligations de restitution. Pour refuser l'exécution, il convient plutôt d'appliquer l'art 1131 CC.
- C'est une nouvelle manifestation de l'approche téléologique de par l'application des adages en droit positif dans la théorie des nullités.

2. HORS DU CODE CIVIL : DES SANCTIONS PARTICULIÈRES (EN VERTU DE LOIS POSTÉRIEURES AU CC)

a. DES SANCTIONS PARTICULIÈRES

- On prévoit souvent la nullité partielle (Ex. art 33 LPC : clause abusive annulée.)
- Ex. lois sur vente à temps, lois sur le crédit à la consommation : il y a obligation de mentions pour éclairer l'autre partie, si elles sont abusives : la loi refait le contrat (réfraction du contrat) ; par exemple, remboursement du capital et non des intérêts, etc.
- Ex. les sanctions civiles s'accompagnent, dans les lois particulières, de sanctions administratives et pénales. (ex. art 102 LPC)

b. LA NULLITÉ ABSOLUE OU RELATIVE

1. Lois d'ordre public et lois impératives

Selon le CC, c'est la nullité absolue qui est d'application. On a ensuite vu l'apparition des lois de protection. Une distinction s'est alors imposée :

Il y a les lois d'ordre public du 1er degré (intensité maximale) = **lois d'ordre public**
 Qui concernent **l'intérêt général**
 Sanction : **nullité absolue**

du 2nd degré (intensité moindre) = **lois impératives**
 Qui concernent les **intérêts particuliers** (protection)
 Sanction : **nullité relative.**

La nullité relative est invoquée que par la personne protégée. Cette nullité, la partie peut y renoncer (la partie peut confirmer le contrat) mais cette renonciation à la nullité n'est valable que si elle est faite à un moment où le vice a cessé (quand la personne n'est plus sous la dépendance économique qui justifiait sa protection). En général, si la renonciation est inscrite dans le contrat lui-même, le contrat est nul.

2. Critère de distinction

Comment savoir si telle loi d'ordre public est du premier ou du second degré.

- soit le législateur l'indique (art 12 Loi sur le bail)
- soit non et il faut, dans ce cas, rechercher si l'on protège l'intérêt général ou particulier. On peut se référer, en pareil cas, aux travaux préparatoires.

Ex. loi du 20.02.39 sur la protection des architectes

Art 4 : plan de construction doit être réalisé par l'architecte, ce dernier a également comme mission de contrôler l'exécution des travaux par l'entrepreneur.

Art 6 : prolongement de l'art 4, l'entrepreneur doit être indépendant de l'architecte.

Quid si il y a un contrat d'entreprise entre l'architecte et l'entrepreneur ? Il n'y a plus d'indépendance ? Ou encore le cas où c'est l'entrepreneur qui choisit l'architecte (ce qui est contraire à l'art 6). La nullité sera-t-elle relative ou absolue ? Le but de la loi est *d'assurer la bonne marche de la construction*, ce qui intéresse l'ordre général, c'est donc une loi d'ordre public du premier degré.

Ex. Certaines lois particulières contiennent des dispositions du premier et du second degré. Ex. la loi sur les pratiques du commerce.

Les dispositions concernant la saine concurrence entre commerçants sont des lois d'ordre public du premier degré, celles concernant la protection du consommateur sont des lois d'ordre public du second degré.

Il est à noter que les arts 31, 32, 33 LPC prescrivent la nullité relative pour toute clause qui ne respecterait pas ces articles. Le consommateur ne peut y renoncer (ce qui est contraire à la nullité relative habituelle).

3. Répercussions sur la nullité

Le problème de la sanction d'un contrat contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public suscite questions et débats.

GUELFUCCI-THIBIERGE propose que l'on ne recherche pas l'intention juridique mais que l'on se demande si la **clause est dissociable objectivement du contrat**. Si oui, on annule la clause, si non, on annule le contrat. Elle applique ceci **au quantum** (c'est-à-dire prix fixé par les parties). Si le prix de vente est au dessus du prix

maximum, c'est la nullité totale en Belgique. Selon GUELFUCCI, il faut ramener le prix au prix légal. On aboutit ainsi à une **nullité partielle de la clause !!**

Il est à noter que le législateur l'impose dans certains cas particuliers, mais on arrive dans ce cas à une réfraction du contrat.

18.5.4 APPENDICE : L'ART 1132 CC

Article 1132 CC : La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Nous sommes dans la matière de la preuve. La cause est exprimée. L'art 1132 CC vise l'écrit qui constate un engagement (instrumentum ; ≠ negotium).

Un écrit qui constate une obligation sans qu'il soit fait mention de la cause de l'obligation entraîne que le créancier pourra poursuivre l'exécution de l'engagement sans devoir faire la preuve de cette cause. Elle est présumée par l'art 1132 CC. Cette présomption peut être renversée et le débiteur pourra prouver que l'obligation a une fausse cause ou une cause illicite. L'art 1132 est là pour assurer la rapidité des conventions.

La preuve ne peut être faite dans tous les cas. L'art 1132 pourra couvrir les conventions illicites.

Ex. Je reconnais une dette de 50 000FB. Mais la cause n'est pas indiquée : cette dette provient d'une dette de jeu, ce qui est illicite. Si la cause avait été exprimée, la reconnaissance de dette aurait été annulée. Si je ne parviens pas à prouver que cela provient d'une dette de jeu, l'art 1132 CC va couvrir la convention illicite.

La Cour de Cassation est très mal à l'aise avec cet article là : l'arrêt du 17.05.91 le démontrera.

Un acte authentique constate la vente d'un immeuble pour 1000 000. Plus tard, le vendeur réclame à l'acheteur la somme de 300 000 FB en exhibant une reconnaissance de dette. Le billet n'est pas causé. Le vendeur assigne l'acheteur. L'acheteur dit que la cause est illicite. En réalité, il s'était engagé à payer 300 000 pour éviter les droits d'enregistrement. La Cour d'Appel refuse d'entendre la preuve d'illicéité de la cause (sur quelle base ?).

Un pourvoi en cassation est mené devant la Cour de Cassation. Elle répond « **Lorsque la cause mentionnée dans les conventions et que son existence ou sa licéité sont contestées, le juge du fond doit rechercher s'il existe une cause et la déterminer** ». Ce n'est pas au juge de rechercher !! C'est un débat entre les parties ! La Cour de Cassation est mal à l'aise et donne ici mission au juge de rechercher l'illicéité de la convention.

CHAPITRE II

LES EFFETS DU CONTRAT

SECTION 1.- LES PRINCIPES DE BASE

19 LE PRINCIPE DE LA CONVENTION-LOI (OU FORCE DU CONTRAT) : ART 1134, AL. 1 CC

Article 1134 CC, al 1 et 2 : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Cette loi individuelle est obligatoire. Elle s'impose au juge qui devra la faire respecter si l'une des parties ne l'exécute pas spontanément.

19.1 FONDEMENT DU PRINCIPE

- repose sur l'autonomie des volontés (voy. supra, à propos de l'art 1134 CC)
- repose sur l'exigence du respect de la parole donnée (dans l'ordre moral)
- repose sur la prise en compte de la confiance légitime du cocontractant et d'autrui (dans l'ordre social).

19.2 IMPLICATIONS DU PRINCIPE DE LA CONVENTION-LOI

19.2.1 POUR LES PARTIES

1. ENONCÉ DES IMPLICATIONS

Les parties doivent respecter et exécuter les conventions conclues, avec comme corollaire que

- 1.- l'une des parties **ne peut revenir unilatéralement** sur le contrat
- 2.- l'une des parties **ne peut mettre fin unilatéralement** au contrat
- 3.- l'une des parties **ne peut modifier unilatéralement** le contrat.

2. EXCEPTIONS DANS DES CAS PARTICULIERS

a. AU PRINCIPE QUE L'UNE DES PARTIES NE PEUT REVENIR UNILATÉRALEMENT SUR LE CONTRAT

Le législateur permet qu'on reprenne son consentement dans **certains cas limités**.

- Contrats à distance (commerce électronique, sur catalogue) : art 80 LPC et son droit de repentir pendant 7 jours ouvrables à compter du lendemain de la livraison.
- Vente en dehors du domicile du vendeur (démarchage à domicile) : l'acheteur est facilement tenté et on lui a donc accordé un droit de repentir : art 89 LPC
- art 4 § 2 Loi sur assurance terrestre : délai de 30 jours
- Crédit à la consommation

b. AU PRINCIPE QUE L'UNE DES PARTIES NE PEUT METTRE FIN UNILATÉRALEMENT AU CONTRAT

- baux : la loi permet à chacune des parties de mettre fin au bail en cours dans certains cas et avec des délais de préavis prévus par la loi (ex. même si un bail de 9 ans est conclu, le bailleur peut y mettre fin pour occupation personnelle moyennant un préavis de 6 mois).
- Art 2003 CC : le mandat (les deux parties peuvent y mettre fin à tout moment).
- Art 1794 CC : le contrat d'entreprise (droit de résiliation du maître de l'ouvrage même si les travaux ont commencé – les indemnités sont dues dans un tel cas)

Le droit de résiliation doit être prévu dans la loi. Il faut chaque fois se poser la question de savoir si il est donné à titre impératif (les parties ne peuvent y déroger) ou supplétif (un écart ou des modalités différentes sont possibles).

c. AU PRINCIPE QUE L'UNE DES PARTIES NE PEUT MODIFIER UNILATÉRALEMENT LE CONTRAT

- art 60 loi sur le crédit à la consommation : la banque peut modifier le taux d'intérêt moyennant une information par écrit.

3. EXCEPTIONS GÉNÉRALES

Il existe une exception générale à la deuxième implication : l'art 1780 CC. Dans un contrat à durée indéterminée, chacune des parties a le droit de mettre fin unilatéralement au contrat à condition toutefois de respecter le principe de l'exécution de bonne foi (ce qui impose des délais de préavis raisonnables). Cette exception est basée sur l'interprétation des contrats perpétuels. Ex. Bail est de maximum 99 ans.

Pourquoi ce principe ?

Pour respecter la liberté contractuelle. Tout citoyen est libre de contracter mais s'il s'engage pour un temps indéfini sans pouvoir se dégager, il ne pourra plus s'engager à nouveau et perd donc sa liberté contractuelle. C'est pourquoi, mettre fin à ce contrat est possible unilatéralement et sans motifs moyennant préavis.

Ainsi,

Chacune des parties	Limites
A tout moment	Exécution de bonne foi (délai raisonnable)
Sans motifs	Abus de droit.
Sans indemnités	

4. *HYPOTHÈSES COMPATIBLES AVEC LE PRINCIPE*

a. RÉVOCATION DU CONTRAT PAR CONSENTEMENT MUTUEL DES PARTIES.

(= accord par lequel les parties décident de révoquer leurs conventions.)

L'exception est annoncée par l'art 1134 al 2 CC.

Révocation signifie pour le Code Civil que les parties peuvent décider de revenir sur leurs conventions, ce qui aura un effet rétroactif et devront restituer ce qui a déjà été presté (sauf modalités différentes convenues par les parties).

1. Quid par rapport aux tiers ?

Ex. Vente d'un immeuble de B à A. L'immeuble passe dans les mains de A. La banque demande une hypothèque sur l'immeuble afin que A bénéficie d'un crédit. Selon le CC, l'hypothèque pour être valable doit avoir été accordée par le propriétaire du bien hypothéqué. In casu, tout est régulier. Le vendeur et l'acheteur décident de revenir sur la vente. Si l'on applique les effets de l'application rétroactive, A est considéré n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble et donc l'hypothèque risque de tomber. On a décidé que lorsque les parties reviennent sur leurs contrats par consentement mutuel, les effets déjà nés vis-à-vis des tiers ne seront pas effacés.

Les tiers pourront invoquer le fait que les effets du contrat en tant qu'il existe ont eu lieu (principe de l'opposabilité des conventions aux tiers, voir infra).

2. Subordination de la révocation à des conditions de forme (par le législateur)

Ex. bail commercial, bail à ferme : les parties peuvent de commun accord mettre fin au bail mais elles doivent faire cet accord par acte authentique ou par une déclaration devant le juge de paix pour protéger le locataire contre une pression du bailleur.

3. La révocation du contrat peut être faite pour l'avenir.

Hypothèse la plus courante. En cours d'exécution du contrat, les parties décident d'y mettre fin. Le législateur peut également intervenir pour imposer des conditions de forme.

b. CLAUSES CONTRACTUELLES.

Les parties peuvent insérer une clause dans le contrat qui donne à l'une d'entre elles ou à chacune d'entre elles le droit de revenir unilatéralement sur l'accord, de mettre fin au contrat pour l'avenir ou de modifier le contrat.

Elles sont compatibles avec le principe de la convention-loi. Ces clauses sont relativement fréquentes.

1. Clause de dédit : bons de commandes, etc.

Les parties peuvent reprendre leurs accords. En principe, ces clauses sont valables et les parties peuvent les modaliser. Ces clauses peuvent prévoir un laps de temps avant la mise en œuvre, des indemnités, ... Le législateur peut interdire ou réglementer certaines indemnités de dédits. Le problème est que cette indemnité peut être parfois très élevée. Tout le problème est de savoir si le juge doit condamner au paiement du montant prévu (dérogation au principe de la convention-loi) ou non.

Il faut maintenir le réflexe d'aller voir dans les lois (impératives) qui protègent le consommateur, où plusieurs clauses sont réglementées par la loi, mettant ainsi en échec le principe de la convention-loi.

- Loi sur la protection du consommateur (arts 31, 32, 33) est la loi qui déroge le plus au principe de la convention-loi.
- Loi sur les contrats avec des professions libérales.
- Loi sur le crédit à la consommation.
- Loi sur le crédit hypothécaire.
- Loi sur le contrat d'assurance terrestre.

NB. Selon l'art 32.24 LPC, la clause de dédit n'est pas interdite mais le législateur a l'air d'imposer une obligation de réciprocité.

2. Clauses de résiliation unilatérale

Clause qui permet à l'une des parties ou à chacune d'entre elles de mettre fin unilatéralement et pour l'avenir au contrat. En principe, elle est valable sauf exceptions prévues par le législateur dans des lois particulières. Les parties peuvent modaliser cette clause (ne peut s'exercer qu'avec un délai de préavis, qu'elle s'accompagnera d'indemnités, etc.). Quid si montant élevé ? Le juge est-il tenu à ce montant ou peut-il le réduire ?

Il faut faire une distinction entre les clauses de résiliation unilatérales et les clauses résolutoires expresses.

La clause résolutoire expresse est une clause en vertu de laquelle si l'une des parties n'exécute pas (fautivement) ses obligations, l'autre pourra mettre fin au contrat unilatéralement et sans passer par le juge, à titre de sanctions.).

La clause de résiliation unilatérale est étrangère à l'idée d'inexécution (« le propriétaire peut mettre fin au contrat à la fin de chaque année »).

La clause pénale est une clause qui prévoit à l'avance les dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Bien souvent, elle accompagne la clause résolutoire expresse.

Ex. En cas de non paiement du prix par l'acheteur dans le mois de la livraison, le vendeur (créancier) pourra après mise en demeure, résoudre unilatéralement le contrat (= clause résolutoire expresse). Dans ce cas, l'acheteur devra payer 20% du montant de la facture à titre de dommages et intérêts (= clause pénale).

Ex. contrat de maintenance de 5 ans entre une société d'informatique et son client. Une clause permet au client de résoudre le contrat unilatéralement à la fin de chaque année (NB. moyennant, souvent, un préavis). Dans ce cas, le client devra verser une indemnité de 5% de l'abonnement annuel.

Le juge a, en vertu de la loi, le pouvoir de réduire la clause pénale si elle est excessive. En revanche, la loi ne vise que les clauses pénales et non les clauses de débits ou d'indemnités de résiliation (qui obéissent toutes les deux à l'art 1134, principe de la convention-loi). Mais il faut éviter que les parties déguisent une clause pénale en indemnités de résiliation pour pouvoir échapper au pouvoir de réduction du juge. On y reviendra.

3. Clause qui permet à l'une des parties de modifier unilatéralement les conditions du contrat.

Clause dangereuse pour l'autre partie puisqu'elle a admis dans le contrat que son partenaire avait le droit de modifier les conditions du contrat, mais cette clause est

souvent modalisée. Cette clause est susceptible d'être interdite ou réglementée par les lois et en particulier celles qui protègent le consommateur.

Ex. art 32.2 LPC

19.2.2 POUR LE JUGE

1. ENONCÉ

Le contrat doit être respecté par le juge. Il ne peut refuser de le faire appliquer, ne peut pas le modifier, même sous prétexte d'équité. La doctrine – minoritaire – qui prône la théorie de l'utile et du juste serait plus nuancée quant à ce principe.

Le juge peut parfois être tenté d'habiller une solution équitable en droit. Ce sont des ministres d'équité mais avec des intensités diverses. Il a une propension à faire d'abord jouer l'équité.

2. EXCEPTIONS

Mais en outre, la loi donne expressément au juge le pouvoir de statuer en équité.

- art 1244, al2 CC : le terme de grâce ou termes et délais.

Art 1244, al 2 CC : <L 10-10-1967, art. 102> Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible.

Le juge peut néanmoins, nonobstant toute clause contraire, eu égard à la situation des parties, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve et en tenant compte des délais dont le débiteur a déjà usé, accorder des délais modérés pour le paiement et faire surseoir aux poursuites, même si la dette est constatée par un acte authentique, autre qu'un jugement.

L'article date de 1804, pendant à la rigidité du principe de la convention-loi. On a accordé au juge le pouvoir (règle d'ordre public) que lorsqu'un débiteur est poursuivi en payement de sa dette des délais de payement (soit mensualités, soit reporter le paiement). Le juge doit tenir compte des deux parties et des délais de paiement déjà accordés au débiteur. L'article est tout à fait général (commerce, etc.) mais est souvent appliqué en matière de bail. Le terme de grâce n'est accordé qu'à un débiteur malheureux et de bonne foi. Repris dans les arts 38 Loi sur le crédit à la consommation et art 59 Loi sur le crédit hypothécaire. Ces deux arts n'ajoutent rien de plus si ce n'est que l'art 38 permet de demander des termes et délais à titre préventif.

- art 18 loi sur les baux commerciaux

19.2.3 ANNEXE : INTERPRÉTATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

Le juge ne peut appliquer telle quelle la volonté des parties que si elle apparaît clairement. C'est le problème des règles d'interprétation du contrat. Avant d'appliquer

le contrat, s'il y a controverse entre les parties sur le sens du contrat, le juge doit d'abord trancher cette question là (si soulevée).

Les règles d'interprétation se trouvent aux arts 1156 CC et ss. (section 5. – de l'interprétation des conventions).

Art 1156 : On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

La fin de l'article fait appel à l'*instrumentum* : il faut savoir si les termes de l'écrit reflètent bien l'intention des parties. C'est la théorie de la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée.

Le juge peut chercher la volonté commune dans des éléments extrinsèques ou intrinsèques au contrat. Il part de l'*instrumentum* (de l'ensemble, telle clause ne peut-elle être éclairée ?), mais peut également aller voir dans des éléments extrinsèques, comme par exemple, aller voir dans les négociations, l'exécution du contrat donnée jusque là...

Art 1163 : Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est concue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

Art 1164 : Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement recoit de droit aux cas non exprimés.

Il y a d'autres règles qui sont basées sur des éléments plus objectifs : les arts 1157, 1158, 1160 et 1161 qui visent à pallier la difficulté de la démarche du juge lorsque l'intention commune se révèle malaisée à être bien dégagée. Ces articles sont basés sur l'idée de ce que les parties ont raisonnablement voulu.

Art 1162 : le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

C'est une règle subsidiaire. On recherche d'abord la volonté réelle, commune mais il se peut qu'après cette recherche, la clause reste ambiguë. Dans un tel cas, l'art 1162 s'applique. Il faut interpréter la clause dans un sens contraire à celui qui en bénéficie. La clause sera souvent interprétée en défaveur du créancier et en faveur du débiteur. Mais ce ne sera pas toujours le cas.

Ex. clause de non-responsabilité : le débiteur ne sera pas responsable de tel problème. La clause pourra être interprétée en défaveur de celui-ci et en faveur du créancier.

Art 1157 : Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

Cette disposition n'invite pas le juge à toujours préférer l'interprétation qui donne à la clause un sens. Le juge doit d'abord rechercher l'intention réelle des parties. S'il n'y parvient pas, il peut appliquer l'art 1157 CC.

Cet article est basé sur une présomption de rationalité des parties.

Attention : l'art 1157 CC vient de la manière dont on ne doit pas l'utiliser.

- L'art 1157 CC ne veut pas dire qu'en dépit de la volonté découverte des parties, le juge doit plutôt analyser une clause comme une clause valable plutôt que de donner un sens à la clause qui la rendrait nulle.
- L'article 1157 ne peut être utilisé pour permettre au juge de remplacer systématiquement (qu'en faire se peut) une clause nulle par la clause la plus proche qui serait valable.

Cette théorie est appliquée par certains auteurs (Rouse, certains auteurs français, etc.) ; c'est la théorie **de la conversion des actes nuls : interprétation extensive de l'art 1157** (le juge a le pouvoir de modifier la clause).

Si le juge annule une clause, parce que contraire à l'ordre public, les parties (1134, al2 CC) peuvent toujours décider de remplacer la clause annulée par une clause proche mais valable. Ce pouvoir doit-il être accordé au juge ? Non.

Michel Coipel a appliqué la théorie aux lettres de patronage (une société filiale demande un prêt à une banque. La banque demande une lettre de patronage à la société mère. Cette lettre peut n'être qu'un gentlemen agreements mais peut contenir aussi certains engagements du type : « la société mère s'engage à ne pas retirer sa participation dans la filiale ». La validité de tels actes a été discutée car il doit y avoir une libre cession des actions (NB. il existe des exceptions légales au principe). Si la clause est contraire à l'ordre public, elle sera annulée. Michel Coipel propose que le juge annule la clause et ensuite serait remplacée par une clause de ce type « la société mère s'engage en cas de vente d'action à offrir une compensation au banquier ».

NB. Il est de plus en plus fréquent qu'un contrat soit nul car les lois d'ordre public sont de plus en plus fréquentes. Le Code Civil ne prévoyait que la nullité absolue. Apparaît ensuite la nullité partielle. Certains auteurs proposent même la nullité partielle d'une clause. D'autres encore proposent la conversion des actes nuls. Tout le régime des nullités est au fond à revoir dans notre code civil.

19.2.4 REMARQUES FINALES SUR L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS

Les arts 1164 et 1156 ont souvent été interprétés comme de simples directives au juge.

Mais depuis lors, plusieurs arrêts de Cassation ont eu lieu notamment à partir de l'art 1162 CC et ont dit que ces articles ont force obligatoire pour le juge. Il est à noter que le juge a une grande latitude dans l'interprétation des contrats, ces dispositions étant très larges.

Le juge a un pouvoir souverain d'interprétation des contrats et qui échappe dans une certaine mesure au contrôle de la Cour de Cassation (c'est une appréciation en fait). Mais il doit évidemment motiver sa décision. Il ne peut également pas violer la foi due aux actes (voy. art 1319 CC¹⁴ et 1320 CC¹⁵). Il faut donc concilier ce principe de la foi due aux actes avec le principe de l'interprétation des contrats basés sur la recherche de l'intention réelle des parties. (Voy. FORIERS PA, CUP, Bail questions diverses)

¹⁴ *L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.*

Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux (...), les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. <L 10-10-1967, art. 103>

¹⁵ *L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.*

20 LE PRINCIPE DE L'EXECUTION DE BONNE FOI¹⁶

art 1134, al. 3 : [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi.

20.1 INTRODUCTION : LA FONCTION INTERPRETATIVE

Pendant très longtemps, le principe n'avait qu'une fonction interprétative, c'est-à-dire le texte visait surtout à éviter les contrats de droit strict du droit romain. Cet article répétait l'art 1156 CC¹⁷ (tout doit être exécuté de bonne foi et il faut tenir compte de l'intention des parties) et l'on se disait que c'était le strapontin du principe de la convention-loi.

Sous l'influence de la doctrine, on a reconnu à cette disposition d'autres fonctions.

20.2 FONCTION COMPLETIVE DU PRINCIPE DE L'EXECUTION DE BONNE FOI

La fonction complétive qui trouve une assise légale dans l'art 1135 CC : *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*. Les parties sont sensées se référer aux lois supplétives pour les matières non traitées, à l'usage, etc. : rien de révolutionnaire, c'est la recherche de la volonté. Cependant, pour développer la fonction complétive, les juges se sont surtout servi du terme « **équité** ». **Les juges vont, même sans chercher la volonté des parties, imposer à celles-ci des obligations additionnelles (nouvelles mais justifiées par l'équité¹⁸)**. Les parties ont un devoir réciproque de loyauté et de solidarité et de coopération l'une vis-à-vis de l'autre : c'est une sorte de moralisation du contrat par le juge.

20.2.1 OBLIGATION D'INFORMATION.

Le vendeur s'engage à délivrer tel bien à tel moment contre tel prix. Ce sont les deux obligations exprimées par les parties. Sur base de l'art 1135 CC¹⁹, le vendeur a l'obligation d'informer l'acheteur de toute utilisation dangereuse du produit (+ obligation de fournir un mode d'emploi, etc.) Cette obligation est d'autant plus intense qu'il s'agit d'une vente entre un professionnel et un profane.

¹⁶ Voy. Chronique des Obligations, JT, 96, n°33 à 46.

¹⁷ *Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.*

¹⁸ Ils dépassent le sens du texte. Ce ne sont plus des « suites » mais des obligations nouvelles.

¹⁹ *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.*

Si vente d'un parc informatique, le vendeur s'est-il engagé à former le personnel en plus de fournir toutes les explications possibles ? Ici, c'est plus tangent.

L'art 30 LPC consacre cette obligation d'information.

20.2.2 OBLIGATION DE SÉCURITÉ ENVERS LE COCONTRACTANT DANS UNE SÉRIE DE CONTRATS.

Dans la plupart des contrats où le contrat s'exécute dans les locaux du premier contractant (ex. professions libérales = médecin, dentiste, etc.), celui-ci a une obligation de sécurité envers son cocontractant.

Idem pour jeux forains, dans l'Horeca, etc.

20.2.3 OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE

Je vends un fonds de commerce. Je vends la clientèle attachée au magasin. Le vendeur du fonds de commerce ne peut pas s'installer dans le quartier avec un autre fonds de commerce, même si ce n'est pas inscrit dans le contrat. C'est une obligation implicite déduite de l'art 1135 CC.

20.2.4 OBLIGATION DE NE PAS ALOURDIR LES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT ET MÊME DE COOPÉRER À L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Je fais venir un entrepreneur pour effectuer des réparations. J'ai l'obligation de vider les endroits où il doit réparer. S'il perd la première journée à cause de cela, il peut demander des dommages et intérêts sur base de cette obligation (dont la base est l'art 1135 CC).

20.2.5 OBLIGATION POUR LE CRÉANCIER EN CAS D'INEXÉCUTION DU DÉBITEUR DE PRENDRE DES MESURES RAISONNABLES POUR DIMINUER LE DOMMAGE DONT CELUI-CI LUI DEVRA RÉPARATION.

Ex . Contrat de vente. L'acheteur doit venir enlever le bien au domicile du vendeur. Il ne vient pas. Le bien vendu se détériore. Le vendeur devait la vendre et cette somme aurait été prise en déduction de ce que lui devait l'acheteur.

Cette obligation (dans la loi marchande internationale, appliquée par les arbitres dans le commerce international) n'est pas encore consacrée par la Cour de Cassation mais son influence dans le droit interne est présente.

→ A partir de ce deuxième stade, on fait jouer à la bonne foi un rôle normatif. Le principe de bonne foi devient une norme de comportement imposé aux parties.

20.3 FONCTION MODERATRICE DE LA BONNE FOI : LA THEORIE DE L'ABUS DE DROIT

On va développer l'idée que dans l'exercice des droits contractuels, la bonne foi impose aux parties un devoir de modération. Une partie a un droit qu'elle tire du contrat et peut donc l'exercer mais sans en abuser !

Le juge peut, dans certaines circonstances, d'empêcher une partie de faire pleinement valoir ses droits contractuels lorsque l'exercice que veut en faire la partie ne correspond pas à un exercice normal et équitable en raison des circonstances de fait dans lesquelles on se trouve, malgré l'article 1134 et le principe de la convention-loi.

En matière contractuelle, les juges n'ont admis que lentement la théorie de l'abus de droit (celle qui empêche le créancier d'exercer pleinement ses droits) alors qu'elle était déjà admise ailleurs et notamment en matière du droit de propriété. La Cour de Cassation, dans un arrêt de 1983, et dans un arrêt de 1990, a considéré que l'abus de droit en matière contractuelle était basée sur le principe de l'exécution de bonne foi (art 1134, al. 3 CC).

20.3.1 CRITÈRES DE L'ABUS DE DROIT

La Cour de Cassation a donné une définition générique en matière délictuelle mais a repris exactement la même en matière contractuelle également. Pour la Cour de Cassation, « **l'abus de droit peut résulter de l'exercice d'un droit qui dépasse (manifestement les limites de) l'exercice normal de ce droit par une personne diligente et prudente.** »

On voit apparaître la conception de la « marginale tootsijn » (contrôle marginal).

Il y aura abus de droit (évolution)

- Lorsque l'une des parties exerce son droit dans le but de nuire à son cocontractant.
- Lorsque l'on exerce son droit sans intérêt ou motif légitime pour soi-même alors que cela cause un dommage à son cocontractant
- Lorsque entre deux voies possibles d'exercer son droit et qui offrent le même intérêt pour le titulaire, celui-ci choisit la plus dommageable pour autrui.
- Lorsque une personne exerce son droit en causant un dommage à autrui qui est sans proportion avec l'intérêt que l'on retire soi-même de l'exercice de son droit. (critère de proportionnalité). Ce critère a été consacré à l'une ou l'autre reprise par la Cour de Cassation
- Lorsqu'il s'agit d'un droit-fonction, il y a abus de droit lorsque l'on exerce le droit en le détournant de sa finalité.

Ex. Un locataire quitte les lieux après un an. Il commet une faute (sauf si permis par la loi). Il a un motif légitime : il quitte Liège pour Anvers parce qu'il a trouvé un emploi. En général ce qui se passe, c'est que le locataire présente une autre personne dont il se porte garant (> loi). Le bailleur refuse et va en justice. Il demande l'exécution en nature du contrat. Le bailleur demande l'exécution en nature (paiement du loyer). Dans de pareils cas, le juge pourrait répondre par la négative parce que le bailleur abuse de son droit car il cause un préjudice considérable au locataire mais qui est sans proportion (ou dépasse manifestement) avec l'intérêt que le créancier retire de son droit.

La Cour de Cassation a dit qu'il pouvait y avoir abus de droit dans le chef du droit du bailleur. Même dans le cas de l'art 1184 CC, le créancier peut commettre un abus de droit.

20.3.2 SANCTIONS DE L'ABUS DE DROIT EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

1. Selon la Cour de Cassation (Cass. 11.06.1992), dans un arrêt de 1992 mais dans lequel elle reprend une formule utilisée en 82, « **la sanction de l'abus de droit n'est pas la déchéance de ce droit mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal, ou la réparation du dommage que l'abus a causé** ».

2. Les auteurs ne sont guère prolixes quant à la portée de cette règle. En effet, on peut se demander

- comment définir l'usage normal d'un droit (mission du juge dans chaque cas d'espèce)
- comment opérer une réduction du droit à son usage normal (il existe des hypothèses où cela serait impossible.
 - ex. réduction du droit pour une clause pénale excessive, par laquelle les parties fixent à l'avance les dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution, et que dans les circonstances de l'espèce, le juge constate que le vendeur abuse de son droit. Le juge décide de réduire le taux de 20% à 10%, par exemple). NB. Il existe aujourd'hui une base légale pour justifier de cette réduction.
 - Ex. voy. le locataire qui a quitté les lieux parce qu'il a trouvé un emploi ailleurs. Le bailleur fait un abus de droit ? Comment opérer la réduction ? On ne sait pas réduire en nature le droit dont on abuse.

→ Dans de nombreux cas, la sanction la plus adéquate sera de refuser l'exercice du droit au titulaire.

3. Mais, dans ces cas-là, ne prononce-t-on pas la déchéance du droit alors que la Cour de Cassation la proscrit ?

Ce qui est certain, c'est que le juge ne pourrait pas réduire l'exécution du droit pour l'avenir. La réduction du droit peut en effet avoir des effets pour l'avenir et ceci semble être interdit par la Cour de Cassation.

Ex. Cass. 11.06.92 Révision d'une pension alimentaire réduit sur base de l'abus de droit. Cet arrêt a été cassé par la Cour de Cassation parce que ce faisant, le juge prononce la déchéance du droit de la demanderesse à la pension à concurrence de telle somme (ex. baisse de 18000 à 6000 ; reproche car vaut pour l'avenir : il n'y a pas de terme). **La Cour de Cassation rejetait en fait la fonction modificatrice de l'abus de droit (modification des termes d'un contrat qui continue à courir).**

→ Un juge doit être prudent dans sa motivation car il doit veiller à ce que cela n'entraîne pas de modification du contrat pour l'avenir.

4.- Madame Moreau-Margrève souligne que certains arrêts de la Cour de Cassation admettent que le juge refuse à titre de sanction l'application d'une clause contractuelle. Il ressort de ces arrêts que la réduction du droit permise puisse conduire au refus d'application d'une clause contractuelle.

20.3.3 CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

1. RAPPORT ENTRE LA FONCTION MODÉRATRICE DE LA BONNE FOI ET L'ABUS DE DROIT.

Le juge pourrait-il dire qu'en vertu du principe modérateur de la bonne foi dans un cas sans justifier à la fois d'un abus de droit ? Il semble que non à l'heure actuelle. **La Cour de Cassation semble lier la fonction modératrice de la bonne foi et l'abus de droit.** (voy. Cass. 30.01.92).

2. EXIGENCE DE MOTIVATION

Après avoir consacré les trois principes de la bonne foi, la Cour de Cassation s'est bien rendue compte du danger qui pouvait apparaître et a donc voulu mettre des garde-fous afin de sauvegarder, dans une certaine mesure, le principe de la convention-loi. Elle exige, ainsi, que **les juges motivent in concreto par les circonstances propres à la cause l'abus de droit qu'il retient** (voy. Cass. 21.02.92) et donc reprendre l'un des sous-critères donnés par la Cour de Cassation. En outre, il doit motiver en fait (comp.avec l'exemple du locataire qui part à Anvers).

3. LA FAUTE CONTRACTUELLE DU DÉBITEUR NE L'EMPÊCHE PAS D'INVOQUER UN ABUS DE DROIT

La faute contractuelle du débiteur ne l'empêche pas d'invoquer un abus de droit de la part du créancier. Le débiteur qui a rompu son bail et qui invoque l'abus de droit a commis un manquement contractuel vu qu'il a rompu son bail sans se prévaloir d'une force majeure.

20.4 FONCTION MODIFICATRICE DU PRINCIPE D'EXECUTION DE BONNE FOI : REJET

Cette fonction est préconisée par certains auteurs et notamment pour servir de base à la théorie de l'imprévision. Cette fonction modificatrice du contrat est rejetée par la Cour de Cassation (voy. supra). Cette fonction permettrait au juge de modifier ou d'adapter le contenu d'un contrat par application du principe de l'exécution de bonne foi. Cela a été rejeté par certains arrêts de la Cour de Cassation : voy. Cass. 07.02.94 et 21.01.99. Si cette fonction devait être admise, le principe de l'exécution de bonne foi se trouverait hissé en contre-principe de celui de la convention-loi.

Ex. Une pension alimentaire avait été décodée après un divorce par consentement mutuel. Le mari devait payer une somme de 10000 FB à sa femme jusqu'à sa pension. Il n'y avait pas de clause d'adaptation. Les pensions sont soumises à la théorie générale des obligations. Le mari débiteur, pour des raisons imprévisibles, est dans de grandes difficultés financières. La créancière l'assigne et fait valoir son droit contractuelle. Le juge modifie la pension pour des raisons d'équité (de 9000 à 5000 FB). La Cour de Cassation casse l'arrêt car elle repousse les théories de l'imprévision et du principe modificateur de la bonne foi « sauf si le juge avait constaté l'abus de droit » (elle réserve donc la possibilité qu'on puisse utiliser cette fonction modificatrice dans le cas d'un abus de droit).

21 PROBLÉMATIQUE DANS LE SILLAGE DE CES DEUX PRINCIPES

21.1 LES OBLIGATIONS LIBELLEES EN ARGENT

21.1.1 ENONCE DU PROBLEME : LA DEVALUATION MONETAIRE

Lorsque l'obligation du débiteur porte sur une somme d'argent, doit-il le nombre de francs fixés dans le contrat ou le nombre de francs qui représentent au jour du paiement la même valeur que la somme fixée à la conclusion du contrat ?

Le problème porte sur la dévaluation monétaire. Ce problème se pose pour les contrats à longue échéance ou ceux à moyens termes.

21.1.2 LE PRINCIPE DU NOMINALISME MONETAIRE (ART 1895 CC)

On applique le principe du nominalisme monétaire (art 1895 CC), prévue par le législateur pour la matière du prêt. C'est le principe du $1F=1F$, de la somme numérique inscrite au contrat. Si la valeur de la monnaie augmente ou est multipliée, ce serait également le cas.

CHAMP D'APPLICATION

Cette règle a été étendue à toutes les obligations libellées en argent au moment de la conclusion du contrat. Cette règle est supplétive et les parties peuvent l'écarter. Cette règle est favorable au débiteur.

En outre, le législateur pourrait y apporter des exceptions. Il le fait quand il impose que les prix soient indexés (ex. salaires).

21.1.3 LES CLAUSES DE VALORISME CONTRACTUEL.

Ces clauses sont des clauses qui adaptent le montant de l'obligation en argent.

1. *LES CLAUSES DE VALORISME DE TYPE MONETAIRE*

- **Il y a des clauses de type monétaire** (clauses valeur Or, Ag). Ex. Le débiteur devra au jour du paiement une somme qui vaudra un lingot d'or. On rattache la valeur du franc belge à la valeur Or.
- Il y a les **clauses valeurs monnaies étrangères** : on rattache la valeur du franc belge à une monnaie plus stable (ex. avant le DM, aujourd'hui plus d'intérêt car zone Euro ; aujourd'hui, c'est le \$).

2. *LES CLAUSES D'ECHELLE MOBILE*

- **Les clauses d'échelle mobile** : ces clauses ne sont pas de type monétaire car elles relient le prix fixé en franc belge à la valeur d'une marchandise (ex. pétrole : on rattache la somme due à la valeur du pétrole telle qu'il l'atteindra au moment du paiement).
- **Les clauses d'indexation** : clause qui rattache le prix fixé à un indice. C'est souvent l'indice des prix à la consommation (établi par le gouvernement) mais il y a l'indice ABEX (indice des prix à la construction). Pour le moment, elles sont favorables au créancier. Le législateur peut intervenir et bloquer momentanément les clauses d'indexation (il l'a fait il y a une vingtaine d'années) s'il y a inflation. (NB. Il y a un maximum imposé²⁰ pour les indices au bail et à des dates précises)

²⁰ Clause d'indexation fixée par le rapport entre Loyer de base x nouvel index / indice de départ.

21.2 THEORIE DE L'IMPREVISION OU BOULEVERSEMENT DE L'ECONOMIE CONTRACTUELLE

21.2.1 ENONCÉ DU PROBLÈME

Que se passe-t-il s'il se produit des éléments imprévisibles au moment de la conclusion du contrat qui ne sont pas dus à une faute d'une partie contractante mais qui rendent l'exécution des obligations contractées beaucoup plus difficile ou beaucoup plus onéreuse ?

21.2.2 ILLUSTRATION PRÉALABLE

En 1567, Monsieur de Craponne s'est engagé à construire et à entretenir un canal de manière perpétuelle et en échange, les propriétaires des parcelles s'engagent à lui verser une somme fixe, une redevance.

Pendant 200 ans, Monsieur et ses héritiers entretiennent le canal. Mais les héritiers disent que le canal est beaucoup plus cher à entretenir et demandent à réévaluer la redevance due par les propriétaires.

La Cour de Cassation casse la décision du juge du fond (qui avait accepté la réévaluation) pour violation du principe de la convention-loi.

Cet exemple prouve qu'il faut accepter la théorie de l'imprévision. Mais dans l'exemple, fallait-il vraiment accepter la théorie, ou y avait-il une autre solution ? Monsieur Craponne s'était engagé perpétuellement. Or l'engagement perpétuel est contraire à l'ordre public, contraire aux piliers de notre société (état, individu et famille). La liberté contractuelle de l'individu est donc sacrée et dans le cas des engagements perpétuels, elle n'existe plus.

21.2.3 LA THEORIE DE L'IMPREVISION

1. *CAS DU BREVET DÉPASSÉ*

Un ingénieur conçoit une nouvelle machine, qu'il fait breveter. Il concède une licence de brevet à une société qui va exploiter l'invention commercialement, moyennant paiement à l'ingénieur d'une somme fixe, payable annuellement.

Or, peu après, une autre personne invente une machine analogue mais plus performante et à un coup de production inférieur. Le premier contrat est maintenant déséquilibré. La société va-t-elle devoir encore payer la redevance due au contrat alors qu'elle aura de grandes difficultés à distribuer la première machine ? Doit-on permettre à la société commerciale de se retirer du contrat, soit de le faire réviser parce que l'exécution en est devenue plus onéreuse pour elle, en raison de circonstances imprévisibles.

2. *EVOLUTION DES PRIX DES PRODUITS SUR LA MARCHÉ*

Un fournisseur s'est engagé à approvisionner une entreprise en pétrole pour une durée de 5 ans et pour un prix fixe. Au moment de la conclusion du contrat, le prix est fixé en tenant compte de ce que le livreur fournit. En 73, cependant, les pays de l'OPEP se sont réunis pour augmenter le prix (5x plus). Le livreur devait payer 5 x plus cher pour la même redevance du fournisseur.

La circonstance imprévisible rendait l'exécution du contrat plus onéreuse pour l'une des parties.

3. *FONDEMENT, CONDITIONS ET EFFETS*

Dans l'entre-deux-guerres, des cas ont attiré l'attention de la doctrine. Ils ont créé la théorie de l'imprévision : **il faut qu'il y ait des événements imprévisibles qui surviennent après la conclusion du contrat. La survenance de l'événement ne doit pas être imputable au débiteur et l'exécution doit être devenue beaucoup plus difficile pour le débiteur.**

Elles assoient la théorie sur une clause « res sic standibus ». Elles concluent sur base de l'environnement du contrat au moment de la conclusion. Si cet environnement vient à changer après la conclusion, il est conforme à leurs volontés tacites soit de dissoudre le contrat soit de le réviser.

4. *REACTION DE LA JURISPRUDENCE*

La Cour de Cassation condamne la théorie de l'imprévision en l'absence d'un texte légal exprès.

Le législateur a cependant consacré ce concept en matière de bail (de résidence principale et commercial, baux de longue durée et dans lequel, le législateur permet à chacune des parties de faire réviser le loyer par le juge tous les 3 ans, lorsque des événements imprévisibles augmentent ou diminuent la valeur locative par rapport au départ).

Les parties peuvent également inscrire dans le contrat qu'elles contractent en fonction de tels événements etc. et donc montrer qu'elles s'engagent de manière expresse sur la clause « res sic standibus ».

Juridiquement, la base de la Cour de Cassation pour condamner la théorie de l'imprévision est

- le principe de la convention-loi
- mais également sur le fait qu'elles crée une volonté tacites des parties
- et que c'est dangereux pour la sécurité juridique.

21.2.4 LA THÉORIE DU BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE CONTRACTUELLE

1. FONDAMENT

Denis Philippe y a consacré sa thèse et a proposé la théorie du bouleversement de l'économie contractuelle, vision moderne de la théorie de l'imprévision. Le fondement proposé va changer car depuis l'entre-deux-guerres, le principe de l'exécution de bonne foi a fait son chemin et va fonder sa théorie sur celle-ci. Il invite à ce que l'on reconnaisse au principe d'exécution de bonne foi une quatrième fonction, à savoir une fonction modificatrice du contrat.

Au départ, lorsque les parties contractent, elles établissent un certain équilibre entre elles et le contrat repose sur une certaine autonomie contractuelle. Si cette équilibre est bouleversé par un événement non imputable aux parties, il y a lieu d'intervenir.

2. CONDITIONS

- **L'événement ne doit pas nécessairement être imprévisible** : la théorie du bouleversement pourrait être invoquée à l'occasion de la survenance d'un événement pourtant prévisible au départ si la **partie qui en est victime était économiquement faible** au moment de la conclusion du contrat.
L'événement doit être imprévisible au moment de la conclusion parce que si les parties pouvaient raisonnablement prévoir ce qui allait arriver, il fallait qu'elles modalisent le contrat !
- **L'événement doit être dénué de faute mais il ne doit pas être nécessairement extérieur aux parties** : par exemple, le débiteur pourrait faire appel à la théorie du bouleversement si c'est en raison d'une maladie que le contrat devient beaucoup plus difficile à exécuter pour lui.
- **L'événement doit bouleverser l'économie contractuelle**, c'est-à-dire rendre le contrat beaucoup plus difficile ou beaucoup plus onéreux. NB. C'est sur les contrats de longue période, que la théorie va surtout être invoquée. Tout contrat suppose une part de risque mais il ne faut pas que ce risque devienne démesuré. Rem : l'exécution doit devenir beaucoup plus difficile ou beaucoup plus onéreux mais pas impossible : si l'exécution devient impossible à la suite d'événement imprévisibles non imputables à faute, nous entrons dans la théorie et un autre concept, celui de la force majeure (voy. infra).

3. EFFETS

Les auteurs qui ont prôné la théorie de l'imprévision n'ont guère été prolixes quant aux effets. Denis Philippe, lui, va proposer la **révision du contrat**.

La théorie conduit

- soit à une dissolution du contrat (quand il n'y a plus d'intérêt)
- soit il faut reconnaître au juge un pouvoir d'intervention dans le contrat pour le réviser. Une certaine révision a été admise au fil du temps (voy. dol incident, culpa in contrahendo, théorie admise et développée par la jurisprudence, basée sur 1382 CC qui conduit à la réparation la plus adéquate du dommage causé, en ce compris le rééquilibrage du contrat, infra).

4. RÉACTION DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

- Cassation : Arrêt du 14 avril 1994 (voy. fonction modificatrice de la bonne foi)

Le mari s'engage à payer à son épouse, jusqu'à l'âge de 65 ans, une pension alimentaire de 9000 francs par moi. Les revenus du mari diminuent. C'est un événement imprévisible. Ce n'est pas impossible à exécuter mais cela devient beaucoup plus difficile pour lui à exécuter le contrat. Il demande donc au juge du fond de réduire la pension, ce que le juge fait (sur base de l'équité et sur base des conditions de la théorie de l'imprévision).

La décision du juge du fond va être cassée. La Cour de Cassation dit « que le juge ne peut modifier le contenu d'une convention pour des raisons d'équité. Que la règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que, si des circonstances nouvelles et imprévisibles par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander pas le paiement de sa créance ». Lorsqu'il y a des événements imprévisibles, le principe de l'exécution de bonne foi ne peut empêcher le créancier de demander le paiement de sa créance.

Elle rejette, dans le même arrêt, la fonction modificatrice de la bonne et la théorie de l'imprévision. On ne peut se servir de la base du principe de l'exécution de bonne foi pour asseoir la théorie de l'imprévision, sauf si le juge avait constaté un abus de droit (réserve théorique).

Dans l'exemple, le mari aurait du prévoir une clause de révision.

- Juridictions du fond

Un courant résiste à la Cour de Cassation et qui acceptent donc les effets de la théorie de l'imprévision mais souvent sous le couvert d'autres concepts (force majeure là où il n'y en a pas...). En effet, il ne faut pas heurter de front la Cour de Cassation.

Une autre partie suit la Cour de Cassation.

Voy. Liège, 25.06.95, JLMB, 96, p.100 et note. (refus de la théorie de l'imprévision).

21.2.5 RÉFLEXIONS SUR L'IMPRÉVISION

1. LA FORCE MAJEURE

Les concepts de l'imprévision et de la force majeure sont différents. Il y a une certaine tentation des juges d'admettre l'imprévision sous le couvert de la force majeure, c'est-à-dire que dans certains cas limites (c'est une appréciation de fait du juge du fond), ils vont déclarer que l'exécution est devenue impossible pour pouvoir appliquer la force majeure.

2. LA CONDITION RÉSOLUTOIRE TACITE.

Pour pouvoir appliquer la théorie de l'imprévision, le juge du fond interprétant le contrat conclut parfois à l'existence d'une condition résolutoire tacite et déclare que les parties ont implicitement prévu que si tel événement survenait, le contrat prendrait fin.

NB. Rien n'empêche les parties d'insérer une condition résolutoire expresse, voy. infra. Par exemple, dans les conventions par consentement mutuel, le mari aurait pu indiquer que s'il venait à perdre son emploi pour une raison ou pour une autre, le paiement de la pension prendra fin.

3. CLAUSES D'IMPRÉVISION DE « HARDSHIP »

(12.11.01) Cette matière n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc insérer des clauses d'imprévision ou de « hardship » par lesquelles elles insèrent dans le contrat la théorie de l'imprévision. Ces clauses sont fréquentes dans les contrats internationaux. Cependant, ces clauses ne sont pas toujours bien écrites.

La difficulté est donc de savoir quels sont les effets que les parties ont voulu donner à la clause ? Les effets donnés par les parties ne sont pas toujours clairs. Souvent on prévoit une négociation après. Après un essai de renégociation, les parties peuvent prévoir qu'elles ont le droit d'y mettre fin. Les parties peuvent aussi désigner un tiers arbitre : ainsi les parties se lient à l'avance à un tiers qui donnera les effets du contrat. Le principe de la convention-loi est sauvegardé vu qu'il s'agit d'une clause du contrat.

SECTION 2.- L'EXECUTION DES OBLIGATIONS

22 LES OBLIGATIONS EN GENERAL - LES OBLIGATIONS DE RESULTATS ET DE MOYENS

22.1 INTRODUCTION

- les obligations assumées expressément
- les obligations insufflées dans le contrat par le biais de l'art 1135 CC²¹.

En recherchant le contenu du contrat, c'est-à-dire les obligations qui doivent être exécutées, il faut se demander quelle est l'intensité des obligations assumées :

- le débiteur s'est-il engagé à aboutir à un résultat ?
- ou s'est-il engagé à se comporter comme un bon père de famille mais sans promettre un résultat ?

C'est la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultats.

Cette distinction avait déjà été introduite dans la doctrine et on en trouve des traces dans les arts 1137²² et 1147 CC²³.

Ex. Je conduis ma voiture chez le garagiste. L'obligation expresse est celle de réparer et de restituer (après réparation) la voiture. On considère que la restitution est une obligation de résultat (même si c'est implicite, comme pour la livraison en cas de vente). L'obligation de réparer un problème courant est interprété comme une obligation de résultat.

Ex. L'obligation du médecin quant au traitement, etc. est une obligation de moyens (NB. Le médecin s'engage contractuellement à nous soigner et nous à payer les honoraires mais l'obligation principale est tacite). Le médecin s'engage à mettre tous les moyens d'un médecin diligent et prudent pour résoudre le problème.

²¹ Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

²² L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

²³ Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

22.2 DETERMINER LES OBLIGATION DE MOYENS ET CELLES DE RESULTATS

- cela dépend de **l'intention des parties** (ex. dans les contrats internationaux, les débiteurs feront leur « best efforts » pour exécuter son obligation). Dans la plupart du temps, les parties n'y pensent cependant pas (ex. du garagiste, du médecin, etc.)
- cela dépend du **législateur** : dans certaines lois (lois sur le contrat de transports de personnes – art 4 : le transporteur est responsable de la sécurité des transportés sauf s'il démontre un cas de force majeure ; art 1732 CC : le locataire doit restituer la chose louée à la fin du bail dans l'état où il l'a reçu. S'il y a des dégâts en cours de bail, l'obligation de restituer la chose dans l'état où il l'a reçu est une obligation de résultats.), le législateur a déterminé lui-même les obligations de résultats et de moyens.
- Selon **l'intention tacite des parties par application du critère de l'aléa**. Si l'exécution de l'obligation dépend essentiellement du débiteur, l'obligation est de résultat. Si l'exécution de l'obligation dépend de nombreux aléas, en même tant que la diligence du débiteur, c'est une obligation du moyen (ex. médecin ; on va se plaindre d'un ulcère, on appliquera le critère de l'aléa – limites de la médecine, etc.). Il faut vérifier si l'exécution dépend essentiellement du débiteur et non exclusivement !

23 LES OBLIGATIONS DE DARE

Si l'obligation assumée est une obligation de *dare*, il y a des règles spéciales du Code Civil à appliquer. Ces obligations peuvent avoir pour objet

- **de transférer la propriété (ou titularité) d'un droit réel** (droit de propriété → vente, échange, donation ; droit d'usufruit → cession d'usufruit ; droit d'emphytéose, ; droit d'usage et d'habitation ; droit de superficie)
- **de transférer la propriété d'un droit de créance** → convention de cession de créance.
- **de constituer un droit réel.**
 - Ex. Je suis propriétaire d'un terrain avec immeuble et je concède un usufruit à ma sœur. Je deviens nu-propriétaire, elle devient usufruitière. Le contrat a pour objet une obligation de dare.
 - Ex. constitution d'un bail emphytéotique.

23.1 PRINCIPE : L'ART 1138, AL 1 CC

Article 1138, al 1 CC. L'obligation de livrer la chose²⁴ est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

L'obligation de dare porte sur un droit, sur un objet abstrait. La question s'est posée de savoir comment exécuter l'obligation de dare et à quel moment, cette obligation sera-t-elle exécutée ? Dans notre droit, c'est **par l'échange des consentements : l'article 1138, al 1. s'applique**. Le Code Napoléon a apporté une réponse tout à fait originale. L'article 1138 est repris dans l'article 1583²⁵ mais de manière beaucoup plus claire.

Ex. Nous signons un papier : « Monsieur X vend à Monsieur Y un immeuble à telle adresse. ». Dès la signature (sauf obstacles), l'immeuble passe du patrimoine de X à celui d'Y. Les risques sont donc pour l'acheteur.

Il y a des exceptions. Cela ne vaut que pour les droits réels qui portent sur une chose existante et individualisée (identifiée) au moment de la conclusion du contrat.

23.2 OBSTACLES MATÉRIELS AU PRINCIPE

Ces obstacles matériels tiennent au fait que le droit matériel porte sur une chose et que cela ne peut se concevoir que sur une chose existante et individualisée.

23.2.1 CHOSE FUTURE

La règle de l'article 1138, al 1. ne s'applique pas lorsque la vente porte sur une chose future : ex. le fermier vend la récolte de l'année prochaine au prix du marché au moment où la vente se fera, le vendeur est-il déjà lié ? La vente existe ; le vendeur ne pourrait donc pas vendre sa récolte à quelqu'un d'autre. Mais le premier effet du contrat de vente n'aura lieu que lorsque la chose existera. Mais il se fera à ce moment là automatiquement (sauf volonté contraire des parties).

23.2.2 CHOSE DE GENRE

La règle de l'article 1138, al 1. ne s'applique pas lorsque la vente porte sur une chose de genre (« genus » ≠ « species ») : *je commande une voiture, je signe un bon de commande mais soit la voiture n'existe pas encore ou elle existe déjà mais est toujours chez le fabricant*. On n'en deviendra propriétaire qu'au moment où la voiture sera individualisée, le transfert se faisant automatiquement au moment de l'individualisation (sauf volonté contraire des parties), parfois même à l'insu de l'acheteur. Il en supportera les risques. Ex. *J'achète une grande quantité de vin chez*

²⁴ = Obligation de transférer le droit sur la chose, obligation de dare

²⁵ [La vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

un propriétaire récoltant. Le contrat est signé. Le vin est toujours en tonneau. Au moment, où le contrat est conclu, il porte sur une chose de genre. Comment se fera la spécification ? L'individualisation se fera au moment de la livraison. Dans un grand nombre de cas, l'individualisation peut se faire avant la livraison, de façon unilatérale par le vendeur, parfois même à l'insu de l'acheteur. On s'est demandé si l'individualisation, vu ses effets importants, ne devait pas être contradictoire (en présence du vendeur et l'acheteur). On considère généralement non parce que le Code Civil n'en parle pas SAUF si les parties décident le contraire.

23.3 OBSTACLES JURIDIQUES

23.3.1 L'ARTICLE 1182 CC

Article 1182 CC. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périée sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

L'article est considéré par le législateur comme une dérogation à l'art 1138 CC.

Ex. Vente d'un immeuble conclu sous condition suspensive de l'octroi d'un prêt par une banque à l'acheteur dans les deux mois. A la suite d'un séisme, la maison périt par cas fortuit. Le prêt est octroyé le lendemain du sinistre. La condition s'est réalisée et de manière rétroactive. L'acheteur est censé être devenu propriétaire dès la conclusion du contrat, et devrait donc, in casu, supporter les risques.

→ **Si la chose a entièrement péri entre le moment de la conclusion du contrat et le moment où la condition suspensive est réalisée, le contrat est censé n'avoir jamais existé (voy. al 2).** L'article est donc une dérogation au principe de l'art 1138 CC.

23.3.2 LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ

1. VALIDITÉ DU PRINCIPE

La règle de l'art 1138 n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc par une clause retarder le transfert de propriété (librement en principe) même lorsque la vente porte sur une species. Ces clauses sont valables entre parties.

Ex. Les parties disent que le transfert de propriété se fait au moment où l'acte authentique est signé >< 1588 CC.

Certains ont dit que dans les ventes commerciales, il y aurait un usage qui voudrait que le transfert de propriété se fait à la livraison. L'existence de cet usage reste à prouver. **Mais il est vrai que les ventes portent souvent sur des choses futures ou non encore individualisées, et donc échappent à l'art 1138 CC, et qu'on considère qu'il y a transfert de propriété au moment de la livraison.** Certains font sans doute un raccourci.

2. INTERDICTION OU REGLEMENTATION DE LA CLAUSE

Ex. **Loi Brème** protège les particuliers qui font construire leurs immeubles ou qui achètent sur plan. Cette loi déroge à la théorie générale des obligations sur certains points : l'acheteur devient propriétaire des constructions qui s'élèvent au fur et à mesure de leur incorporation au sol : celui qui fait construire devient propriétaire des constructions au fur et à mesure qu'elles s'élèvent. C'est la règle de l'accession. **Ce que la loi interdit est une clause de réserve de propriété : le client devient propriétaire des bâtiments au plus tôt.**

Ex. **La loi sur le crédit à la consommation** dans les ventes à tempéraments (vente à crédit, le prix étant payé en plusieurs mensualités). Une clause de réserve de propriété est souvent introduite : la propriété de la chose vendue ne sera transférée à l'acheteur qu'au paiement de la dernière mensualité (alors que la chose aura déjà été livrée). Le vendeur peut ainsi reprendre le bien si le consommateur est insolvable, par exemple. Il est à noter que le consommateur ne peut revendre le bien livré, ce qui est susceptible de sanctions pénales. Pour le protéger, la Loi sur la protection des consommateurs prévoit que la clause doit contenir en toute lettres l'article 491 CP (délit d'abus de confiance). De même, si des problèmes surgissent, le vendeur ne peut faire exercer la clause de réserve de propriété si l'acheteur a payé 40% du prix au comptant, le vendeur ne pourra pas exercer son droit de propriété, à moins d'une décision de justice.

3. OPPOSABILITÉ DE CETTE CLAUSE AUX TIERS EN CAS DE CONCOURS OU EN CAS DE FAILLITE : VOIR COURS DES SÛRETÉS.

Quand il y a une clause de réserve de propriété, le bien reste dans le patrimoine du vendeur jusque, par exemple, au paiement total du prix. Pourquoi cette clause ? Si l'acheteur est un commerçant, il a des créanciers, et risquent de saisir le bien physiquement présent dans le patrimoine de l'acheteur. Le vendeur, in casu, fait valoir sa clause de réserve de propriété. C'est donc une garantie pour le vendeur. Mais c'est dangereux pour les créanciers de l'acheteur qui ont pu croire que cela appartenait à leur débiteur.

La question est donc de savoir si cette clause est-elle opposable aux tiers.

Pendant longtemps, on a répondu par la négative. Depuis 1997, on considère que la clause est opposable, lors d'une faillite, au curateur de la faillite, moyennant certaines conditions. Elle échappe ainsi à la règle du concours.

Il s'agit d'une véritable révolution dans le droit belge.
Pour le reste, voy. cours des sûretés.

23.4 LE PRINCIPE DE L'ARTICLE 1138, AL 1 ET LA PROTECTION DES TIERS

Dès l'échange des consentements, le droit de propriété passe dans le patrimoine de l'acheteur même si physiquement il est toujours chez le vendeur. Le transfert immédiat de propriété s'impose au tiers dès le moment où la chose a été individualisée. C'est l'application du principe de l'opposabilité des conventions aux tiers. Mais il y a des exceptions.

- 1) **en matière de vente d'immeuble : art 1^{er} Loi hypothécaire** : la vente d'un immeuble (et donc le transfert de propriété dans le patrimoine de l'acheteur) n'est pas opposable aux tiers de bonne foi tant que l'acte de vente n'a pas été transcrit sur un registre au Bureau de la Conservation des Hypothèques. Quand on achète un immeuble, on fait, dans un premier temps, un acte sous seing privé ; le contrat est conclu dès ce moment. Dès ce moment là, l'immeuble passe dans le patrimoine de l'acheteur. On ne transcrit que des actes notariés et des jugements ; à ce moment seulement, l'acte est opposable aux tiers. Le notaire est en quelque sorte le mandataire des parties et tâche de le faire au plus vite, car il met en cause sa responsabilité.
- 2) **Art 81 Loi Hypothécaire** : Je suis emprunteur. Une banque me prête de l'argent et exige une hypothèque sur l'un de mes immeubles. Dès que l'hypothèque est constituée, elle grève mon bien mais pour être opposable aux tiers, l'hypothèque conventionnelle doit être inscrite au Bureau de la Conservation des Hypothèques. Il faut également un acte notarié (condition de validité).
- 3) **Art 1690 CC** ²⁶ : cession de créance ; le créancier cède sa créance à C' (contrat par lequel quelqu'un, titulaire d'un droit, en transfère la titularité à une autre personne). On applique donc également l'art 1138, al 1. Aux yeux de tous, la créance n'est plus dans le patrimoine du cédant mais dans celui du cessionnaire. Vis-à-vis du débiteur (cédé), la cession ne lui est opposable que lorsqu'elle a été notifiée, etc. (développement, voy. infra).

²⁶ Art 1690, al 1 et 2 : La cession de créance est opposable aux tiers autres que le débiteur cédé par la conclusion de la convention de cession.

La cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci.

- 4) **Art 1141 CC** ²⁷: l'article vise la vente d'un même meuble à deux personnes. Dès la première vente, le meuble a été transféré dans le patrimoine du premier. Dans la seconde vente, il ne peut plus le faire. Si l'on applique l'art 1138, al 1, le second ne pourra jamais devenir propriétaire (il se retournera contre le vendeur pour dommages et intérêts). Vis-à-vis des tiers, en cas de vente successive d'un même bien à deux personnes, et que c'est le second acheteur à qui le bien est délivré et qu'il est de bonne foi, c'est ce dernier qui devient propriétaire. Le premier acheteur aura la possibilité de poursuivre le vendeur en dommages et intérêts.

23.5 INTERET DE DETERMINER LE MOMENT DU TRANSFERT DE PROPRIETE

23.5.1 ART 7 ET 8 LOI HYPOTHÉCAIRE

Pour appliquer ces articles, il est important de savoir quels sont les biens que telle personne a en sa propriété.

23.5.2 LE TRANSFERT DES RISQUES

Dans notre droit, on applique la règle « res perit domino » (la chose périt pour son propriétaire). Quelle est l'hypothèse envisagée ? C'est celle où l'objet de l'obligation de dare (chose vendue) est détruite par un cas fortuit (ou cause étrangère libératoire, c'est-à-dire sans la faute du vendeur) avant la délivrance de cette chose.

Cela suppose un contrat de vente d'un bien immeuble/meuble et que la délivrance n'a pas eu lieu de suite et où le bien, toujours chez le vendeur, vient à périr par cas fortuit.

1. *ARTICLE 1138, AL 2 : LES RISQUES SONT LIES A LA PROPRIETE*

La question que l'on se pose est de savoir qui supporte les risques de cette perte par cas fortuit. Le vendeur est délivré de son obligation de délivrance, et sans dommages et intérêts. Mais l'acheteur doit-il quand même payer le prix convenu ? La réponse à cette question est l'art 1138 al 2. : *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée²⁸, encore que la tradition²⁹ n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

²⁷ Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

²⁸ Dès l'instant où l'obligation de dare a été effectuée.

²⁹ Remise de la chose, livraison matérielle

Si le transfert de propriété a eu lieu et que la chose périt par cas fortuit, l'acheteur en supporte les risques. Il devra donc payer le prix convenu.

Ex. Ainsi, des acheteurs concluent des compromis de vente pour un immeuble. Un tremblement de terre survient. Certains immeubles ont été détériorés et ont été remis comme cela à l'acheteur. Dans ces compromis de vente, cependant, une clause de réserve de propriété aurait pu être inscrite. Les acheteurs n'étaient pas encore devenus propriétaires et donc n'ont pas du payer le prix convenu.

2. ARTICLE 1138, AL 2 IN FINE : LA MISE EN DEMEURE RENVERSE LA CHARGE DES RISQUES

La mise en demeure du vendeur renverse la charge des risques. Il est mis exception à la règle « res perit domino » lorsque la chose a péri par cas fortuit avant la délivrance mais après que le vendeur ait été mis en demeure de livrer la chose.

3. ART 1303 CC : UN TEXTE INCOMPRÉHENSIBLE

Art 1302 CC : Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

= répétition de l'art 1138, al 2 CC.

Article 1303 CC : Lorsque la chose est périée, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

L'article 1303 a été redécouvert dans l'arrêt du 12 décembre 1998.

Un propriétaire accorde une promesse de vente sur un hangar à B, si celui-ci déclare l'acheter dans un délai de deux mois (s'il lève l'option d'achat dans un délai de deux mois). La vente ne se fera qu'au moment où B lève l'option, et non rétroactivement. Pendant le délai d'option et avant que le bénéficiaire déclare l'acheter, le hangar vient à périr par cas fortuit (incendie). B décide toujours de lever l'option pour ce bien à un prix de 500 000 FB car il sait que le hangar était assuré pour 800 000 FB. Le bénéficiaire invoque l'art 1303 CC : il a acquis le droit à l'indemnité de l'assurance.

La Cour de Cassation estime qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art 1303 ici au motif qu'au moment de l'incendie, la vente n'était pas encore conclue et que le bénéficiaire de l'option n'était pas encore propriétaire. Il n'avait qu'un droit d'option, c'est-à-dire un droit personnel, avec lequel il pouvait exiger du promettant qu'il maintienne sa promesse pendant deux mois et qu'il ne vende pas à un tiers pendant ce même délai. Dès lors, l'indemnité de l'assurance revient donc au propriétaire, au moment de l'incendie, c'est-à-dire le promettant.

La Cour de Cassation fait de l'art 1303 CC un cas de subrogation réelle, c'est-à-dire qu'un droit prend la place de la chose détruite. A cause de cela, celui qui l'invoque doit pouvoir se prévaloir d'un droit sur la chose.

La doctrine a souvent critiqué la Cour de Cassation d'avoir interprété l'art 1303 CC de cette manière : on ne voit guère le cas de subrogation réelle dans cet article.

4. EXCEPTIONS À LA RÈGLE SUIVANT LAQUELLE LES RISQUES SONT LIÉS À LA PROPRIÉTÉ

a. DÉROGATIONS LÉGALES

Dans la loi Brème, on trouve une exception à la règle *res perit domino* : le transfert des risques (pour protéger le client) ne se fait qu'à la réception de l'ouvrage. Le législateur dissocie ici la propriété des risques.

Ex. Une maison en chantier, déjà sous toit, et les radiateurs étaient déjà installés. Supposons que l'on puisse considérer que les radiateurs étaient devenus la propriété du client. Les radiateurs sont volés (perte de la chose par cas fortuit). La perte est-elle pour l'entrepreneur ou pour le client ? Selon la loi Brème, c'était pour l'entrepreneur.

b. DÉROGATIONS CONVENTIONNELLES

Cette règle de l'art 1138 al 2 qui lie la propriété et les risques de la perte de la chose n'est pas d'ordre public.

- Quand il y a une **clause de réserve de propriété** (par ex, le transfert de propriété est retardé à la passation à l'acte authentique), cela peut avoir des effets pervers pour le vendeur ; si la chose vient à périr par cas fortuit, vu que l'acheteur n'est pas devenu propriétaire, *res perit domino* ne va pas s'appliquer et l'acheteur ne devra pas en payer le prix. Le vendeur peut éviter ces effets pervers en prévoyant une clause de transfert immédiat des risques. (tremblement de terre intervient avant la passation à l'acte authentique, le vendeur ne peut réclamer le prix à l'acheteur mais il aurait pu prévoir que les risques étaient immédiatement transférés à l'acheteur).
- **La dissociation des risques et de la propriété peut être réalisée en sens inverse.** L'acheteur, par application de l'art 1138, al 2, est immédiatement propriétaire dès l'échange des consentements mais le vendeur accepte par clause de continuer à supporter les risques tant que la chose n'a pas été livrée. Dans ce cas, la survenance d'un cas fortuit aura pour effet de libérer tant le vendeur de son obligation de livrer que le vendeur de son obligation de payer. (Risques transférés à l'acheteur au moment de la livraison du véhicule par ex.)

SECTION 3.- L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS

L'inexécution peut être

- totale et définitive
- partielle (vente d'une voiture livrée mais les accessoires font défaut)
- tardive (retard dans l'exécution)
- défectueuse
- des combinaisons sont possibles

SOUS-SECTION 1.- DROIT COMMUN

24 CONDITIONS

Quelles sont les conditions qui doivent être réunies pour que le créancier puisse obtenir une sanction ?

24.1 MISE EN DEMEURE, PREALABLE A TOUTE SANCTION

C'est un préalable à toute sanction. C'est le fait pour un créancier de réclamer l'exécution du contrat au débiteur. Avant de mettre en œuvre une sanction quelle qu'elle soit qui frappera le manquement du débiteur, le créancier doit mettre celui-ci en demeure. La règle se trouve à l'art 1146 CC.

Article 1146 CC : Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

La Cour de Cassation a élargi la notion (arrêt 09.04.76) : il faut une mise en demeure du débiteur avant la mise en œuvre de toute sanction et pas seulement pour les dommages et intérêts (comme le sous-entend l'article 1146 CC)

En l'espèce, il était prévu que l'assuré devait remettre les fiches de salaires de ses salariés afin que la compagnie d'assurance puisse faire évoluer la prime. Pendant 3 ans, L'assuré ne l'a jamais fait : il payait la prime de base. La compagnie d'assurance n'avait jamais envoyé de lettres à l'assuré. Elle applique une sanction contractuelle.

Dans notre droit, l'adage latin « *dies interpellat pro homine* » a été rejeté en droit civil. En droit romain, L'échéance du terme mettait le débiteur en demeure. Il n'est plus reçu dans notre droit : **la seule échéance du terme ne met pas le débiteur en demeure.** Même lorsque le contrat prévoit que l'on doit payer à telle date, l'échéance du terme ne met pas le débiteur en défaut. Il faut que le créancier l'ait mis en demeure, l'ait sommé d'exécuter son obligation. Cette règle connaît cependant pas mal d'exception.

24.1.1 NOTION

Mettre en demeure, c'est pour un créancier réclamer de manière claire et non équivoque l'exécution au débiteur. La Cour de Cassation a répété à plusieurs reprises cette définition (notamment dans Cass. 08.03.94).

Une certaine doctrine avait défendu l'idée que non seulement la mise en demeure consistait à réclamer l'exécution du débiteur mais également à le prévenir des sanctions qu'il encourrait s'il ne le faisait pas. Cette tendance doctrinale a été condamnée par la Cour de Cassation, vu que c'est à cette occasion qu'elle a rendu cette définition.

Bien entendu, le législateur pourrait en fixer le contenu. Si c'est le cas, ce sera dans les lois sur la protection du consommateur. Il peut y avoir des exigences supplémentaires.

Ex. art 29, §1 Loi sur le crédit à consommation (loi du 12.06.91).

Ex. art 15 Loi sur le contrat d'assurance terrestre

Ex. art 45 Loi sur le crédit hypothécaire.

Une question s'est posée : le créancier peut-il mettre en demeure son débiteur avant le terme ? La Cour de Cassation a consacré cette règle. « **Aucune disposition légale n'interdit que la mise en demeure soit antérieure à l'exigibilité de la dette dont l'existence n'est pas contestée.** » Un créancier peut donc avant l'échéance du terme écrire à son débiteur pour le mettre en demeure. **C'est une mise en demeure ab futurum** (arrêt 19.06.89).

Toute l'idée du CC est que quand le débiteur n'a pas été sommé, il peut croire que le créancier lui accorde un délai supplémentaire.

24.1.2 FORME

Comment se fait une mise en demeure ?

1. **PRINCIPE : ART 1139 CC**

Art 1139 CC : Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

Il faut mettre en demeure

- par une sommation (exploit d'huissier : très formaliste) ;
- ou un acte équivalent à un acte d'huissier (citation en justice, par ex.) ;
- l'assignation vaut mise en demeure

On a, à partir du texte, élargi la notion et une demande de conciliation en justice vaut mise en demeure. De même que le dépôt de conclusion qui peut contenir mise en demeure. Malgré l'extension, l'exigence de la mise en demeure reste très formaliste.

2. EXCEPTION VOIRE RENVERSEMENT DU PRINCIPE DE L'ART 1139 CC

Une évolution s'est profilée contra legem du fait du trop grand formalisme.

D'abord, s'est développé un usage entre commerçants selon lequel, entre commerçants, la mise en demeure pouvait se faire par toute forme (lettre recommandée, fax, mail, coup de téléphone, etc. du moment que cela répond à la définition de la Cour de Cassation mais quid du problème de preuve ?)

La jurisprudence actuelle admet à l'égard des non commerçants la règle qui valait déjà pour les commerçants, mais toujours avec le problème de se réserver les preuves.

Parfois, dans certaines lois, le législateur impose la forme de la mise en demeure.
Ex. procédure d'injonction de payer, prévue dans le Code Judiciaire, mise en demeure par exploit d'huissier, etc.

24.1.3 EXCEPTIONS À L'EXIGENCE D'UNE MISE EN DEMEURE

Le débiteur n'est en état d'inexécution que lorsqu'il a été mis en demeure, sauf exceptions. Dans une série de cas, le débiteur se trouvera en état d'inexécution alors qu'il n'a pas été mis en demeure :

1. *LORSQUE LE LÉGISLATEUR PRÉVOIT QUE LA MISE EN DEMEURE N'EST PAS NÉCESSAIRE*

La première exception découle de la loi.

Ex. art 1996 CC (mandat)

2. *LORSQUE L'EXÉCUTION EN NATURE DE L'OBLIGATION EST MATÉRIELLEMENT OU JURIDIQUEMENT IMPOSSIBLE À EXÉCUTER.*

La deuxième exception découle de la nature des choses.

Ex. Le débiteur s'est engagé à vendre une species et à la suite d'une faute du vendeur, le bien est complètement détruit : il ne saura plus exécuter son obligation. Dans ce cas-là, le débiteur est en état d'inexécution par le simple fait que la chose a péri sans que l'on puisse y opposer la non mise en demeure.

Ex. Art 1141 CC³⁰. X vend un bien à Y. X vend le lendemain le bien à Y'. Il délivre le bien à Y'. En vertu de l'art 1141 CC, c'est le second qui en devient propriétaire. Cela ne sert plus à rien pour Y. L'obligation de transférer la propriété à Y est devenue impossible à exécuter. La mise en demeure de Y contre X n'est plus nécessaire.

3. LORSQUE LE DÉLAI DANS LEQUEL L'OBLIGATION DEVAIT ÊTRE EXÉCUTÉE ÉTAIT ESSENTIELLE (ART 1146 IN FINE).

Ex. muguet du premier mai commandés par un fleuriste.

Le débiteur doit-il savoir que le délai était essentiel ? Il faut interpréter, rechercher l'intention des parties. Trouve-t-on ces exceptions dans le CC ?

*Art 1146 in fine : Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, **excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.** (3^{ème} exception)*

4. LORSQU'UNE OBLIGATION DE NE PAS FAIRE EST VIOLÉE, DES DOMMAGES ET INTÉRÊT SERONT DUS, SANS MISE EN DEMEURE (CASS. 23.09.94)

Je m'engage à ne pas faire de commerce de chaussure dans telle rue. Je le fais quelques mois plus tard. Je viole mon obligation de non-concurrence. Dès que j'ouvre le magasin, je viole l'obligation de ne pas faire. Je devrais donc des dommages et intérêts pour la perte de clientèle de l'autre commerçant sans qu'il ne me mette en demeure. Si l'autre commerçant envoie une lettre me sommant de fermer le magasin, et que je le fais, il aura tout de même droit à des dommages et intérêts, parce qu'il y a eu violation d'une obligation de non-facere.

5. LA MISE EN DEMEURE N'EST PAS NÉCESSAIRE QUAND LE DÉBITEUR A FAIT SAVOIR AU CRÉANCIER QU'IL N'EXÉCUTERAIT PAS. (CASS 17.01.92)

6. LORSQUE LE CRÉANCIER A LÉGITIMEMENT PERDU TOUTE CONFIANCE EN SON DÉBITEUR

Cette exception n'est pas admise par la Cour de Cassation, elle n'est admise que par certains juges.

Ex. Supposons un contrat d'entreprise où A confie à B l'exécution d'un chantier. B commence. Il abandonne tout le temps le chantier. Cela n'avance pas. Il y a déjà des

³⁰ Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

défectuosités. B vole également des matériaux que A a acheté. IL a perdu toute confiance en B. Il peut demander la dissolution du contrat aux torts de B pour pouvoir confier le contrat à quelqu'un d'autre. Il n'a pas besoin, selon certains juges, de mettre en demeure pour cela.

7. *LORSQU'IL Y A UNE CLAUSE DE DISPENSE DE MISE EN DEMEURE.*

a. VALIDITÉ DE CETTE CLAUSE

Elle est en principe valable parce qu'annoncée par l'art 1139 CC³¹.

b. EXCEPTIONS LÉGALES

Dans certaines lois particulières, il peut avoir rendu la nécessité de la mise en demeure impérative et l'on ne pourrait pas l'écarter par une clause.

Ex. art 15 loi sur le contrat d'assurance terrestre : on le considère impératif.

c. TEMPÉRAMENTS JURISPRUDENTIELS À L'UTILISATION DE LA CLAUSE PAR LE PRINCIPE DE L'EXÉCUTION DE BONNE FOI

Les juges utilisent parfois le principe de l'exécution de Bonne foi pour refuser l'application de la clause de dispense de mise en demeure qui figure dans la convention et notamment lorsque le créancier a donné au débiteur l'illusion d'une tolérance.

Ex. contrat d'assurance. Supposons qu'existe dans celui-ci une clause de dispense de mise en demeure et que la sanction contractuelle pourrait être mise en œuvre sans mise en demeure. Le sinistre arrive. Le preneur d'assurance demande à l'assureur d'intervenir. L'assurance refuse parce qu'il n'a pas envoyé les fiches de salaires. Le juge pourrait décider que c'est contraire à l'exécution de bonne foi (devoir de solidarité et de collaboration nécessaire entre les parties) : ici, l'assurance a donné l'illusion d'une tolérance vu qu'elle n'a pas rappelé à l'assuré qu'il devait envoyer les fiches de salaires.

24.1.4 EFFETS DE LA MISE EN DEMEURE

- 1) dès la mise en demeure, le débiteur est en retard d'exécution
- 2) la mise en demeure a pour effet de renverser la charge des risques dans la vente et dans les contrats qui portent sur une obligation de dare (art 1138, al 2, voy. supra)

³¹ *Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.*

24.2 IMPUTABILITE DE L'INEXECUTION

La règle est que l'inexécution doit être imputable au débiteur.

24.2.1 CHARGE DE LA PREUVE DE L'IMPUTABILITÉ

1. OBLIGATIONS DE MOYEN ET DE RÉSULTAT (1137 ET 1147 CC)

Cette distinction va permettre de régler la charge de la preuve de l'imputabilité de l'inexécution.

- **Si le débiteur s'est engagé à une obligation de moyens, donc à remplir ses obligations comme un bon père de famille, c'est le créancier qui doit prouver que l'inexécution est imputable au débiteur** (c'est-à-dire il doit prouver que le débiteur ne s'est pas conduit comme un bon père de famille, il doit prouver la faute contractuelle du débiteur.)
- **Si le débiteur s'est engagé à une obligation de résultats, il suffit au créancier d'établir (par toutes voies de droit) qu'il n'a pas obtenu le résultat** (ex. n'a pas obtenu la délivrance de l'objet, etc.). **Une fois que c'est établi, le débiteur est présumé en faute et responsable, sauf s'il parvient à établir l'existence d'une cause étrangère libératoire (art 1147 CC³²).**

Remarques :

- 1) Cette distinction fondamentale dans notre droit subit une importance affaiblie depuis quelques temps. Une certaine doctrine propose une catégorie intermédiaire : l'obligation de résultat allégée. En effet, dans la jurisprudence, lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de résultat et qu'il doit faire la preuve d'une cause étrangère libératoire, il doit prouver qu'il n'a pas fait de faute. Quid si la cause de l'inexécution est inconnue : doit-il exclure toute faute en excluant toute possibilité de faute dans son chef quelque soit la cause possible dans son chef ?

Ex. Un incendie détruit son garage et sa voiture. Le vendeur ne sait pas restituer le véhicule. Il est présumé responsable. Il ne sait pas livrer sa voiture. La cause de l'incendie est inconnue, malgré le rapport d'expertise. Le garagiste devra prouver que toute cause possible ne peut engendrer de faute.

De temps en temps, la jurisprudence applique une intensité moins grande pour le débiteur : il est exonéré parce qu'il n'a pas commis de faute. Quand la jurisprudence se contente de l'absence de faute, elle renverse plus facilement la charge de la preuve.

³² *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*

Ex. Le locataire est obligé, en vertu de la loi, de restituer à la fin du bail le logement. S'il y a des dégradations (ex. incendie), il suffit pour le débiteur que l'incendie n'a pas eu lieu par sa faute, de même que si l'incendie est de cause inconnue. L'obligation de rendre le bien loué pour le locataire serait une obligation de résultat allégée.

- 2) L'obligation d'un débiteur est soit de moyens, soit de résultat** : un débiteur est souvent tenu d'un faisceau d'obligations accessoires, chacune étant soit de moyen et de résultat. Il faut regarder l'obligation qui a été inexécutée.

Ex. Le chirurgien a une obligation de moyens (critère de l'aléa) : il s'engage à faire l'opération comme un bon père de famille. Mais l'obligation d'attacher le patient sur la table pour qu'il ne tombe pas est une obligation de résultat, sauf si le médecin prouve une cause étrangère libératoire.

Ex. Des personnes qui à cause de la position sur la table d'opération ont une paralysie quelconque. Si elles ont ces séquelles parce que mal attachés, c'est une obligation de résultat (de bien nous placer sur la table), sauf si le médecin prouve une cause étrangère libératoire.

- 3)** Les règles exposées sont théoriques. En justice, les parties avancent leurs arguments tous les deux à la fois. Toutefois, quand la cause est inconnue, on voit cependant jouer les règles théoriques (l'un puis l'autre).

2. LA RESPONSABILITÉ EST À LA BASE DE FAUTE

La responsabilité contractuelle est à base de faute : grand principe du droit des contrats. En effet, si c'est une obligation de moyens, le débiteur n'est condamné à une sanction que si le créancier prouve qu'il n'a pas agi comme un bon père de famille.

Dans une obligation de résultat, aussi, parce que le débiteur est présumé en faute, mais peut prouver le contraire (cause étrangère libératoire) et pour autant que le législateur n'en décide autrement.

De nouveau, on voit que la faute est sous-jacente aux arts 1137 et 1147 CC.

Puisque la responsabilité est à base de faute, si le débiteur n'a pas le discernement au moment où il exécute le contrat, il ne peut être responsable car la faute suppose la conduite d'un individu conscient.

Cass. 29.11.84

Contrat de sous-location. Le sous-locataire, dans une crise de démence subite, met le feu à l'appartement et celui-ci est détruit (obligation de résultat). On a dit qu'il n'était pas responsable car ne pouvait pas commettre de faute étant donné qu'il était inconscient. Mais si le sous-locataire avait mis le feu avec sa cigarette, et qu'il avait trop bu, c'est différent : il s'est mis dans une inconscience mais de par son fait.

24.2.2 LA CAUSE ÉTRANGÈRE LIBÉRATOIRE (ART 1147 ET 1148 CC)

Art 1148 CC : Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

1. CONDITIONS

Il faut

a. UN ÉVÉNEMENT

Attention : Aucun événement n'est en soi une cause étrangère libératoire. Il faut donc prouver qu'on a rempli toutes ses obligations (qu'on a agi comme un bon père de famille)

a. **un cas fortuit ou de force majeure** (act of God : tempête, vagues déferlantes, etc.)

La force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine qu'on a pu ni prévoir ni conjurer. (Cass. 29.11.1999)

b. **le fait du prince : un acte de l'autorité publique empêche l'exécution du contrat** (ex. au moment de la guerre contre l'Irak, un embargo a été décrété par une série de pays dont la Belgique. Supposons que la FN devait envoyer des armes à l'Irak et qu'elle ne le peut, en vertu de l'embargo, la FN est libérée de son obligation par le fait du prince).

c. **le fait du créancier lui-même** : par ex., le créancier qui empêche l'entrepreneur d'accéder au chantier et de commencer le travail. Si le créancier l'assigne pour retard, le débiteur pourra invoquer cette cause étrangère libératoire.

d. **Le fait d'un tiers** : cela peut être une cause étrangère libératoire à condition que ce soit un tiers dont le débiteur ne répond pas. Ex. Une personne loue une résidence, lorsqu'il arrive, des vandales ont détruit la maison. Le créancier devra supporter le dommage.

b. L'ÉVÉNEMENT DOIT ÊTRE INDEMNÉ DE TOUTE FAUTE DANS LE CHEF DU DÉBITEUR AVANT PENDANT ET APRÈS LA SURVENANCE DE CET ÉVÉNEMENT.

Ex. tornade : un transporteur arrive au port d'Anvers où il débarque des marchandises pour son client. Il les débarque sur le quai alors que la tempête est annoncée. De fait, celle-ci emporte une partie de ses marchandises. Le débiteur ne peut invoquer la force majeure parce qu'il n'est pas indemne de toute faute, l'événement étant prévisible. Le transporteur devait donc prendre ses précautions.

Ex. Un incendie survient la nuit dans un garage où se trouve un véhicule que le garagiste devait réparer. L'incendie est a priori un cas de force majeure (vandales, court-circuit) mais in casu, il a été appelé par ses voisins et n'a pas voulu se lever pour s'y rendre. Il sera donc ici responsable de la destruction de la voiture.

c. L'ÉVÉNEMENT DOIT RENDRE L'EXÉCUTION DU CONTRAT IMPOSSIBLE.

Théorie de l'imprévision (obligation rendue plus onéreuse) ≠ **cause étrangère libératoire** (obligation rendue impossible) . On en arrive à des conséquences opposées pour le débiteur. Ce sont des appréciations de fait. La doctrine plaide pour une impossibilité appréciée raisonnablement pour que le débiteur soit libéré.

Ex. Un débiteur a l'obligation de livrer un colis de Paris à Bruxelles. Or, au moment d'exécuter son obligation, les chemins de fer sont en grève en France et en Belgique. Le livreur ne trouve pas de voitures de location. Il sait que le délai est important. Peut-il invoquer une cause étrangère libératoire ? Oui si on accepte la théorie de l'impossibilité appréciée raisonnablement mais n'aurait-il pas pu prendre sa voiture ?

Ex. Grève des transporteurs routiers en France. Certains automobilistes étaient bloqués. Il y avait un contrat de transport de viandes entre une société française et une société belge. Le transporteur est bloqué sur l'autoroute et ne sait pas s'en dégager. Les moteurs du camion frigorifique s'arrêtent. La viande ne vaut plus rien. Est-ce une cause étrangère libératoire ? Y'avait-il bien impossibilité d'inexécution ? Le camion n'aurait pas su se dégager mais un hélicoptère était toujours possible. L'impossibilité n'était pas absolue mais raisonnable. Il est à noter que si la grève était annoncée à la radio, il aurait été responsable !

Les conditions sont rigoureuses et appréciées en fait. Certains se montreront plus rigoureux que d'autres : certains juges exigent une impossibilité absolue et d'autres sont favorables aux plaidoiries de la doctrine et penchent donc vers l'impossibilité raisonnable.

NB. L'interprétation de la volonté des parties permet parfois **en rétrécissant le contenu de l'obligation** de conclure à l'impossibilité d'exécution.

Ex. du colis et de la grève des chemins de fer en France et en Belgique. Y'avait-il vraiment impossibilité d'exécution ? Mais si en recherchant la volonté des parties, on parvient à prouver que les parties avaient convenu que le transport ne s'effectuerait que par chemin de fer, il y a donc cause étrangère libératoire.

Remarques

1.- Selon une formule maintes fois répétée par la jurisprudence, on dit parfois que **l'événement doit être imprévisible, inévitable et insurmontable**. C'est la deuxième condition mais libellée autrement. En effet, si l'événement n'était pas imprévisible mais prévisible et que le débiteur n'a rien fait pour s'assurer que l'exécution du contrat se ferait, il serait responsable. « Inévitable » signifie qu'il faut que le débiteur n'ait rien pu faire pour éviter l'événement et ses conséquences (voy. cas de l'incendie où le débiteur n'appelle pas les pompiers). « Insurmontable » il faut que le débiteur n'ait commis aucune faute après l'événement.

2.- Faut-il ajouter une condition à la cause étrangère libératoire : la cause étrangère libératoire doit-elle être extérieure au débiteur ? On l'a souvent dit.

Ex. On a surtout mis cette condition en avant dans l'état de grève. En effet, une société s'est engagée à fabriquer des biens pour son créancier endéans un certain délai, essentiel. Une grève éclate dans la société débitrice et ne sait pas fabriquer les biens à temps. La grève est une cause étrangère libératoire mais pas toujours. La société plaide la force majeure mais le créancier non : ce n'est pas une cause étrangère libératoire parce que non extérieure au débiteur. Cette condition là a disparu en Belgique. Quand il y a une grève aujourd'hui, il faut savoir si le débiteur a été dans l'impossibilité d'exécuter son obligation et de voir donc si le débiteur est indemne de toute faute avant, pendant et après. On s'est rendu que si l'on s'attachait à la condition d'extériorité, on allait tomber dans une impasse dans le cas suivant :

Contrat intuitu personae avec un chirurgien. Il fait une crise cardiaque la veille. Est-il responsable ? C'est un cas de force majeure pour le débiteur. Si la condition d'extériorité avait été requise, le débiteur aurait été responsable dans tous ces cas là.

3.- Les choses de genre ne périssent pas : « res genera non pereunt ». Si une chose de genre est détruite avant de devenir species, il suffit au débiteur de se procurer une autre afin de la livrer. Cette troisième remarque porte sur la troisième condition : l'impossibilité. Si le contrat porte sur une chose de genre, la force majeure rend-elle l'obligation impossible ? Non, il n'y aurait pas impossibilité d'exécution. C'est surtout à propos de l'argent que s'applique cet adage.

Dans les contrats, une des deux obligations porte souvent sur une somme d'argent. C'est la chose de genre par excellence. On peut toujours, théoriquement, s'en procurer. Ce ne sont pas des causes étrangères libératoires, sauf dans quelques cas .

Voy. Cass., 13.05.96

Une société d'état zaïroise s'était engagée vis-à-vis des belges à une indexation au bout d'un certain temps. A un moment, fait du prince : les autorités interdisent de verser des compléments à des expatriés belges. La société ne paie donc pas l'indexation. La Cour de Cassation a donné raison à la société parce que « l'ordre du prince qui commande de faire ou de ne pas faire quelque chose peut porter sur une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent et constituer une cause étrangère libératoire ». Le principe du « res genera non pereunt » ne s'applique pas.

2. LA PREUVE

Si le débiteur peut tout de suite faire la preuve d'une cause étrangère libératoire, il fera celle-ci même si l'obligation n'est que de moyens. Même quand l'obligation est de résultat, le créancier fera toute de suite la preuve d'une faute alors qu'il pourrait être passif et attendre que le débiteur attende la preuve contraire de sa non-faute.

Toutefois, lorsque la cause de l'inexécution est inconnue, la question de la charge de la preuve telle qu'exposée dans les règles reprend de l'importance.

En effet, en principe, on fait la preuve d'une cause étrangère libératoire

- **De manière directe**
- **de manière indirecte** : il peut faire cette preuve de manière indirecte c'est-à-dire **en éliminant toutes les causes possibles de l'inexécution et en excluant toute faute dans son chef dans ses différentes causes possibles**, si bien que l'inexécution ne peut plus s'expliquer de manière indirecte que par une cause étrangère libératoire.

Exemple : voy. supra

3. EFFETS

Une fois que le débiteur a pu faire la preuve de la cause étrangère libératoire, il est libéré et sans devoir des dommages et intérêts ni encourir aucune sanction.

A la suite de la cause étrangère libératoire,

- Soit l'inexécution est devenue totalement impossible et définitivement impossible : le débiteur est libéré définitivement et totalement
- Soit l'inexécution est partielle : le débiteur est libéré partiellement et doit donc exécuter le reste du contrat mais il y a une série de cas où l'inexécution partielle sera assimilée à une inexécution totale (parce que l'inexécution partielle n'aurait plus de sens pour le créancier ; cela n'a pas de sens dans l'économie du contrat).

Des cas de force majeure peuvent rendre l'inexécution temporaire : L'exécution de l'obligation est alors suspendue sans qu'il doive de dommages et intérêts mais quand le cas de force majeure aura cessé ses effets, le débiteur devra reprendre l'exécution sans être responsable du retard qui va probablement s'en suivre.

Des cas de force majeure peuvent rendre l'inexécution définitive quand le délai est essentiel : ex. des muguetts du premier mai. Un retard dans l'exécution équivaut à une inexécution définitive.

24.2.3 LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU FAIT D'AUTRUI

Le fait d'un tiers peut être une cause étrangère libératoire pour le débiteur à condition que ce tiers ne soit pas une personne dont il est responsable. Il y a en effet place pour la responsabilité contractuelle du fait d'autrui : le débiteur va être responsable contractuellement vis-à-vis de son cocontractant des fautes de certains tiers ou de l'inexécution du contrat imputable à certains tiers dont il répond.

La règle générale de la RCFA n'a été consacrée que dans des hypothèses particulières :

- art 1735 CC
- art 1245 CC
- art 1798 CC
- etc.

De ces textes épars, on en a fait une règle et un principe général.

Le grand problème qui se pose est de savoir quelles sont les personnes dont le débiteur est responsable.

Le débiteur est responsable du fait de ses préposés et agents d'exécution (Cass.), c'est-à-dire de toutes personnes auxquelles le débiteur demande de le remplacer soit de l'aider dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Il importe peu que ce soit rémunéré ou non, qu'il y ait une relation contractuelle avec le débiteur ou que le tiers en question soit ou non sous la subordination du débiteur.

- *Ex.* On construit une maison. L'entrepreneur aura sûrement des ouvriers et des employés (personnes dans un lien de subordination) et si l'un de ceux-ci fait une faute, l'entrepreneur est responsable vis-à-vis du maître de l'ouvrage.
- *Ex.* L'entrepreneur fait appel à des indépendants. C'est une sorte de sous-traitance (société indépendante de lui) pour les travaux d'électricité. Si ceux-ci font une faute, l'entrepreneur est toujours responsable (il demandera intervention forcée des sous-traitants afin de pouvoir se retourner contre eux).
- *Ex.* Son fils vient travailler bénévolement sur le chantier et laisse tomber quelque chose qui cause un dommage au maître de l'ouvrage. L'entrepreneur est responsable car le fils est devenu agent d'exécution (a participé à l'exécution du contrat).

La base juridique de ce principe général ?

Plusieurs théories ont été proposées.

- Quand on a tiré une règle des quelques textes du CC, on a dit que c'est normal que pour le débiteur les faits de tiers ne soient pas une cause étrangère libératoire puisque ces tiers ne lui sont pas extérieurs.

On a vite considéré que la condition d'extériorité n'était pas une condition de la cause étrangère libératoire. On a donc trouvé une autre solution :

- L'agent d'exécution représente le débiteur. Cette justification repose sur une déformation du concept de représentation en droit. La représentation n'existe en droit que lorsque le débiteur demande à un tiers de le représenter dans un acte juridique, hors ici ce sont des actes matériels. (voy.infra)
- Théorie du risque : Celui qui tire profit d'une activité doit supporter les risques liés à cette activité. Le débiteur profite de l'intervention du tiers auquel il demande de l'aider dans l'exécution du contrat, c'est donc normal qu'il supporte vis-à-vis du cocontractant le risque des fautes éventuelles de ses tiers. C'est vrai que la théorie du risque est souvent avancée comme le fondement de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui (art 1384 CC).
- On pourrait se passer de ces fondements. Mais ceux-ci sont souvent avancés en matière d'obligation pour justifier d'autres règles.
- La responsabilité contractuelle du fait d'autrui s'expliquerait par le fait que dans notre droit on ne peut pas réaliser une cession de dettes sans accord du créancier (voy. infra) : si l'on admettait que le débiteur n'est plus responsable des fautes de ce tiers, ce serait reconnaître que le débiteur ait pu céder ses dettes à quelqu'un d'autre sans l'avis du créancier. Solution : le débiteur est toujours responsable étant donné qu'il n'y a pas eu cession de dettes.

- **Explication la plus moderne : lorsque deux personnes contractent, chacune d'elle admet implicitement que l'autre recourt à des substituts ou à des aides pour exécuter son obligation, sauf lorsque les parties contractantes ont voulu, tacitement ou expressément, que l'obligation soit exécutée personnellement par le débiteur (contrats intuitu personae : contrat conclu en considération du débiteur).**
- *Ex. Chirurgien : contrat intuitu personae ; il ne pourrait pas confier l'opération à un autre chirurgien sans accord du créancier.*
- Il ressort de l'économie contractuelle (de la volonté des parties et de l'environnement du contrat, que le débiteur sera responsable contractuellement du fait de ses agents d'exécution.

Le principe de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui a été consacré par la Cour de Cassation dans un arrêt du 21 juin 1979.

Remarques

1. On invoque souvent cette responsabilité sans nécessité parce que parfois bien qu'il y ait faute de l'agent d'exécution, il peut y avoir faute personnelle du débiteur. Le créancier peut donc assigner sur base de la faute personnelle du débiteur.

Ex. Un chirurgien est consulté pour une opération qu'il s'engage à faire personnellement. Il confie l'opération à un jeune assistant. Celui-ci commet une faute et le patient subit un dommage. Le chirurgien a été condamné sur base de sa faute contractuelle : il a confié à quelqu'un, en violant ses obligations contractuelles, l'opération.

2. Le débiteur est-il responsable des fautes ou des faits même non fautifs de ses agents d'exécution ?

La Cour de Cassation a eu l'occasion d'y répondre dans un arrêt du 24.11.84

*Il y a un contrat de sous-location. En vertu de ce contrat, le locataire s'engage à restituer le bien loué dans le même état que quand il l'avait reçu. Il est donc responsable des dégradations. Le sous-locataire met le feu à l'immeuble dans un accès de folie. Le bailleur assigne sur base contractuelle le locataire. Pour se défendre, ce dernier invoque, le fait non fautif de son sous-locataire comme cause étrangère libératoire. NB. Le locataire est responsable des fautes de son sous-locataire : art 1735 CC. La Cour de Cassation rejette l'argument du locataire : **de par l'art 1735, le locataire est responsable que ce soit des faits fautifs ou des faits non fautifs.***

Cet arrêt modifie-t-il la donne ? D'une manière générale, est-on responsable des faits (au sens large) de ses agents d'exécution ? La Cour de Cassation n'a pas encore répondu à cette question. La doctrine a tenté d'en réduire la portée : « elle ne s'est prononcée qu'en matière de sous-location », d'autres « elle a énoncé cette règle parce que l'article 1735 CC dit que *Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires.* Cette règle ne serait valable que là où le mot « fait » serait inscrit dans les textes. ».

3. Quels sont les tiers dont le débiteur est responsable ? Quid des fournisseurs ? En principe, non car il n'exécutent pas vraiment une partie de l'obligation.

25 SANCTIONS

25.1 INTRODUCTION - RAPPEL

Exécution en nature >< exécution par équivalent quand l'exécution en nature n'est pas possible.

L'exécution peut être volontaire en nature (hypothèse normale)

le débiteur exécute volontairement ses obligations telle que promises.

Par équivalent (nouvel accord entre les parties)

Il y a une transaction pour payer des dommages et intérêts (rare)

>< exécution forcée

en nature

le créancier assigne son débiteur et demande au juge que ce dernier exécute le contrat comme promis.

Par équivalent

Il doit y avoir assignation pour obtenir des dommages et intérêts.

25.2 PRINCIPE : DROIT A L'EXÉCUTION EN NATURE

Le créancier peut recourir à l'exécution en nature. La base est l'art 1134 CC. En cas d'inexécution imputable au débiteur, le créancier a toujours le droit de demander au juge que le débiteur soit condamné à exécuter son obligation en nature (exécution forcée).

Mais dans certains cas, le créancier n'obtiendra pas la condamnation du débiteur à l'exécution en nature.

1°

a. **quand l'exécution est devenue matériellement ou juridiquement impossible** (par la faute du débiteur) → le créancier devra se contenter de demander l'exécution par équivalent.

b. **quand l'exécution en nature est toujours possible mais qu'elle ne présente plus d'intérêt** pour le créancier parce que le délai convenu était essentiel et qu'il est passé.

2° **lorsque réclamer l'exécution en nature, dans les circonstances de l'espèce (abus de droit joue in concreto), serait constitutif d'un abus de droit dans le chef du créancier.**

En dehors de ces deux exceptions, le créancier a droit, en principe à l'exécution forcée en nature mais l'art 1142 pourrait laisser supposer le contraire : ***Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.***

Certains auteurs l'ont appliqué de manière littérale. Cette lecture littérale n'a jamais été reçue en jurisprudence et en doctrine belge et est d'ailleurs nettement condamnée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 14.04.94. Mais comment la contrecarrer ? En réalité, on considère que le CC a voulu dire que **lorsque l'exécution en nature forcée n'est pas possible, il n'y a place que pour l'exécution par équivalent.**

Ex. Le débiteur a une obligation de facere (prestation matérielle ou intellectuelle). Au moment où le créancier entre en justice, le débiteur peut toujours faire le travail mais ne veut toujours pas. Le juge peut décider de l'exécution en nature mais si le débiteur s'obstine, l'exécution en nature forcée ne sera pas possible. En effet, dans notre droit, on considère qu'on ne peut forcer quelqu'un à faire quelque chose qu'il ne veut pas faire : **même lorsque l'exécution est toujours possible, personne ne peut être contraint à faire quelque chose qu'il ne peut pas faire.** Dès lors, le créancier doit se contenter de la restitution par équivalent.

Ex. L'informaticien s'engage à faire un logiciel pour la société ne le fait pas. Comment le forcer ? La société qui a commandé le logiciel devra se contenter de dommages et intérêts.

Ex. Un chanteur s'est engagé à venir chanter mais s'est engagé également à ne pas venir chanter la même semaine dans un bar concurrent. On apprend qu'il va chanter à Verviers la veille du jour où il doit chanter. Comment faire ? Un moyen physique ou même mental n'est pas possible : la seule solution est de demander des dommages et intérêts.

25.2.1 PALLIATIFS

Cependant, le Code Civil a prévu un palliatif :

1. LE REMPLACEMENT JUDICIAIRE (ARTS 1143 ET SS)

Art 1142 : Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Art 1143 : Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

a. DÉFINITION ET CONDITIONS DU REMPLACEMENT JUDICIAIRE

Quand le débiteur contrevient à une obligation de facere ou de non facere et que l'exécution en nature forcée n'est pas possible à l'égard du débiteur récalcitrant, le créancier peut

- **en vertu de l'art 1444 CC (si c'est une obligation de facere) demander au juge qu'il ordonne au débiteur d'exécuter et si celui-ci ne s'exécute pas volontairement dans un certain délai d'autoriser le créancier à faire exécuter l'obligation par un tiers mais au frais du débiteur.**

Un entrepreneur s'engage à faire un travail de 60 000 FB. Il ne s'exécute pas. Le créancier demande qu'il soit condamné à l'exécution sinon l'obligation sera exécutée par un autre entrepreneur dont la **différence de prix** sera à charge du débiteur, voire même des dommages et intérêts (si préjudice à cause du retard etc.)

- **en vertu de l'art 1143 CC (si c'est une obligation de non facere), demander au juge qu'il ordonne au débiteur à démolir ce qu'il a fait en contravention à son obligation de non facere et s'il n'exécute pas le jugement dans un délai raisonnable que le jugement autorise le créancier à démolir lui-même ou par un tiers aux frais du débiteur.**

Les arts 1143 et 1144 donnent la possibilité au créancier de « se remplacer »

Le remplacement judiciaire n'est pas concevable quand le contrat est intuitu personae, c'est-à-dire quand le contrat a été conclu en considération du débiteur lui-même.

A quelles conditions le créancier peut-il en bénéficier ?

Le remplacement judiciaire suppose

- une autorisation préalable du juge (le créancier ne peut donc le faire de lui-même)

b. INCONVÉNIENTS DU REMPLACEMENT JUDICIAIRE

- **1°** Le remplacement judiciaire suppose une procédure en justice coûteuse et lente (NB. les frais de justice restent à charge de chaque partie). Cela va à l'encontre de la vie des affaires actuelle.
 - **2°** Lorsque le remplacement est demandé au juge, celui-ci est-il obligé de l'accorder si les conditions sont remplies ou a-t-il encore un pouvoir d'apprécier l'opportunité de cette mesure ? Si l'on adopte cette thèse, le créancier va en justice, a les frais à sa charge et n'est pas sûr d'obtenir le remplacement judiciaire.
- Entre ces deux thèses, voy. infra.

c. **CONTRE LES INCONVÉNIENTS : REMÈDES JURISPRUDENTIELS**

La jurisprudence a consacré l'usage selon lequel dans les ventes commerciales, l'acheteur a le droit de se remplacer unilatéralement, sans devoir passer en justice préalablement.

Ex. Un acheteur est face à un vendeur qui doit lui livrer le bien acheté. Le vendeur ne s'exécute pas. L'acheteur a le droit, d'après la jurisprudence, de se remplacer unilatéralement et donc d'acheter le même bien et dont les frais seront à charge du premier vendeur.

Des conditions sont requises

- **urgence**
- **mise en demeure du vendeur** même si clause de dispense
- l'acheteur doit **laisser un certain temps**. Par définition, il y a urgence, donc le délai peut être très bref (même quelques heures)
- l'acheteur doit **se remplacer au meilleur prix** (il doit agir raisonnablement).

Ces trois conditions sont inspirées du principe de l'exécution de bonne foi. La consécration de cet usage va faire tâche d'huile. Les juges vont admettre le remplacement unilatéral, en dérogation des arts 1143 et 1144 CC, dans toutes les matières contractuelles mais chaque fois qu'il y a urgence (NB. Dans les ventes commerciales, l'urgence est présumée mais dans tous les autres cas, le créancier, en cas de contestation ultérieure, devra prouver l'urgence).

Attention : un contrôle a posteriori du juge est toujours possible.

Par exemple, le créancier à qui le débiteur avait promis une obligation de facere et qui ne s'était pas exécuté immédiatement. Il y a urgence. Le créancier s'adresse de son propre chef à une autre société mais la facture est plus chère que le devis prévu. Le créancier envoie une lettre au débiteur le sommant de payer la différence. Le débiteur défaillant risque d'aller en justice et de contester la différence demandée. Si le juge arrive à la conclusion qu'il n'y avait pas urgence, il peut dire qu'il n'avait pas le droit de demander cette différence.

d. **CONTRE LES INCONVÉNIENTS ; REMÈDES D'ORIGINE CONVENTIONNELS**

Il est admis que le remplacement judiciaire n'est pas un principe d'ordre public ou impératif, c'est-à-dire que les parties peuvent dans leurs contrats prévoir le remplacement unilatéral et modaliser celui-ci comme elles l'entendent.

On les appelle clause de remplacement ou clause de substitution (ou encore facultés de remplacement, de substitution) .

Les clauses peuvent être intéressantes pour le créancier car elles peuvent supprimer la condition d'urgence, de même qu'elles peuvent prévoir qu'il ne faut pas de mise en demeure. En principe, la clause devra être appliquée comme convenue, sauf réserve de l'application de l'abus de droit !

Par le biais de cette théorie, quand le créancier demande au juge d'appliquer telle clause, ce dernier pourrait décider que la mise en œuvre serait constitutive d'un abus de droit.

Si l'on suit la 2^o théorie, la clause suscitée enlève la possibilité au juge son pouvoir d'appréciation.

e. **ANALYSE D'UNE CLAUSE CONTRACTUELLE (PAGES ANNEXES)**

Art 19 : les parties ont modalisé le remplacement. Un délai est accordé à l'entrepreneur.

f. **REMARQUES FINALES**³³

a) Est-ce que le créancier peut requérir directement du juge le droit de se remplacer sans lui demander d'abord de condamner le débiteur à s'exécuter en nature ?

Cette question a agité la doctrine ; Certains auteurs proposent les deux procédures concomitantes, mais dans un souci de réalisme, il faut admettre que le créancier qui a perdu toute confiance en son débiteur, il peut demander directement le remplacement. L'on considère que le juge aurait encore le pouvoir d'accorder un dernier délai au débiteur afin qu'il s'exécute.

Quid du retard qui s'accumule ? Si le retard cause des dommages au créancier, il pourra demander des Dommages et Intérêts.

b) Dans un arrêt du 26 juin 1980, la Cour de Cassation a reconnu au juge le pouvoir de prononcer des injonctions, des ordres aux personnes de droit public. Mais le juge ne peut autoriser le remplacement judiciaire pour l'exécution d'une obligation de l'administration, dans la mesure où cela entraverait le principe de la continuité du service public.

Si une commune doit exécuter une obligation contractuelle vis-à-vis de nous et qu'elle ne le fait pas, on peut demander au juge que la commune exécute mais le juge ne pourra pas accorder le remplacement judiciaire.

c) Le remplacement judiciaire n'est concevable que si un tiers peut se substituer au débiteur. (voy.supra)

³³ Voy. P. WERY, les clauses de remplacement, in Les clauses relatives aux sanctions d'inexécution contractuelle, La Charte, 2001.

2. L'ASTREINTE (ART 1385 CJ)³⁴

Nous allons envisager l'astreinte dans le domaine des obligations contractuelles mais elle a en réalité un champ d'application beaucoup plus large. Elle peut être demandée à l'égard des personnes privées et des personnes de droit public.

Ex. A l'égard de personnes de droit public : l'administration communale doit, en vertu de la loi, doit m'envoyer des documents relatifs à un permis de bâtir. L'on peut demander au juge que l'administration communale soit condamnée sous astreinte (10 000 FB/jour).

Elle a été consacrée par une loi et provient d'une convention Bénélux de 1973. Celle-ci laissait la liberté d'intégrer cette loi où les pays le voulaient. Certains parlementaires ont fait remarquer que cette loi a trait au pouvoir du juge et qu'elle devait être insérée dans le Code Judiciaire, plutôt que dans le Code Civil.

Ce sont les arts 1385bis CJ et ss.

La Convention de 1973 a réservé à la Cour de Justice Bénélux toutes les questions qui se posent et qui sont contentieuses. C'est un mécanisme de question préjudicielle.

a. DÉFINITION DE L'ASTREINTE

L'astreinte est une condamnation pécuniaire que le juge menace à un débiteur de devoir payer à un créancier si ce débiteur n'exécute pas volontairement l'obligation que le juge lui enjoint d'exécuter.

1° C'est une condamnation pécuniaire.

2° Cette somme ne sera due au débiteur que si celui-ci ne respecte pas l'ordre du juge. C'est une menace que le débiteur peut empêcher en effectuant son obligation.

3° C'est une condamnation accessoire à une injonction du juge qui porte sur une condamnation principale. Le but de la Convention Bénélux était de favoriser le respect des décisions judiciaires et en même temps cela favorise l'exécution en nature des obligations parce que bien entendu, lorsque le débiteur est condamné à une astreinte, où à une somme spécifique à chaque fois qu'il y a violation d'une obligation, il est quasi certain qu'on respectera l'ordre du juge. C'est un palliatif extrêmement efficace.

Ex. l'entrepreneur est condamné à effectuer des travaux, et à défaut de le faire, une astreinte de 10 000 FB/jour. Ce n'est que s'il ne respecte par l'ordre du juge qu'il devra payer l'astreinte.

³⁴ Voy. Irma Moreau-Margrève, Analyse approfondie, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1982, pages 11 et ss.

4° L'astreinte, quand elle a couru, est versée au créancier. Cela a été beaucoup discuté au début (associations charismatiques, etc. mais n'a pas abouti). Elle n'est pas indemnitaire. Dès lors, même si le débiteur doit payer une astreinte au créancier, il devra en plus payer des dommages et intérêts pour réparer le dommage subi.

b. CHAMP D'APPLICATION DE L'ASTREINTE

En principe, toute condamnation qu'un juge a le pouvoir de prononcer peut être accompagnée d'une astreinte.

Il existe cependant des exceptions à ce principe : l'art 1385bis CJ

1.- les condamnations pénales : à travers toute la convention Bénélux, il apparaît sans aucun doute que des condamnations pénales ne peuvent être assorties d'une astreinte. Mais à titre de sanction pénale, on pourrait imaginer que cet ordre du juge prononcé à titre pénal pourrait être assorti d'une astreinte. Ce ne sera pas possible si l'ordre du juge est une sanction pénale (pour sanctionner une infraction).

Voy. Cass. 20 avril 1993

2.- Les obligations qui portent sur une somme d'argent : l'astreinte est exclue lorsque la condamnation principale prononcée par le juge porte obligation de payer une somme d'argent.

Ex. Un contrat de location. Le locataire ne paie plus ses loyers depuis 6 mois. Le créancier demande l'exécution en nature forcée (NB. toujours concevable quand le débiteur doit une somme d'argent). Le juge condamne. Il ne peut pas l'assortir d'une astreinte.

Certains auteurs regrettent cette exception car l'astreinte a un rôle incitatif important et cela aurait pu être utile.

→ Dans les obligations portant sur des sommes d'argent l'exécution en nature forcée est toujours possible. Il n'est donc pas nécessaire d'avoir l'astreinte.

3.- Les actions en exécution d'un contrat de travail (intentées par le travailleur ou l'employeur) : exception propre au droit belge car la convention Bénélux laissait une certaine liberté aux trois états sur ce point. Raison d'être :

1.- la crainte que l'astreinte soit utilisée pour lutter contre l'absentéisme des travailleurs.

2.- Cependant, dans la pratique quotidienne des juges, ceux-ci ont tendance à rétrécir cette exception.

Ill. Il est déjà arrivé qu'un juge condamne sous astreinte un employeur à délivrer à un employé licencié les documents dont il avait besoin pour un autre travail.

Ill. L'astreinte est utilisée, souvent en référé, à l'encontre des piquets de grève c'est-à-dire que l'employeur demande au juge que les travailleurs ou syndicats qui bloquent l'accès de l'entreprise soient condamnés à une astreinte de X francs par jour de présence du piquet de grève. Certains pensent que cela sape le droit de grève.

Remarques.

- 1) l'astreinte n'est pas concevable lorsque l'exécution en nature est devenue matériellement ou juridiquement impossible. **L'astreinte n'est donc présente et concevable que lorsque l'exécution en nature est toujours possible et satisfaisante pour le créancier mais que l'exécution en nature forcée est impossible** (parce que soit cela entraînerait une contrainte physique, soit c'est un contrat *intuitu personae* et que le créancier ne va pas utiliser le palliatif du remplacement judiciaire)
- 2) L'astreinte peut être prononcée à l'égard d'une personne de droit privé mais également d'une personne de droit public.

c. LES MODALITÉS DE L'ASTREINTE

1. L'astreinte est un pouvoir du juge mais ne peut être prononcée d'office : elle doit être demandée par le créancier mais il n'est pas obligé de l'accorder.

L'astreinte a un rôle incitatif. Le juge doit se demander s'il y aura un rôle incitatif à l'appliquer dans tel cas et quel montant pour que le débiteur soit soumis à pression.

2. Art 1385ter CJ : types d'astreintes

- 1) il peut condamner à une somme définitive et globale en cas de non-respect de l'obligation principale. C'est une **astreinte globale**.
- 2) Le débiteur devra une astreinte de X F par contravention au contrat (surtout pour les obligations de non-facere). C'est une astreinte **par contravention**.
- 3) Le débiteur devra X F /jour, semaine, mois tant que la condamnation principale n'a pas été respectée : c'est **une astreinte par unité de temps**.

Choix du montant de l'astreinte : le juge choisit souverainement le montant afin qu'elle puisse jouer son rôle incitatif. Il est certain que l'astreinte sera peu élevée si elle s'adresse à un particulier mais faramineuse si elle s'adresse à une société avec de nombreux bénéficiaires.

3. L'astreinte ne peut jamais courir avant la signification du jugement au débiteur. Bien souvent, le juge peut accorder un délai avant son point de départ (art 1385bis in fine).

4. Le juge peut fixer un montant maximum à l'astreinte quand celle-ci est progressive (c'est-à-dire quand fixée par unité de temps ou par contravention pour protéger les autres créanciers)

5. L'astreinte a un caractère définitif. Si le débiteur exécute dans le délai imparti par le juge, l'astreinte ne commence pas à courir : le but a bien été atteint. S'il ne le fait pas, il devra la somme prévue et ne peut pas (contrairement à la France) revenir devant le juge pour obtenir une diminution de l'astreinte. C'est l'art 1385quater.

- elle est due au créancier (ce qui entraîne encore quelques réticences de certains). Avant que la loi ne prévoie l'astreinte, on la lui refusait toujours.
- Exceptions au caractère définitif de l'astreinte
 - En cas de faillite (1385sexies : faillite du débiteur). Une astreinte court et le débiteur fait faillite. Toute l'astreinte ayant couru auparavant reste due mais le créancier ne pourra pas présenter à la faillite sa créance d'astreinte (pour protéger les autres créanciers).
 - En cas de décès du débiteur (art 1385septies). Une astreinte court. Le débiteur meurt. Tout ce qui a couru avant reste dû mais elle cesse pour l'avenir sauf si le créancier demande à ce qu'elle soit re-prononcée à l'égard des héritiers (il doit donc revenir devant le juge).
 - En cas d'impossibilité du débiteur d'exécuter l'obligation principale (art 1385quinquies). L'astreinte encourue avant que l'impossibilité ne survienne reste due et après, suppression, suppression temporaire ou réduction de celle-ci.
 - *Une décision judiciaire condamne un débiteur à restituer une voiture prêtée et ce, sous astreinte. Malgré la condamnation, il ne restitue pas la voiture. La voiture lui est volée par des tiers mais avait été négligé (garage grand ouvert). C'est n'est pas une cause étrangère libératoire (car le vol était prévisible). Certains pensent que l'astreinte ne doit pas continuer à courir (car pas de rôle incitatif) et d'autres pensent que c'est trop facile (il est plus facile pour lui d'échapper à l'astreinte).*

3. AUTRES PALLIATIFS OCCASIONNELS

On voit apparaître d'autres palliatifs occasionnels afin d'avoir l'exécution en nature.

1. *Il y a un acte sous seing privé entre un acheteur et un vendeur. Chacun a une obligation l'un vis-à-vis de l'autre. Le vendeur a l'obligation de passer acte authentique de vente afin que l'acheteur puisse aller le transcrire à la Conservation des Hypothèques. Il arrive que le vendeur ne veuille pas se rendre chez le notaire. Le*

juge peut lui ordonner, après avoir constaté qu'il y a eu vente, condamner le vendeur à passer acte authentique chez le notaire dans tel délai et à défaut de le faire, le jugement en question tiendra lieu d'acte authentique de vente.

2. Un jugement constate la résiliation du bail pour faute du locataire et ordonne son expulsion. Quid si le locataire ne veut pas partir ? Le bailleur vient avec un serrurier, on vide les meubles que l'on met sur le trottoir, on change les serrures. Quid s'il est là ? Il suit généralement les meubles ☺. L du 30.11.98 dispose que le CPAS doit être prévenu, un délai supplémentaire lui est accordé – 1 mois -, les meubles seront conservés, etc. Cette loi « humanise » les expulsions.

25.2.2 CONCLUSIONS

Lorsque le créancier obtient le remplacement judiciaire (1143 et 1144 CC), le créancier peut de toute façon avoir des dommages et intérêts pour le dommage qui subsiste. C'est vrai aussi lorsque le débiteur est condamné à une somme d'argent (exécution en nature forcée possible). Le créancier aura droit à des dommages et intérêts pour les retards apportés pour les sommes d'argent.

En cas d'obligations de faire ou de non faire qu'un débiteur ne veut pas exécuter volontairement, le créancier peut recourir soit au remplacement judiciaire soit à l'astreinte mais n'est pas obligé de passer par ces palliatifs, il peut se rabattre immédiatement sur l'exécution par équivalent.

Le créancier peut combiner les différentes demandes. Par exemple, il peut demander au juge à condamner le débiteur à l'exécution en nature sous astreinte et demander en même temps, que si le débiteur ne s'est pas exécuté dans un certain délai, qu'il condamne celui-ci à des dommages et intérêts à titre d'exécution par équivalent.

25.3 L'EXECUTION PAR EQUIVALENT OU LES REGLES DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

L'exécution par équivalent est accorder au créancier la réparation du dommage qui résulte de l'inexécution (souvent des dommages et intérêts).

Pour mettre en cause la responsabilité contractuelle, il faut 3 conditions

- **une mise en demeure**
- **l'inexécution doit être imputable au débiteur (comp. obligations de résultats et de moyens, art 1147, 1148 CC, voy. supra)**
- **un dommage (art 1149 et 1150 CC)**

25.3.1 ART 1149 CC (PRINCIPE) : FORME DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

Le créancier a droit à la réparation de son dommage

Il a droit **au *damnum emergens*** perte subie effectivement.

et au bénéfice manqué : **au *lucrum cessans***

Il a droit à la réparation de son dommage moral, à la réparation de son dommage futur, à condition qu'il puisse l'évaluer et que ce dommage futur soit certain ou suffisamment certain : on ne répare pas un dommage hypothétique, mais l'on répare la perte d'une chance.

25.3.2 LIMITATION A L'ART 1149 CC : L'ART 1150 CC : LE DOMMAGE PRÉVISIBLE.

Art 1150 CC : Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

1.- Le dommage doit être prévisible dans son principe. **Pour la Cass. Belge, il suffit que le principe du dommage réclamé ait été prévisible lors de la conclusion du contrat (ou sa cause, ou sa nature). En revanche, il n'est pas nécessaire que la quotité (ou l'étendue du dommage) soit prévisible.**

Ill. Préposé pour effectuer un transport. Le camionneur laisse le camion ouvert et sans surveillance. La société de transport est responsable de ses agents d'exécution. Ce coffre contenait des lingots d'or. Le créancier demande des dommages et intérêts pour la perte de ces lingots. Pour la Cour de Cassation, le créancier obtiendra toute la somme parce que la perte éventuelle du coffre était prévisible pour le transporteur et qu'il était prévisible pour le camionneur qu'il devrait réparation s'il n'exécutait pas son obligation, même s'il n'avait pas pu prévoir le montant des dommages et intérêts. On pourrait peut être nuancer, la société se devait de prévenir le camionneur du contenu du coffre (art 1135 CC). La Cour de Cassation française pense que le dommage et la quotité doivent avoir été prévisibles (c'est donc plus favorable au débiteur).

2.- Cas du dol du débiteur. Le créancier a droit à la réparation du dommage mais il faut qu'il soit prévisible SAUF s'il y a dol du débiteur. Dans ce cas, le créancier a droit à la réparation de son dommage même imprévisible (*art 1150 in fine a contrario*).

Qu'est-ce que le dol du débiteur ?

Ce n'est pas le dol dans la formation du contrat. Pour ce concept de dol dans l'exécution du contrat, il y a eu aussi une évolution jurisprudentielle allant d'un sens restrictif vers un sens extensif.

Au départ, il y avait dol quand le débiteur n'exécute pas son contrat pour nuire à son créancier.

La notion de dol va s'élargir : il suffit qu'il y ait inexécution volontaire mais avec la connaissance par le débiteur du dommage qu'il va causer à son créancier.

Finalement, il y a dol quand il y a inexécution volontaire, délibérée du débiteur.

Ex. Un débiteur doit une somme d'argent. Il a la somme pour rembourser mais préfère partir en vacances. Si le créancier peut prouver qu'il avait l'argent et qu'il arrive à prouver que le débiteur s'est mis volontairement en retard de paiement, il a droit à la réparation du dommage.

Le créancier pourra donc demander réparation du dommage même imprévisible, même si cela a peu d'incidence vu la notion de dommage prévisible retenue par la Cour de Cassation.

4) Il faut un lien causal entre l'inexécution et le dommage (art 1151 CC)

Le dommage subi par le créancier doit provenir de l'inexécution du contrat. Il y aura lien causal si on parvient à établir que sans l'inexécution, le dommage ne se saurait pas produit.

Cette notion de causalité (voy. déf. supra), en matière de responsabilité contractuelle, a la même définition que dans la responsabilité délictuelle, a décidé la Cour de Cassation.

Il faut mais il suffit que l'inexécution soit la condition nécessaire du dommage. C'est ce qu'on appelle la théorie de l'équivalence des conditions. Chaque fois qu'il y a un dommage dont le créancier veut demander réparation, il faudra se poser, pour déterminer le lien causal, la question de savoir si le dommage se serait produit, s'il n'y avait pas eu inexécution. Ce critère suffit (peu importe que le lien causal soit direct ou indirect, contrairement aux termes employés à l'art 1151 CC,).

Art 1151 CC. Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention

Ill. Un contrat d'entreprise entre une fabrique de jus de fruits et un entrepreneur, chargé de réparer le système de refroidissement d'air. L'entrepreneur, au cours de la réparation, commet une négligence, il ne prend pas les précautions pour que certaines particules de silex et d'ardoise soient enlevées ou nettoyées. Elles se propagent à travers toute l'usine à travers le système de filtrage d'air. Ces particules tombent sur

le jus de fruit (pour une production de 500 000 FB). L'exécution en nature est devenue impossible. On passe à l'exécution par équivalent.

Preuve imputable au débiteur : La faute est patente.

Domage : réparation intégrale

1.- La fabrique demande la réparation du système du filtrage : ok. Le dommage étant prévisible, elle les obtiendra.

2.- Elle demande des dommages et intérêts pour la production de jus de fruits : l'entrepreneur dit qu'il ne pouvait pas prévoir que la production pouvait monter jusqu'à un montant important (500 000). Mais pouvait-il prévoir le dommage ? Oui. La cause était prévisible.

3.- Le créancier a pu prouver qu'il avait plusieurs clients qu'il approvisionnait tous les jours. Ce jour-là, il n'a pas pu livrer et un client a dénoncé le contrat. Perte d'un contrat. L'appréciation du juge est ici souveraine à partir des arguments développés par les avocats. Lien causal ? Sans l'inexécution, le dommage se serait-il passé ? Non. Si l'on applique l'art 1151 à la lettre : non. Si théorie de la Cour de Cassation : oui. Ici, on peut très bien imaginer que le juge refuse alors que la Cour de Cassation pense que oui.

Quid si c'est un préposé qui a fait le dommage ? L'entrepreneur est responsable des fautes de ses préposés. Comment l'entrepreneur peut-il se protéger ? Les assurances qui couvrent leurs fautes professionnelles.

25.3.3 CHARGE DE LA PREUVE

C'est au créancier de prouver que toutes les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies (charge de la preuve dépend si obligation de moyen ou obligation de résultats)

C'est aussi au créancier à prouver qu'il a subi un dommage et son montant via des demandes à experts, etc. mais quid si pas moyen de déterminer le montant avec précision voire pas du tout, le juge accordera des dommages **ex æquo et bono** (mais le créancier a souvent beaucoup moins et dépend totalement de l'appréciation subjective du juge).

25.3.4 EFFETS DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

L'exécution par équivalent sont à 95 % des dommages intérêts.

- Ceux-ci sont moratoires s'il s'agit de dommages et intérêts dus à cause d'un retard dans l'exécution.
- Dans tous les autres cas, ce sont des dommages et intérêts compensatoires.

Selon les arts relatifs à la responsabilité contractuelle, le CC ne parle que des dommages et intérêts. On a l'impression que les dommages et intérêts ne sont qu'une somme d'argent dus suite à une inexécution. La responsabilité contractuelle est donc envisagée en terme d'argent par le Code Civil.

Mais depuis tout un temps, à partir de l'art 1382³⁵ (siège de la responsabilité délictuelle, entre tiers), un mouvement estime que c'est au juge de déterminer le mode de réparation le plus adéquat. C'est vrai que c'est le plus souvent des dommages et intérêts qu'elle demandera mais il est possible qu'elle demande autre chose .

Ill. Que le jugement de condamnation du débiteur soit publié dans les journaux.

Ill. vice dans l'objet acheté. L'acheteur pourrait demander la réparation du bien.

Dans la responsabilité contractuelle, peut-on considérer que dans certains cas, rares, certes, la victime pourrait demander une autre forme de réparation (alors que les arts 1147 et ss CC parlent de réparation du dommage). La jurisprudence a décidé que oui. Elle a fait glisser, de nouveau, les règles de la responsabilité délictuelle vers la responsabilité contractuelle. La jurisprudence et la doctrine ont dit que le législateur avait seulement voulu visé le « quod plerumque fit » (ce qui arrive le plus souvent) et donc n'a pas voulu exclure les autres modes de réparation. Le juge peut donc ordonner la réparation en nature.

25.3.5 CONCLUSION : RAPPROCHEMENT DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DE LA RESPONSABILITE DELICTUELLE

On peut parler de rapprochement des deux responsabilités.

Dans la responsabilité délictuelle, il faut prouver	une faute
	un dommage
	un lien causal

Dans la responsabilité contractuelle, il faut prouver	une faute
	un dommage
	un lien causal

Les conditions sont quasi les mêmes, malgré quelques petites différences. Une certaine doctrine a tendance à enseigner les deux responsabilités ensemble, à les intégrer l'une l'autre. Cette vision uniforme des règles des deux responsabilités est fautive parce que cet amalgame occulte le principe fondamental en matière d'exécution des obligations contractuelles qui est que l'exécution par équivalent (mise en jeu des règles de la responsabilité contractuelle) n'est jamais qu'un succédané parce que le créancier a droit avant tout à l'exécution en nature du contrat.

³⁵ *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

SECTION 2.- AMENAGEMENTS AU DROIT COMMUN

Ces nuances sont d'origines légales ou conventionnelles (clauses introduites dans le contrat).

26 LES AMENAGEMENTS LEGAUX

26.1 LA MISE EN DEMEURE

Le droit commun veut que le créancier a l'obligation de mettre son débiteur en demeure s'il veut obtenir l'exécution de l'obligation.

Le législateur a-t-il allégé cette obligation ?

- art 1657 CC : le vendeur a le droit de mettre fin au contrat sans mise en demeure.
- Etc. (textes rares)

26.2 IMPUTABILITE DE L'INEXECUTION

26.2.1 RAPPEL

Le créancier doit fournir la preuve que l'inexécution est imputable au débiteur.

26.2.2 AGGRAVATION DE CETTE CONDITION DANS LE CHEF DU DÉBITEUR

1.- Le législateur intervient parfois dans un sens d'aggravation de la condition d'imputabilité. Dans certains textes, le législateur décide que telle obligation est une obligation de résultat (alors que normalement dépend de l'intention des parties).

- art 4 Loi sur le contrat de transport de personnes ou de choses : le transporteur (débiteur) est responsable sauf s'il prouve le contraire. Le législateur en fait une obligation de résultat Alors que si l'on applique la théorie de l'aléa, c'est une obligation de moyens. Le législateur aggrave donc l'imputabilité pour le débiteur.
- Rem. Même quand le législateur fait d'une obligation une obligation de résultat, nous restons quand même dans la responsabilité contractuelle à base de faute, puisque le transporteur, dans l'exemple, pourrait faire la preuve d'une cause étrangère libératoire.

2.- Le législateur va parfois plus loin dans l'aggravation. Il prévoit parfois une obligation de garantie à charge du débiteur. Dans certains cas, il prévoit que quand le

résultat n'est pas atteint, le débiteur ne pourra pas faire la preuve de son absence de faute ou d'une cause étrangère libératoire. C'est réellement une dérogation au droit commun. Ce n'est plus la responsabilité contractuelle à base de faute : le débiteur garantit un résultat quoiqu'il arrive.

- garantie des vices cachés dans la vente (art 1641 CC) : le vendeur est garant et ne pourra pas faire la preuve du contraire (même si le vice est d'une ignorance invincible dans le chef du vendeur ou si le vice est dû au fabricant, ...)

NB. Parfois on confond obligation de garantie et obligation de résultat.

26.2.3 ALLÈGEMENT POUR LE DÉBITEUR

Ex. dépôt gratuit (art 1927 et ss) : le débiteur qui doit conserver la chose, doit se conduire dans la conservation de la chose se conduire à l'égard de ses propres affaires. Sa responsabilité est allégée : il ne sera responsable que s'il ne s'est pas conduit avec la chose conservée comme il l'aurait fait avec ses propres affaires.

Ill. Loi sur le contrat de travail (art 18 L 03.07.78) Le travailleur n'est responsable, vis-à-vis de son employeur pour les dommages qu'il lui cause, que de sa faute intentionnelle lourde et de sa faute légère occasionnelle et répétitive. Mais il n'est pas responsable de ses fautes légères occasionnelles. Les fautes légères occasionnelles étant les plus fréquentes, c'est un réel allègement. Il n'est pas non plus responsable des fautes légères occasionnelles qu'il commet vis-à-vis des tiers : le client aura une action contre le patron sur base de la responsabilité contractuelle (faute de ses préposés).

26.3 AMENAGEMENTS LEGAUX EN MATIERE DE DOMMAGES

26.3.1 L'ART 1153 CC

Art 1153 apporte une dérogation légale : *Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans les intérêts légaux, sauf les exceptions établies par la loi.*

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils sont dus à partir du jour de la sommation de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

S'il y a dol du débiteur, les dommages et intérêts peuvent dépasser les intérêts légaux. (Sous réserve de l'application de l'article 1907, le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire l'intérêt stipulé à titre de dommages-intérêts pour retard dans l'exécution si cet intérêt excède manifestement le dommage subi à la suite de ce retard. En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer un intérêt inférieur

à l'intérêt légal. Toute clause contraire aux dispositions du présent alinéa est réputée non écrite.) <L 1998-11-23/36, art. 2, 005; En vigueur : 23-01-1999>

1. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE

a) L'article ne s'applique qu'aux obligations où le débiteur est, dès l'origine, tenu à un somme d'argent (honoraires à payer, assurances, vente, etc.).

Ill. Une personne est victime d'un accident de roulage et elle demande des dommages et intérêts. On lui doit 300 000 FB. L'art 1153 CC s'applique-t-il ? Non car son obligation première est de rouler de manière à ne pas causer de dommage.

b) L'article ne s'applique que pour les dommages moratoires (intérêts de retard). L'hypothèse visée est celle où le débiteur, face à une obligation de paiement, est en retard de paiement. L'intérêt de retard n'est dû qu'à partir de la mise en demeure (c'est-à-dire par simple lettre, le sommer dans des termes qui doivent montrer la volonté claire du créancier à vouloir récupérer la somme)

2. LA RÈGLE DE L'ARTICLE 1153 CC : LE FORFAIT LÉGAL

L'intérêt de retard lorsque le débiteur est en retard de paiement est un intérêt légal. Il ne se trouve pas dans l'article. Cet intérêt est actuellement de 7% : il est fixé par arrêté royal afin qu'il soit plus facilement modifié.

Cet article est dérogatoire en le sens que selon le droit commun, le créancier doit prouver le dommage et le lien causal entre le retard invoqué et le dommage. L'art 1153 dispense le créancier de la preuve du dommage et du lien causal.

Pourquoi ce forfait légal ? En 1804, on s'est dit qu'un créancier pouvait avec une somme d'argent faire des tas de choses diverses et que ce serait difficile pour le juge de pouvoir déterminer son utilisation. La solution la plus facile a été de fixer ce forfait légal.

Cela peut être défavorable au créancier parce que le dommage peut être plus élevé que le taux. Toutefois, certains disent que cette règle est favorable parce que s'il place son argent, il a moins. Parfois, un créancier a besoin de son argent et comme il n'est pas payé, il doit emprunter à taux d'intérêt plus élevé que le taux légal.

3. EXCEPTION

L'article 1153§4 prévoit une exception. Voy. évolution du dol contractuel.

Ill. Un entrepreneur chargé de la construction d'une maison fait appel à un sous-traitant pour la charpente de cette maison. Le travail est achevé. L'entrepreneur a bien effectué son travail de même que le sous-traitant. Le sous-traitant réclame le prix de son travail à l'entrepreneur principal. Celui-ci, en difficultés financières, est insolvable et trouve des tas de prétextes pour retarder le paiement. Pour payer ses

ouvriers, le sous-traitant se voit obligé d'emprunter à du 15%. Il va en justice, assigne l'entrepreneur principal, demande à ce qu'il soit condamné à la somme d'ue, majoré des intérêts de retard de 15% (=dommage réellement subi) à partir de la mise en demeure. Le juge fait droit à la demande. Le sous-traitant a pu convaincre le juge en plaidant le dol contractuel. L'entrepreneur aurait très bien pu demander à son banquier d'emprunter la somme pour payer le sous-traitant et qu'il ne l'aurait pas fait pour ne pas à avoir à emprunter à 15% mais plutôt obtenir le forfait légal de 7%.

On constate que l'art 1153§4 connaît un regain d'intérêt actuellement. Le créancier perd le forfait légal et doit donc prouver le dommage et le lien causal.

4. L'ARTICLE EST SUPPLÉTIF

Les parties peuvent fixer conventionnellement l'intérêt de retard plus bas ou plus haut que l'intérêt légal. En principe, c'est valable parce que l'art 1153 n'est pas d'ordre public. Cette clause est une clause pénale et si elle est excessive, le juge peut la diminuer. Voy. art 1153 dernier alinéa.

26.3.2 L'ART 1154 CC : L'ANATOCISME OU LA CAPITALISATION DES INTÉRÊTS

1. LA POSITION DU PROBLÈME

Lorsque les intérêts sont dus sur un capital et que ces intérêts ne sont pas payés, cette dette d'intérêt peut elle même être considérée comme un capital qui va produire à son tour des intérêts ? C'est la question de l'anatocisme ou la capitalisation des intérêts. Quid des intérêts sur intérêts ?

Cela peut se produire

dans l'hypothèse de l'art 1153 CC.

dans l'hypothèse sur prêt produisant des intérêts conventionnels (rémunération de la somme prêtée par le banquier)

Le prêt d'argent avec intérêt ne pouvait pas être pratiqué, selon le droit canon (aujourd'hui, l'islam le refuse toujours). L'Eglise catholique l'a peu à peu admis mais pas l'anatocisme. Au moment du Code Civil, d'autres ont invoqué la possibilité de cette capitalisation des intérêts. En 1804, le Code Civil prend une position de compromis : ce n'est pas interdit mais c'est réglementé de manière à protéger le débiteur.

2. RÈGLE

Art 1154 CC : Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une (sommation) judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la sommation, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. <L 01-05-1913, art. 7>

1. - Le débiteur doit être bien conscient que les intérêts qu'il doit sont susceptibles d'intérêts également (il doit être au courant de la *croissance exponentielle de la dette*). Il faut une convention spéciale : les intérêts ne vont produire des intérêts que lorsque le créancier aura averti spécifiquement le débiteur.

Le débiteur doit être averti

par une **sommation judiciaire** (assignation en justice, exploit de justice, et donc pas une simple mise en demeure).

Le dépôt de conclusion par un avocat au cours d'un procès qui informe le débiteur de l'anatocisme vaut sommation judiciaire.

Le dépôt d'une créance au passif de la faillite ne vaut pas sommation (Cass.).

Ou par une **convention spéciale** : si le débiteur doit une dette d'argent, a été mis en demeure, doit une dette de retard, puis une convention spéciale avertit le débiteur du début de l'anatocisme. Cette convention doit être signée par les deux parties.

2.- Cette convention ou cette sommation ne peut intervenir que si il y a un an d'intérêts qui ont déjà couru. C'est la condition d'annalité.

3.- L'anatocisme n'est possible que pour des intérêts échus.

Ex. Un créancier assigne son débiteur le 12 janvier 1998, demande dans son assignation le capital dû, 500 000 FB, plus l'intérêt de retard (7%, intérêt légal, pas de clause conventionnelle → 35 000 FB), depuis la mise en demeure (01.01.97). Il demande en plus que son débiteur doive payer un intérêt de retard sur l'intérêt dû à partir de l'assignation, du premier janvier 98.

La condition d'annalité est remplie

La sommation judiciaire est remplie → les conditions sont remplies

Ce sont des intérêts échus

Il est possible que les parties signent un arrangement et que le 2 janvier, ils concluent cette convention spéciale. La capitalisation pourra-t-elle se produire à partir du 2 janvier ? Dans le premier cas, l'anatocisme courra à partir du 12, dans le deuxième cas, à partir du 2 janvier.

Le débiteur ne pourra pas renoncer à la convention spéciale. L'art 1154 est impératif. Elle ne peut pas non plus être conclue à l'avance.

Remarque : la règle est très mal reçue par les banquiers belges parce que procédure trop lourde. Les Français admettent par contre que les conventions spéciales peuvent se trouver dans une clause du contrat de prêt. Les Anglo-saxonnes connaissent l'anatocisme. La jurisprudence belge applique l'article.

En outre, il faut savoir qu'un usage s'est développé *contra legem* dans le compte courant où l'anatocisme pourra jouer pleinement sans que les conditions de l'art 1154 CC sans que soit réuni les conditions de l'art 1154 CC.

Ex. Une ouverture de crédit est accordée à un commerçant. C'est un compte courant. Des sommes vont être inscrites au débit. A un moment, il est à -100 000 FB, puis reçoit de l'argent, il est à +50000, puis retire de l'argent, est à -200 000. Une clause du contrat précise qu'un intérêt de 8% est dû quand le compte est en négatif et sera dû trimestriellement. La somme due sera de -205000 mais s'il continue, capital + intérêts vont produire intérêts de retard s'il est toujours en négatif. La capitalisation se fait alors que les conditions de l'art 1154 ne sont pas remplies. On justifie cela en prétendant « qu'il y a des fous des deux côtés » : un compte courant n'est pas fait pour rester en découvert pendant longtemps.

Rem. L'art 1154 : quel est son champ d'application.

Certains disent qu'il ne joue que pour les intérêts conventionnels dus sur une somme d'argent mais pas sur les intérêts moratoires, étant donné que le législateur a bien séparé les deux articles. D'autres appliquent le contraire. Une troisième tendance dit que cela s'applique aux deux. La jurisprudence applique le texte aux deux hypothèses.

26.3.3 L'ARTICLE 1155

Art 1155 Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la (somme) ou de la convention. <L 01-05-1913, art. 7>

Ce n'est pas une exception aux règles de l'anatocisme et ce n'est d'ailleurs pas une question d'anatocisme qui se pose : le terme néanmoins est donc inapproprié. Les fermages, les loyers ne sont pas des intérêts. D'ailleurs : « somme » = mise en demeure normale, etc. Ce sont des règles de droit commun.

26.3.4 FIXATION D'UN MAXIMUM À LA RÉPARATION

Le créancier, en cas d'inexécution, a droit à la réparation intégrale de son dommage, sauf si le législateur en décide autrement dans une loi particulière.

Ex. art 1952 in fine CC³⁶ : la loi fixe un plafond à la réparation du dommage ; le dommage est limité à 100x le prix de la chambre.

Ex. Convention de Varsovie sur le Transport aérien (ratifiée par la Belgique et donc dans notre droit interne): obligation de résultat qui est de sécurité (et de garantie ?)

³⁶ Les hôteliers, sont responsables, comme dépositaires, de toute détérioration, destruction ou soustraction des objets apportés à l'hôtel par le voyageur qui y descend et y prend logement : le dépôt de ces objets doit être considéré comme un dépôt nécessaire.

Sont considérés comme apportés à l'hôtel :

- a) les objets qui s'y trouvent pendant le temps où le voyageur dispose du logement;
- b) les objets dont l'hôtelier ou une personne lui prêtant ses services, assume la surveillance hors de l'hôtel pendant la période où le voyageur dispose du logement;
- c) les objets dont l'hôtelier ou une personne lui prêtant ses services, assume la surveillance, soit à l'hôtel, soit hors de l'hôtel, pendant une période d'une durée raisonnable, précédant ou suivant celle où le voyageur dispose du logement.

La responsabilité visée au présent article est limitée par sinistre à 100 fois le prix de location du logement par journée. Le Roi peut fixer le cas échéant les éléments permettant de déterminer ce prix.

mais cette limitation est limitée à une somme de 250 000 FB/ dommage mais l'art 25 prévoit que cette limitation ne joue pas en cas de dol. Une série de conventions internationales suivent le même principe : on prévoit une responsabilité à base de risque. Dès que l'accident s'est passé, la société est responsable sans que la victime doive prouver une faute.

27 LES AMENAGEMENTS CONVENTIONNELS

27.1 LA CLAUSE DE DISPENSE DE MISE EN DEMEURE (ART 1139 CC)

Clause pour dispenser le créancier de la mise en demeure du débiteur. Le débiteur est donc en retard (ou en état d'inexécution) par la seule échéance du terme.

Par exemple :

« Si le débiteur n'a pas payé dans un délai de 8 jours à partir de l'échéance, il sera en état d'inexécution sans mise en demeure. »

Le juge pourra tenter d'annihiler les effets de cette cause en invoquant la bonne foi.

27.2 LES CLAUSES RELATIVES A L'IMPUTABILITE DE L'INEXECUTION

27.2.1 DISTINCTION ENTRE OBLIGATIONS DE RESULTATS ET DE MOYENS

La distinction entre les obligations de résultats et de moyens dépend, on l'a vu, de la volonté des parties. Quand la volonté n'est pas exprimée, l'on applique le critère de l'aléa. Dans certains contrats, les parties le déterminent par avance par

27.2.2 AGGRAVATION DE CETTE CONDITION

Le débiteur, par ex., s'engage à une obligation de résultats alors que ce n'est qu'une obligation de moyens.

Ex. Dans les contrats internationaux, il arrive que les fournisseurs d'une société occidentale s'engagent à fournir telle entreprise dans tel pays, dans tel délai, avec telle production, lors de la mise en service. C'est une obligation de moyens dans le contrats (l'entreprise fera ses 'best efforts').

Il peut arriver que la clause alourdisse encore plus l'obligation du débiteur. L'obligation du débiteur devient une **obligation de garantie** : la clause garantit

quelque chose et si le résultat n'est pas atteint, le débiteur sera responsable sans pouvoir invoquer une cause étrangère libératoire.

27.2.3 ALLEGEMENT DE CETTE CONDITION : LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE (art 1147 à 1148 CC)

Art 1147 : Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Art 1148 : Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

Ce sont des clauses qui aménagent, qui formulent quelques événements (grèves, interruption dans les fournitures, coupures d'électricité, etc.)

Ex. : « Au cas où surviendrait une grève, des interruptions de fournitures, des coupures d'électricité, le débiteur pourra les invoquer comme causes étrangères libératoires même si ces événements n'entraînent pas qu'une plus grande difficulté d'exécution et pas d'impossibilité d'exécution. »

Ces clauses sont favorables au débiteur et procèdent du Code Civil mais surtout de la jurisprudence belge (en effet, le concept de « force majeure » est plus strict en common law).

27.2.4 REMARQUES

Comme ces clauses dérogent au droit commun, elles sont de stricte interprétation. Si la force majeure est un événement à effet temporaire, la clause suspend le contrat pendant un temps limité. Si l'événement est au-delà d'un délai prévu, le contrat est résilié.

Des clauses de force majeure et des clauses de sauvegarde

Ces clauses se confondent souvent avec les clauses de sauvegarde et avec les clauses d'imprévision. Dans notre droit, quand un événement imprévisible rend l'exécution plus difficile ou plus onéreuse, mais pas impossible, ce n'est pas une cause étrangère libératoire : la théorie de l'imprévision n'est pas consacrée dans notre système. N'oublions pas, cependant, que les parties peuvent adopter dans leurs contrats des clauses de sauvegarde (ou encore d'imprévision, de 'hardship') et ainsi adhérer à la théorie de l'imprévision.

27.3 LES CLAUSES RELATIVES AU DOMMAGE : LES CLAUSES PENALES ³⁷

Les parties peuvent par la clause pénale prévoir à l'avance dans le contrat le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution éventuelle du débiteur à l'avenir.

Ces clauses sont intéressantes pour le créancier. Dès qu'il y a inexécution, il n'est plus obligé de prouver le dommage et de déterminer son montant.

Les clauses pénales sont fréquentes dans les contrats.

Ex. Dans un bail, en cas de rupture prématurée du bail par le locataire, il y a résiliation du bail à ses torts et devra donc une indemnité de résiliation de 6 mois de loyers.

Si la partie qui prend en leasing un bien quelconque ne paie pas régulièrement le loyer, la société de leasing pourra mettre fin à celui-ci et réclamer en dommages et intérêts le montant à échoir jusqu' à la fin du contrat.

27.3.1 DEFINITION

Art 1226 : La clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution.

Cette définition est celle modifiée de 98 afin de montrer la fonction purement indemnitaire de la clause pénale. L'ancien article combiné avec un autre article (d'ailleurs modifié depuis aussi), l'art 1229 CC, permettait de lui attribuer un rôle indemnitaire et un rôle coercitif (incitatif) : le montant demandé était une somme élevée afin d'inciter le débiteur à ce qu'il s'exécute.

La loi affirme dans la nouvelle définition de la clause pénale son impact uniquement indemnitaire. Elle ne peut servir à une peine privée. La fonction coercitive que la clause pénale pouvait revêtir est désormais interdite.

L'article 1226 ancien était : *La clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.* Certains pensaient qu'elle pouvait, à la lumière de cet article, avoir un effet incitatif.

Remarques : on applique la clause pénale que s'il y a inexécution fautive du débiteur et que le créancier en demande réparation. Il faut donc avoir prouver l'inexécution fautive.

³⁷ Bibliographie

Christine Biquet-Mathieu, la loi du 23.11.98, JT, 1999, pgs 710 à 716
Patrick Wery, RGDC, 1999, pgs 722 et ss.

27.3.2 HOSTILITE A SON EGARD

De par le rôle incitatif entrevu par l'ancien article 1226, la clause pénale était souvent mal vue. Dès l'origine, la clause pénale a mauvaise presse.

- a) on a dit que la clause pénale permettait parfois au créancier de spéculer sur l'inexécution. Elle était en effet parfois tellement élevée que le créancier avait tout intérêt à ce que le débiteur ne s'exécute pas. Or, rappelons-le, spéculer sur l'inexécution est ILLICITE. Les clauses qui permettaient cela étaient considérées comme nulles.
- b) Si elles étaient trop élevées, le créancier aurait plus que son dommage, en plus c'est une peine privée. Les peines privées sont INTERDITES en droit civil (il est à noter que l'astreinte est une peine privée consacrée par la loi et donc elle n'est plus privée).
- c) Certaines clauses entravent la liberté de défense en justice : en effet, au début, la clause pénale suivante était très répandue : « *en cas d'action en justice ou de poursuites judiciaires, le débiteur devra en plus des intérêts moratoires, une somme équivalente à 15 % de la dette principale : ce sont des clauses de majoration forfaitaire* ». Le débiteur n'osera plus ne pas payer parce que si tel est le cas, il ira en justice et devra donc la majoration forfaitaire.

27.3.3 RÉACTION LÉGALE ET JURISPRUDENTIELLE

1. Dans un premier temps, le législateur est intervenu dans des secteurs sensibles : il a très vite interdit la clause pénale dans le **bail à ferme, dans la vente à crédit** (déjà en 1957 : pouvoir de réduire la clause pénale au juge), et dans l'**art 1023 CJ** : toutes les clauses de majoration forfaitaire de la dette en cas d'action en justice sont nulles.

Clauses de majoration forfaitaires interdites par l'art 1023 CJ et condamnées par la Cour de Cassation.

- les frais d'avocats (voy. Cass. 07.04.95).
- les poursuites judiciaires

Quid pour les clauses qui n'évoquent pas ces deux points ? « En cas de non paiement de la dette à l'échéance, la dette sera augmentée de 15% » c'est une clause de majoration forfaitaire qui ne fait pas allusion aux frais d'avocats ou aux poursuites judiciaires. Cette clause est dangereuse pour le débiteur. Face à ce type de clauses non prévues par l'art 1023 CJ, la doctrine majoritaire pense qu'elles obéissent quand même au droit commun de la clause pénale (tel que modifié en 1998) et le juge peut donc les réduire si elles sont excessives.

2. La Cour de Cassation dans un **arrêt du 14 avril 1970** décide que la **clause pénale est par essence indemnitaire** (malgré l'ancien article 1226 CC) et si le juge constate qu'elle n'a pas ce caractère (parce qu'elle procure au créancier un bénéfice plus grand que l'exécution du contrat, par ex.), la clause est contraire à

l'ordre public sur base de l'art 6 CC et est donc nulle. Le créancier aura toutefois droit à la réparation du dommage qui résulte de l'inexécution fautive. Dans un **arrêt du 18 février 1988**, la Cour de Cassation va admettre **qu'un juge puisse réduire le montant de la clause pénale sur base de l'abus de droit**. La première sanction de l'abus de droit selon la Cour de Cassation est la réduction du droit.

3. Regain d'intervention ponctuelle du législateur.

- Dans la loi sur les pratiques du commerce (1991)

Le législateur va dresser la fameuse liste noire de l'art 32. L'art 32, 15° (réciprocité de la clause pénale) prévoit qu'est nulle une clause qui prévoit des dommages et intérêts à charge de l'acheteur si cette clause n'est pas également prévue pour le vendeur. Dans les contrats de prêts, les clauses pénales doivent être réciproques.

En outre, l'art 32, 21° dit qu'est nulle la clause (...) qui dépasse manifestement le préjudice subi par le vendeur. Ce texte dépasse la pensée de la Cour de Cassation. Le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation : dès qu'il a constaté qu'il y a préjudice manifeste, il doit annuler sur base de l'art 32, 21°.

- Dans la loi sur le crédit à la consommation ayant pour but de protéger le consommateur (art 90)

L'art 90, al 2 donne au juge un pouvoir de réduire les clauses pénales.

4. Modification des arts 1226 et ss du Code Civil : la nouvelle loi.

1.- La loi du 23.11.98 qui a modifié le droit commun de la clause pénale. La loi laisse subsister les régimes particuliers (ex. crédit à la consommation : art 90).

2.- La sanction n'est plus l'annulation mais la réduction par le juge.

Art 1231 CC : <L 1998-11-23/36, art. 4, 005; En vigueur : 23-01-1999> § 1er. Le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention.

En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale.

§ 2. La peine peut être réduite par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

§ 3. Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite.

3.- La réduction peut se faire d'office. Il y a souvent défaut du débiteur en justice. C'est pourquoi le juge, même lorsque le débiteur n'est pas là, la réduire d'office si nécessaire.

(4.- Il semble que l'art 1231 ne vise que les clauses pénales « en argent » (« somme déterminée »), ce qui est le cas dans 99% des cas. Mais on peut imaginer que la clause pénale prévoit qu'en cas de défaut de la chose vendue, le vendeur devra la remplacer. Cette clause pourrait la réduire ? Certains disent que la jurisprudence de la Cour de Cassation s'appliquerait. Le juge pourrait donc annuler.)

5.-

A.- La clause doit être manifestement excessive pour être réduite. C'est l'idée de l'application marginale du juge qui s'applique (> doctrine néerlandaise).

*Ex. Un créancier fixe une clause pénale à 100. Il y a litige, le créancier demande l'application. Le juge va voir si le chiffre n'est pas manifestement excessif. Le juge estime qu'aurait du être 98. Cela ne correspond pas à l'appréciation du juge mais ce n'est pas manifestement excessif. **Il faut qu'elle soit de toute évidence sans rapport avec une somme qu'aurait convenu un homme diligent et prudent.***

B.- Manifestement excessif par rapport à quoi ? Ce n'est pas par rapport au dommage effectivement subi par le créancier quand l'inexécution est bien là, que l'on va comparer le montant de la clause pénale : on va comparer par rapport au dommage normalement prévisible au moment de la conclusion du contrat.

Ex. Clause pénale de 100. Le débiteur dit que le créancier n'a subi qu'un dommage de 50. Le juge ne peut pas dire que la clause est excessive : il doit voir ce qu'un homme prudent et normalement diligent aurait choisi au moment de la conclusion du contrat.

La Cour de Cassation exigeait déjà auparavant que le juge fasse cette gymnastique. Mais en réalité, il doit sûrement tenir compte comme indice du dommage effectivement subi. Le critère est donc difficilement applicable.

C.- S'il y a plusieurs clauses pénales, le juge peut les additionner pour voir si l'ensemble donne un résultat manifestement excessif.

6.- Si la clause est réduite, le créancier a au minimum droit à la réparation du dommage effectif. On ne peut aller en deçà. C'est l'art 1231, 3°. C'est un « taux plancher ».

7.- L'art 1231, §2 (// ancien) prévoit l'hypothèse d'une clause pénale prévue en cas d'inexécution totale et non pour **l'inexécution partielle**. Hors l'inexécution est partielle : le juge peut diminuer proportionnellement la clause pénale en interprétant la volonté des parties.

Des clauses pénales prévoient souvent des clauses pénales d'inexécution partielle. Il faut alors appliquer, non l'art 1231 CC, mais la volonté des parties. L'art 1231 pourrait s'appliquer si l'on tient compte de la totalité des clauses pénales.

8.- Le texte est impératif. Ce texte protège le débiteur. Le débiteur pourrait y renoncer à condition que la renonciation intervienne à un moment où il peut le faire. Certains auteurs pensent que c'est un texte d'ordre public (parce que le juge peut d'office soulever la clause pénale excessive).

9.- *L'article 1153, al 4 : (Sous réserve de l'application de l'article 1907, le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire l'intérêt stipulé à titre de dommages-intérêts pour retard dans l'exécution si cet intérêt excède manifestement le dommage subi à la suite de ce retard. En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer un intérêt inférieur à l'intérêt légal. Toute clause contraire aux dispositions du présent alinéa est réputée non écrite.) <L 1998-11-23/36, art. 2, 005; En vigueur : 23-01-1999>*

Dans le cas où il y a clause pénale en cas de retard, le juge peut la réduire. Le dommage subi est le dommage effectivement subi.

Les critères sont donc différents :

- Certains pensent que c'est une élégance juridique : l'art 1153, al 4 doit s'interpréter comme l'art 1231
- D'autres pensent que ce dernier critère a déjà été adopté dans l'art 90 de la loi sur le crédit à la consommation et que ce n'est donc pas une élégance juridique.

27.3.4 PROBLÈME DE LA QUALIFICATION DE LA CLAUSE PÉNALE

La nouvelle législation et la jurisprudence de la Cour de Cassation ne visent que la clause pénale. Cela a engendré un contentieux énorme et une partie de celui-ci porte sur l'identification de la clause pénale. Le problème de qualification n'est pas toujours aisé (clause de dédit, de barème >< clause pénale).

Il faut la distinguer

1. DE LA CLAUSE DE DÉDIT

Vente d'une chose mobilière. Le contrat, conclu, accorde à l'acheteur un droit de repentir. Si ce droit est exercé, il est presque toujours prévu qu'il devra payer une indemnité de dédit de X% du montant de la facture. Certains pensent que c'est une clause pénale déguisée. La Cour de Cassation pense que **l'indemnité de dédit n'est pas une indemnité due en cas d'inexécution mais la contrepartie d'un droit qui sinon, ne serait pas accordé par le créancier.** La jurisprudence de la clause pénale ne s'appliquera donc pas mais bien l'art 1134.

2. DE LA CLAUSE DE BARÈME

Cass. 03.10.86 montre bien la difficulté de la distinguer d'une clause pénale. *Un entrepreneur de peinture s'est engagé à faire des marquages sur les routes. Le contrat précisait la qualité de la peinture qui devait être utilisée. En vertu d'une clause barème, il était prévu que dans l'hypothèse où la peinture n'aurait pas la qualité*

*prévue, le prix à payer par la commune serait diminuer d'une certaine somme (le barème était calculé par gramme d'un produit manquant dans la composition de la peinture). Les travaux terminés, on s'aperçoit que la qualité n'est pas celle prévue dans le contrat. Le maître de l'ouvrage prétend donc appliquer la clause barème. L'entrepreneur plaide que « La clause barème est en réalité une clause pénale manifestement excessive parce que la commune ne subit aucun dommage ». La Cour d'Appel refuse de le suivre et applique la clause barème. L'entrepreneur se pourvoit en cassation : « **La clause barème n'est pas une clause pénale : elle a pour objet de faire varier le prix qui est dû selon les indications prévues.** ».*

Conclusion : conseiller aux particuliers de déguiser une clause pénale sous la forme d'une clause barème.

3. DE LA CLAUSE DE RÉSILIATION UNILATÉRALE

Ex. deuxième arrêt analysé (Cass. 20.10.99). La partie qui met en œuvre la clause de résiliation doit une certaine somme d'argent. La Cour de Cassation a dit que ce n'était pas une clause pénale et la clause de résiliation unilatérale ne peut donc pas être réduite.

Auparavant, la Cour de Cassation avait déjà été saisie de litiges parallèles.

Ex. Contrat de bail selon le droit commun pour durée de 9 ans mais une clause reconnaît au locataire le droit de mettre fin au bail à tout moment (clause de résiliation) moyennant un préavis de 3 mois et avec l'obligation de payer un indemnité de résiliation pour un montant équivalent au montant des loyers à échoir jusqu'à l'expiration du bail à échoir. Le locataire, en la 5^{ème} année, écrit qu'il met fin au loyer. Le bailleur demande donc le paiement des 4 ans de loyers. Pour ne pas le payer, le locataire objecte qu'il s'agit d'une clause pénale excessive. Il demande donc au juge de la réduire. Le raisonnement du locataire tient en ceci : « en l'absence de cette clause de résiliation, j'aurai dû exécuter le contrat pendant 9 ans et si j'y avais mis fin unilatéralement avant terme, j'aurai été en état d'inexécution et le bailleur aurait pu me demander des dommages et intérêts. La clause que le bailleur baptise « clause d'indemnité de résiliation unilatérale » est une clause pénale. Si celle-ci est excessive, je peux demander au juge de la réduire. ».

Les deux clauses se ressemblent. Une différence dans les effets cependant : il est à noter que si c'est une clause pénale, le créancier peut demander l'exécution en nature (sous réserve de l'abus de droit) tandis que si c'est une clause de résiliation unilatérale, le créancier ne peut demander l'exécution en nature.

La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi du locataire : « une clause de résiliation unilatérale accompagnée de paiement d'indemnités n'est pas une clause pénale et on ne peut donc pas la réduire sur base de l'art 1231 CC. ».

Ces arrêts ont été critiqués par une partie de la doctrine (ex. Irma Moreau-Margrève). Elle dénonce qu'avec un peu d'habileté, il est facile de masquer une clause pénale sous la forme d'une clause de résiliation unilatérale. Voy. RCJB, 2001, pp 103 et ss.

Remarque

Attention : la loi sur les pratiques du commerce permet au juge d'annuler certaines clauses considérées comme abusives (art 31).

27.4 LA CLAUSE DE LIMITATION OU D'EXONERATION DE RESPONSABILITE

27.4.1 GÉNÉRALITÉS

Créancier et débiteur peuvent s'accorder sur une clause qui déciderait que le débiteur ne serait pas responsable en cas d'inexécution ou sur une clause qui limiterait cette responsabilité. Ce sont des clauses favorables au débiteur. Quand ces clauses exonèrent complètement la responsabilité du débiteur, ce sont des clauses d'exonération ; quand elles limitent : ce sont des clauses limitatives. Il y a plus de clauses limitatives.

Ces clauses peuvent être distinguées en 4 catégories

1. TYPES DE CLAUSES

- **Clauses limitatives du montant du dommage** : *une commune ou l'Etat confie à un bureau d'ingénieurs le calcul de solidité, de résistance d'un pont. Si l'ingénieur fait une erreur, cela peut avoir des conséquences dramatiques. Pour 500 000 F d'honoraires, il pourrait être amené à payer des sommes faramineuses. Dans ce type de contrat, il y a souvent une clause qui dit qu'en cas de mise en cause de la responsabilité du bureau d'ingénieurs, l'indemnité due sera au maximum égale au montant des honoraires reçus.*
- **Clauses de limitation quant au type de dommage** : cette clause prévoit que seuls certains dommages seront réparés par le débiteur. *Si la chose vendue vient à tomber en panne, ne fonctionne pas après la délivrance, le vendeur ne devra que le coût des pièces nécessaires à la réparation mais pas la main d'œuvre.*
- **Clauses de limitation quant à la cause du dommage** : le débiteur ne sera responsable en cas d'inexécution que de son dol ou de sa faute lourde (rejette donc sa responsabilité pour les fautes légères)
- **Clauses de « responsabilité abrégée »** : le créancier a en principe 10 ans pour réclamer les dommages et intérêts. Cette clause peut diminuer le temps de prescription pour l'action en responsabilité contre le débiteur.

2. RAISON D'ÊTRE DU DÉVELOPPEMENT DE CES CLAUSES

Les débiteurs peuvent faire face, suite à une faute légère, à des dommages et intérêts faramineux. C'est pourquoi, ces clauses permettent de « calculer » le risque et de

limiter leur responsabilité. Ils diminuent donc leurs contrats d'assurances et donc cela leur reviendra au prix de revient (les assurances deviennent abordables).

Le législateur est coincé entre ces deux pôles : protéger le créancier (parce que le débiteur est plus puissant dans ce cas que lui) et permettre de diminuer le prix de revient des assurances pour tout le monde.

27.4.2 LE PRINCIPE EN DROIT COMMUN

Ces clauses sont valides (art 1134 CC) car non réglementées, non interdites par le Code Civil.

27.4.3 EXCEPTION

1. EN DROIT COMMUN

a. LE DOL

D'une manière générale, il a été admis par la jurisprudence que l'on ne peut s'exonérer de son dol. Si par une clause de non responsabilité, le débiteur s'exonère de son dol, la clause est nulle.

Pourquoi cette règle ? Deux explications :

- l'exonération de son dol est contraire à l'ordre public : le dol du débiteur, le dol contractuel est contraire à l'ordre public. Ce n'est valable que pour la première définition du dol contractuel (fait de ne pas s'exécuter dans le but de nuire au créancier).
- Aujourd'hui, le dol contractuel est l'inexécution volontaire et délibérée du débiteur de son obligation (son propre intérêt avant celui du créancier). Celui qui s'engage à une obligation mais qui dans le même contrat décide de s'exonérer s'engage de manière potestative. Cela détruit l'engagement (quoique je fasse, je n'aurais pas de sanctions). L'art 1174 CC rend l'engagement potestatif nul.

Une clause de ce type est nulle et risque d'entraîner toute la clause d'irresponsabilité.

→ Il peut s'exonérer de toutes ses responsabilités sauf pour le dol.

→ La clause peut aussi ne pas parler du dol expressément (ex. le débiteur s'exonère de sa responsabilité en cas d'inexécution : le débiteur limite sa responsabilité aux honoraires reçus en cas d'inexécution ; on ne parle pas du dol).

Quid pour les juges ?

Certains juges considèrent que les parties ont voulu y intégrer le dol et donc la clause est nulle.

D'autres argumentent sur base de l'art 1157 CC : les parties savent qu'on ne peut s'exonérer de son dol et la clause a été inscrite pour avoir un sens : la clause ne s'étend pas au dol (la clause doit rester valable).

NB. Une clause, même si elle est valable, ne peut jamais être appliquée lorsque le juge constate dans les faits qu'il y a inexécution doléuse du débiteur.

b. DOL ET FAUTE LOURDE

a) Adage

Le débiteur peut-il s'exonérer en cas de faute lourde ? En effet, le Code Civil ne dit rien là dessus (art 1134 donc). En droit romain, existe un adage « la faute lourde est équivalente au dol ». Donc en application de cet adage, la clause qui exonérerait de la faute lourde serait nulle. Le problème est de savoir si cet adage existe toujours dans notre droit.

b) Faute lourde : notion

La faute lourde est la faute grossière sans intention de nuire dans l'inexécution. Certains rejettent cette définition pour étendre la notion : c'est l'inexécution avec la conscience d'un dommage que l'on va causer au créancier (// dol)

c) Arrêt Majestic (25.09.59)

Cet arrêt est venu rejeter l'application de l'adage dans notre droit, c'est-à-dire qu'on ne peut s'exonérer de son dol mais bien de sa faute lourde.

Un client se présente au garage Majestic pour entretien et réparation. Un préposé du garage en déplaçant le véhicule fait une faute et le véhicule est abîmé. Le client intente une action en dommage et intérêts pour demander la réparation en nature. Le garage invoque alors une clause d'exonération de responsabilité : « le garage Majestic n'est pas responsable des dégradations et dégâts pouvant résulter du déplacement des voitures dans le garage opéré par son personnel pour les besoins du services ». Le tribunal civil de Liège déclare que la clause est nulle parce que contraire à l'ordre public (on ne peut s'exonérer ni de son ni de sa faute lourde). Le garage va en cassation.

Dans un premier attendu, elle déclare : « les parties à un contrat peuvent convenir que le débiteur ne sera ni responsable ni du dol ni de la faute lourde de ses préposés. »

Ensuite, « aucune disposition légale n'interdit aux parties de convenir que le débiteur ne répondra pas de sa faute lourde personnelle. ». Par cet attendu, elle rejette l'adage latin.

Cet arrêt a été fort critiqué : certains juges du fond ont tenté de résister. Les notions de dol et de faute lourde étant très proches, il peut être facile pour un juge de considérer que face à une faute lourde, il s'agit d'un dol.

c. **NULLITE DE LA CLAUSE DE NON RESPONSABILITE QUI ABOUTIRAIT A ENLEVER TOUT OBJET AUX OBJETS DES OBLIGATIONS PRINCIPALES OU AU CONTRAT**

Exception forgée par la doctrine et la jurisprudence et admise unanimement. La Cour de Cassation l'a consacré dans l'arrêt Majestic, elle avait laissé une porte ouverte : « le débiteur peut s'exonérer... mais à condition que la clause n'enlève pas tout objet au contrat ».

NB. Renvoi au tribunal civil de Verviers qui décida d'annuler la clause en question en se servant de la deuxième exception consacrée dans l'arrêt : un garage qui s'engage à réparer des voitures et à restituer un véhicule sans dégâts est une obligation principale et a donc annulé la clause.

Ces clauses sont nulles à cause de l'idée même de l'obligation contractuelle et de l'art 1174 CC. Mais cela risque d'annuler tout contrat. C'est pour cela qu'on utilise le conditionnel (aboutirait) pour permettre d'annuler uniquement la clause (les parties n'ont pas voulu que le contrat soit nul).

Certains prônent la conversion des actes nuls mais cette théorie n'est toujours pas permise.

Ex. Bien souvent, pour les films à développer, il y a une clause de non responsabilité pour le magasin. Des jeunes mariés revenant du mariage de noce. Le vendeur perd le film. Le couple demande réparation de leur dommage moral. Le juge a considéré que la clause de non responsabilité enlevait tout objet au contrat. Quid si clause de non responsabilité : « le vendeur est responsable du coût du film » ? Une telle clause échappe moins au point 3).

2. LES LOIS PARTICULIÈRES

- 1) **La loi sur les pratiques du commerce** (art 31, 32, 33) : l'art 32 et sa liste noire. La clause qui a pour objet de libérer le vendeur de sa responsabilité de son dol ou de sa faute lourde est nulle ou de ses préposés ou mandataires. L'art 32.11 a pour but de rejeter l'arrêt Majestic mais reprend la troisième exception du droit commun voy. également les arts 32.22, arts 32.27.
- 2) **La loi sur les contrats entre professions libérales et clients** : art 3§4 sont nulles les clauses citées, et notamment celles qui ont pour but d'exclure la responsabilité légale de la profession libérale en cas de morts, etc.
- 3) **La loi sur le contrat de transport de personnes**
- 4) **La loi sur la responsabilité des produits défectueux.**

Toutes lois interdisent les clauses de non responsabilités.

Face à une clause de non responsabilité, il faut donc se demander en premier si ce n'est pas interdit par une loi particulière ; si ce n'est pas le cas, il faut appliquer le droit commun et vérifier si elles ne sont pas dans les exceptions de celui-ci.

27.4.4 INTERPRETATION

L'art 1157 propose l' « effet utile ». Sur base de cet article, la clause va être interprétée comme excluant le dol (voy. supra).

D'autres cas d'interprétation se sont posés : à propos de la faute lourde. On rencontre souvent des clauses de non responsabilité en terme généraux qui disent, par ex., que le débiteur ne sera pas responsable en cas d'inexécution excepté le cas de dol. Devant une telle clause, un autre problème se pose : quid de la faute lourde ? Certains disent qu'en cas d'inexécution, on veut exclure la faute lourde.

→ Il faut d'abord rechercher la **volonté réelle et commune des parties**. *En cas d'inexécution* : y a t il volonté commune que cela couvre la faute lourde ?

→ Le problème a été porté devant la Cour de Cassation : **en cas de doute**, la convention s'interprète contre celui qui stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (art 1162 CC). Donc **la volonté commune exclut, en cas d'inexécution, la faute lourde, sauf si le débiteur a voulu expressément inclure la faute lourde**.

Mais commercialement, il existe peu de clauses où le débiteur ose l'inclure expressément (ce qui serait valable depuis l'arrêt Majestic).

28 REGLES PARTICULIERES AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES³⁸

Les contrats synallagmatiques font que les obligations sont réciproques : il y a interdépendance voulue par les parties entre les obligations assumées. La plupart des contrats sont synallagmatiques (ex. vente : le vendeur s'engage à livrer la chose parce que l'acheteur paie le prix ; de même l'acheteur paie le prix parce que le vendeur s'engage à livrer la chose).

A l'opposé des contrats synallagmatiques : les contrats unilatéraux (unilatéraux au point de vue de son exécution : il ne fait naître des obligations que dans le chef d'une partie contractante).

Les contrats synallagmatiques sont définis à l'art 1102, les contrats unilatéraux à l'art 1103 CC.

- mise en demeure
- demande de l'exécution en nature (forcée) et éventuellement assortie d'une astreinte et éventuellement en demandant, si le débiteur ne s'exécute pas, le remplacement judiciaire et des dommages et intérêts.
- Si le débiteur ne s'exécute toujours pas, parce que l'on est dans un contrat synallagmatique, il va avoir des armes : l'exception d'inexécution (arme défensive) et la résolution judiciaire (arme offensive)

28.1 L'EXCEPTION D'INEXECUTION (INEXECUTION IMPUTABLE AU DEBITEUR)

28.1.1 DEFINITION ET FONDEMENT

Aussi appelé « exceptio non adimpleti contractus », c'est un mécanisme reconnu à chacun des cocontractants dans un contrat synallagmatique : chacun n'est tenu d'exécuter ses obligations que si le cocontractant exécute ou offre d'exécuter les siennes. C'est le principe du donnant-donnant. C'est un moyen de défense parce que tant que A n'offre pas d'exécuter ou n'exécute pas, il ne peut pas astreindre, même en justice, B pour non exécution.

Il n'y a pas de théorie générale dans le Code Civil mais quelques exemples disséminés
Ex : art 1612 CC : Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement

³⁸ X. THONIS, La suspension du contrat, Université-Palais, décembre 2001, vol. 51, p 45 et ss.
DUBUISSON JM et TRIGAUX A, l'exception d'inexécution en droit belges *in* les sanctions de l'inexécution contractuelle, Bruylant, 2001, p. 57 et ss.

La Cour de Cassation (arrêt 07.11.35) a cherché un fondement et a donné comme fondement la cause : « la cause de l'obligation de l'un est l'obligation de l'autre ». Cela a été critiqué par la doctrine parce que le législateur n'a reconnu la cause que dans la formation du contrat et la Cour de Cassation l'utilise pour l'exécution.

Sensible à ses reproches, la Cour de Cassation a rendu d'autres arrêts (voy. arrêt 14.03.1991) dans lesquels elle dit que l'exception était un principe général de droit tiré de différents textes du code civil.

28.1.2 CONDITIONS

1. IL FAUT DES PRESTATIONS SIMULTANÉES

Si les parties n'ont pas précisé cette simultanéité expressément ou tacitement, on présume qu'elles ont voulu que l'exécution soit simultanée.

Celui qui s'est engagé à exécuter le premier (ou qui doit en vertu de la nature de l'obligation) ne bénéficie pas de l'exception. Par exemple, dans une vente à crédit, le vendeur livre la chose tout de suite et l'acheteur paie en plusieurs mensualités : lorsque le moment est arrivé de livrer, le vendeur ne peut pas dire qu'il lui faut un acompte. Il perd l'exécution d'inexécution.

L'exception est cependant disponible pour le second : il peut invoquer l'exception si le premier n'exécute pas son obligation.

En outre, dans les contrats à exécution échelonnée (ex. contrat d'approvisionnement) A s'engage à approvisionner B de telle quantité de produits, tous les mois. B payera tous les 15 du mois ce qu'il a reçu. Le premier échelonnement arrive le 1.1.2001, A ne peut pas dire qu'il n'approvisionne pas au premier échelonnement tant que B n'aura pas payé, car il se rend alors coupable d'inexécution mais si c'est B qui ne paye pas au second échelonnement, A peut alors ne pas approvisionner au deuxième échelonnement.

2. INEXECUTION IMPUTABLE AU DEBITEUR

Supposons qu'un contrat de livraison d'armes est conclu entre un acheteur et la FN. L'acheteur peut dire que tant pas livré, il ne paye pas. Une loi belge interdit d'exporter des armes dans tel pays. Du fait du prince, le débiteur est en état d'inexécution mais non fautive. L'acheteur, qui se trouve dans ce pays, devra-t-il toujours payer ? Non, il pourra suspendre son paiement en vertu de la théorie des risques.

3. EXCEPTION D'INEXECUTION DOIT ÊTRE INVOQUEE DE BONNE FOI

a. DE LA BONNE FOI DE CELUI QUI L'INVOQUE

Celui qui invoque l'exception doit l'invoquer de bonne foi. Mais s'il n'exécute pas et que je n'exécute pas, faut-il mise en demeure ? Il semble que non car le créancier ne réclame pas quelque chose mais se sert d'un moyen défensif d'attente (on n'applique pas 1139 CC).

Mais il vaut mieux avertir le débiteur de l'inexécution et le cas échéant, lui laisser un délai pour pouvoir invoquer l'exception de bonne foi.

Ex. Un locataire ne paie plus son loyer. Le bailleur l'assigne. Le locataire dit que le bailleur n'a pas fait réparer toitures, etc. Le juge dira que le locataire ne peut user de son exception qu'après avoir averti le bailleur. L'exception a été invoquée de mauvaise foi. C'est le locataire qui sera en état d'inexécution in casu.

Je ne peux invoquer l'exception d'inexécution si c'est à cause de moi que l'autre n'a pas exécuté.

Ex. L'entrepreneur se présente plusieurs jours. Il était convenu que c'était le maître de l'ouvrage devait payer la première tranche après la première semaine de travaux. Le maître de l'ouvrage n'étant pas présent, c'est du fait de celui ci que l'entrepreneur est en état d'inexécution.

b. PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

Il est contraire à la bonne foi d'invoquer l'exception pour des défauts tout à fait mineurs qui ne causent pas des préjudices au créancier.

Lorsque les obligations sont divisibles, il faut invoquer l'exception d'inexécution de manière proportionnelle (souvent invoqué en matière de bail).

Ex. le bulex de la cuisine ne va pas. Le locataire prévient le bailleur. Le bailleur doit venir. Le mois suivant, il n'est toujours pas venu. Le locataire ne paie pas le loyer suivant. L'exception d'inexécution invoquée par le locataire est contraire à la bonne foi. Il n'applique pas le principe de proportionnalité. Il se devait de diminuer le montant du loyer de manière proportionnelle.

4. LE CREANCIER QUI INVOQUE L'EXCEPTION DOIT RESTER EN MESURE D'EXECUTER SA PROPRE OBLIGATION

C'est un droit de suspendre ses obligations, pas de se délier du contrat. Voy. infra

5. REMARQUE : COMMENT L'EXCEPTION D'INEXECUTION EST-ELLE MISE EN ŒUVRE ?

L'exception est mise en œuvre par le seul fait que la partie l'invoque. Il n'est pas obligé d'assigner son cocontractant en justice pour l'invoquer.

28.1.3 EFFETS DE L'EXCEPTION D'INEXECUTION

Cela donne le droit de suspendre l'exécution de ses obligations car le contrat existe toujours ! Le contrat reprend son cours normal quand l'autre offre d'exécuter. C'est cet effet suspensif qui explique la quatrième condition. Celui qui invoque l'exception doit rester en mesure d'exécution sa propre obligation parce que dès que l'autre s'exécute, le premier doit pouvoir s'exécuter aussi.

Dans certains cas, l'exception d'inexécution peut avoir un effet définitif.

28.1.4 RÔLE DE L'EXCEPTION D'INEXECUTION

L'exception est-elle vraiment utile ?

Elle peut avoir plusieurs fonctions

- 1) c'est un mécanisme fondé sur l'équité parce qu'elle permet l'équité dans les contrats synallagmatiques et conformes à la volonté des parties et la faisant respecter
- 2) c'est un moyen de contrainte : c'est une arme défensive et efficace et peu coûteuse. Son rôle de contrainte joue pour amener l'autre à exécuter. Cette arme est très utile. En effet, si je conclus un contrat synallagmatique, c'est parce que j'ai besoin des prestations de l'autre mais pour avoir celui-là, je vais devoir exécuter. Il ne faut pas que celui qui s'en serve, exécute son obligation sinon il serait obligé d'aller en justice.

Ex. Vente : livraison et prix sont simultanés. Le débiteur dit au vendeur qu'il n'a pas d'argent en liquide. Le vendeur pourrait repartir avec le frigo. Pour des raisons de facilité, il va dire que l'acheteur lui payera plus tard. Donc il a exécuté son obligation et ne pourra donc pas invoquer l'exception d'inexécution.

- 3) rôle de garantie qui apparaît lorsque le créancier est en concours avec d'autres créanciers du débiteur.

*Ex. Contrat d'entreprise pour la construction d'une maison. Le maître de l'ouvrage se rend compte de malfaçons. Il demande des dommages et intérêts mais doit encore à l'entrepreneur la dernière tranche du prix. L'entrepreneur est déclaré en faillite. Un curateur va donc être désigné et va reprendre l'administration des biens du failli. Il va s'adresser au maître de l'ouvrage pour la somme qu'il doit encore. Il va ensuite faire une déclaration à tous les créanciers pour qu'il fasse déclaration des sommes que le failli leur doit. Le maître de l'ouvrage fait donc déclaration. Le problème est qu'il peut être payé au marc le franc. Le maître de l'ouvrage risque de ne pas avoir grand chose. Mais il va pouvoir invoquer l'exception d'inexécution : tant que le failli n'avez pas exécuté le contrat par équivalent ou payé des dommages et intérêts, moi, je ne paye pas. **L'exception joue donc un rôle définitif.** Il ne perdra donc rien.*

Ce rôle de garantie a été consacré par la Cour de Cassation : l'exception d'inexécution peut être soulevé bien que l'inexécution paraisse définitive. C'est

un arrêt du 13.09.73. Le créancier qui invoque cette exception doit montrer que sa volonté est de suspendre son exécution et non qu'il souhaite utiliser la compensation.

Certains auteurs (voy. HERBOTTS, Cour d'Appel de Liège) ont l'air de dire que l'exception ne peut être soulevée que quand elle a pour but d'inciter l'autre à exécuter.

Il est à rappeler que l'exception d'inexécution peut être soulevée à l'égard de tiers. Dans un contrat de vente, la règle est qu'il y a transfert immédiat de la propriété du bien même si le bien est toujours entre les mains du vendeur (parce que pas encore livré). Voilà que l'acheteur a des créanciers. Dès la vente, le droit de propriété du bien acheté vient grossir le droit de gage. Les créanciers viennent le saisir entre les mains du vendeur. Le vendeur peut invoquer l'exception d'inexécution non seulement à l'égard de l'acheteur mais aussi des tiers. Il a une obligation de délivrance et tant qu'il n'est pas payé, il ne délivre pas. **L'exception d'inexécution prend ici le nom de droit de rétention** (tant que vous ne payez pas, je retiens la chose).

Remarque

Les créanciers de l'acheteur pourraient faire une saisie conservatoire sur le bien entre les mains du vendeur mais celui-ci ne pourra être contraint de remettre la chose tant que le prix n'en est pas payé (Cass. 24.04.87, Pas., 1987, I, 994).

L'acheteur revend à un tiers. Le vendeur pourra opposer au tiers son droit de rétention.

28.1.5 NATURE DE L'EXCEPTION D'INEXECUTION

Les règles sont supplétives. Les parties peuvent renoncer à l'exception d'inexécution ou lui donner d'autres modalités que celles du droit commun. Ces clauses sont valables sauf là où le législateur est intervenu par des lois impératives (voy. loi sur les pratiques du commerce, art 32.8 : il est interdit de faire renoncer au consommateur à l'exception d'inexécution ; voy. domaine de la fourniture d'électricité, de gaz et d'eau : décret RW qui oblige les sociétés distributrices à fournir un minimum même quand les factures ne sont pas payées)

28.1.6 PROBLEMES RELATIFS A L'EXCEPTION D'INEXECUTION

1. **L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION PEUT-ELLE ÊTRE INVOQUÉE ALORS QU'IL N'Y A PAS ENCORE D'INEXÉCUTION EFFECTIVE OU DE DÉFAILLANCE RÉELLE DU DÉBITEUR MAIS QUE L'ON PEUT CRAINDRE DE FAÇON SÉRIEUSE QUE LE DÉBITEUR NE S'EXÉCUTERA PAS ?**

Un entrepreneur s'engage à faire des travaux pour la ville de Liège. La ville s'engage à payer les travaux par tranche au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Cela veut donc dire que l'entrepreneur doit commencer pour obtenir la première tranche de paiement. A la date prévue pour le commencement, il apprend la situation financière désastreuse de la ville à tel point qu'elle ne paie plus les factures de ses fournisseurs. Il s'est engagé à commencer le premier mais il a tout de même des craintes de ne pas être payé. Peut-il invoquer l'exception d'inexécution ?

Rappel : si jamais l'entrepreneur décide de commencer le contrat, qu'il n'est pas payé, il pourra dire pour la seconde phase que tant qu'il n'a pas été payé, il ne continue pas.

Le Code Civil ne répond pas par un texte général mais par un texte particulier sur la vente.

C'est l'art 1613 CC : Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.

Si le vendeur s'est engagé à livrer en premier, mais qu'il y a faillite ou déconfiture, il peut ne pas livrer. Ce principe a-t-il été étendu à d'autres hypothèses que la vente ? Non, n'est pas devenu principe général. L'exception de crainte ou exception d'inexécution préventive a été insérée dans le code civil hollandais.

Cela pourrait donc évoluer dans la jurisprudence belge. La Convention de Vienne sur la vente internationale prévoit cette exception de crainte. C'est l'art 71 « *une partie peut différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît que l'autre n'exécutera pas ses obligations (...)* ».

2. **EXISTENCE DE PLUSIEURS CONTRATS ENTRE LES PARTIES CONTRACTANTES**

Si B n'exécute pas ses obligations dans le cadre du contrat 1, A pourrait-il dire qu'il n'exécute pas ses obligations dans le cadre du contrat 2 tant que B ne l'aura pas fait pour le contrat 1 ?

En principe, on ne peut pas le faire. L'exception d'inexécution ne peut jouer que dans un contrat synallagmatique.

Ex. Un entrepreneur A conclut un contrat de fourniture de carrelage avec une société B. 2 autres contrats sont conclu entre ces deux sociétés. Le carrelage a été livré mais des défauts apparaissent sur le carrelage au contrat 1. Le fournisseur doit donc des dommages et intérêts. B pourrait-elle se servir de la mauvaise exécution pour suspendre le paiement de deux autres contrats ?

Non sauf quand des contrats apparemment distincts forment un tout. Il faut donc rechercher l'intention tacite des parties mais bon, il vaut mieux l'exprimer clairement dans le contrat (ce sont les clauses d'indivisibilité entre les différents contrats).

28.1.7 REMARQUE : CHAMP D'APPLICATION DE L'EXCEPTION D'INEXECUTION

- contrats synallagmatiques
- rapports synallagmatiques : lorsqu'il y a restitution réciproque à la suite d'une résolution rétroactive d'un contrat.

28.2 LA RESOLUTION DU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

Dans un contrat synallagmatique, A, victime de l'inexécution, se voit offrir la possibilité de résoudre le contrat. Le contrat est dissous avec dommages et intérêts supplémentaires éventuellement. Cette règle est consacrée dans l'art 1184 CC.

Art 1184 CC : La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

C'est une alternative entre exécution forcée (ou par équivalent) et la résolution avec des dommages et intérêts.

Tout le monde critique l'endroit où il a été placé par les rédacteurs du code. L'art 1184 donne sanctions. Or ici, il se trouve dans le chapitre sur les modalités sur les conditions résolutoires. Cet article n'aurait pas dû être expliqué par la condition résolutoire mais par le fait qu'il s'agit d'une sanction contractuelle.

28.2.1 LE REGIME JURIDIQUE DE L'ACTION EN RESOLUTION

1. CONDITIONS POUR OBTENIR LA RÉSOLUTION DU CONTRAT

- Il faut que le **cocontractant soit en état d'inexécution qui lui est imputable**
- Il faut avoir mis le **débiteur en demeure** (résolution demandée au juge, cela vaut mise en demeure parce que l'assignation vaut mise en demeure).
- **L'inexécution imputable au débiteur doit être suffisamment grave.** La Cour de Cassation a répété à plusieurs reprises cette exigence. L'inexécution d'une obligation accessoire ne permet pas la résolution. Cela se juge in concreto par le juge. On s'est demandé si ce critère supposait qu'il ait fallu un dommage causé au créancier.

C'est ce que la Cour de Cassation a décidé en matière de bail à ferme : le demandeur peut demander résolution s'il y a dommage sur base de l'art 29. Le locataire sous-loue sans l'autorisation du bailleur, le bailleur demande la résolution. In concreto, le bailleur ne subit aucun dommage et on lui a dès lors refusé la résolution. La Cour de Cassation a fait appel à l'art 1741 CC (reproduction de l'art 1184) et à l'art 29. On s'est demandé si elle n'exige pas le dommage pour la résolution en cas d'inexécution.

2. LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE A PROPOS DE L'OPTION DU CREANCIER

1. - Le juge va-t-il prononcer la résolution si les trois conditions sont réunies ? Ce n'est pas certain. Le juge peut accorder un délai supplémentaire au débiteur (art 1184 CC)

Le bailleur assigne en justice son locataire. Il demande la résolution ainsi que des dommages et intérêts pour réparer les loyers impayés. Il va vérifier les trois conditions. Le juge peut octroyer un nouveau délai et si il y a toujours défaut, le contrat sera résolu.

L'art 1184 ne permet au juge que d'accorder un délai suivant les circonstances. Les juges, dans le fonctionnement de l'art 1184, se sont arrogés un pouvoir d'appréciation encore plus large sur cette sanction et dans le but, semble-t-il, que le contrat était l'instrument privilégié de la vie des affaires et qu'il vaut mieux le sauver : ils se sont arrogés un droit d'opportunité de prononcer la résolution judiciaire et ce même si les trois conditions sont réunies. Ils peuvent décider que la décision la plus opportune n'est pas l'anéantissement du contrat mais l'exécution en nature ou par équivalent.

2.- Si le créancier choisit l'option de l'exécution en nature ou par équivalent (ou substitut : remplacement, etc.), le juge ne peut refuser sous réserve de la théorie de l'abus de droit. Quand une telle voie est choisie, le juge pourrait refuser en fonction de la théorie de l'abus de droit. L

La Cour de Cassation a eu l'occasion de rappeler que même l'option de l'art 1184 CC est susceptible d'abus de droit dans des circonstances spéciales.

Ex. bail conclu pour trois ans. Après un an, le locataire doit quitter prématurément le lieu loué parce qu'il a trouvé un job en France. IL est en état d'inexécution. Il offre une indemnité au bailleur et lui propose même un nouveau locataire. Le bailleur refuse : il demande l'exécution en nature forcée (demande le paiement des loyers) du contrat jusqu'à la fin du terme. Le juge a dit, que dans les circonstances de l'espèce, le bailleur abusait de son droit : il cause un (1) préjudice important au locataire et ce, (2) sans un intérêt correspondant pour le bailleur. Le juge a donc prononcé la résiliation du bail aux torts du locataire mais le bail a tout de même été résilié. Le problème est pour le juge de bien motiver in concreto l'abus de droit.

Certains juges considèrent que lorsque le locataire veut quitter prématurément, il y a abus de droit sans même exiger du locataire qu'il propose d'autres alternatives. Un contrôle de la Cour de Cassation est tout de même présent.

Remarque : on en arrive à ce que le créancier se voit imposer un autre remède qu'il n'avait pas choisi à l'origine (contraire à 1134).

Il est à rappeler que la sanction de l'abus de droit est la réduction de ce droit à son usage normal et ici, il y a résiliation du contrat !

3. LES EFFETS DE LA RÉSOLUTION SI ELLE EST PRONONCÉE.

a. EFFET RÉTROACTIF

Le contrat disparaît, il est dissous. Il disparaît certainement pour l'avenir, ce qui est intéressant pour les contrats qui doivent encore être exécutés (ex. contrat d'approvisionnement). L'une et l'autre partie sont dispensées de l'exécution du contrat. Mais en plus, la dissolution agit « ex tunc », agit de manière rétroactive (contrats à exécution instantanée) : on fait comme s'il n'avait jamais existé. Si des prestations avaient été effectuées, elles doivent dès lors être restituées.

Le vendeur a livré le bien et fait crédit à l'acheteur. Ce dernier a un délai pour payer. L'acheteur ne paye pas le prix tel que convenu. Le vendeur, face à cette inexécution de son cocontractant,

doit mettre en demeure

peut demander la résolution si l'inexécution est suffisamment grave à moins que l'acheteur ne demande un délai supplémentaire.

S'il obtient la résolution, l'acheteur devra restituer le bien déjà livré et le vendeur restituer les mensualités déjà payées.

La résolution aux torts de l'acheteur s'accompagnera de dommages et intérêts pour le vendeur.

L'action en résolution judiciaire dans la vente doit être intentée nécessairement avant la faillite de l'acheteur : le vendeur ne pourra faire revenir le bien dans son patrimoine : c'est un créancier comme les autres.

b. EXCEPTION À LA RÈGLE DE LA RÉTROACTIVITÉ : ELLE JOUE POUR L'AVENIR OU « EX NUNC ».

La résolution n'est pas rétroactive lorsque dans les contrats à exécution successive. Quand elle joue pour l'avenir seulement, elle prend le nom de « résiliation ». La Cour de Cassation a posé le principe : « toute résolution n'est pas nécessairement rétroactive » ; « la résolution ne peut avoir pour effet d'annuler les prestations réciproques effectuées en exécution du contrat lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de restitution (Cass. 25.2.1991, 10.4.1994, 14.4.1994, 10.4.1997)».³⁹

Dans le bail, contrat à exécution successive, le locataire ne paye plus après 2 ans. Le bailleur demande la résolution. Cette résolution va-t-elle rétroagir ? En application de l'attendu de la Cour de Cassation, on ne sera pas en face d'une résolution mais d'une résiliation. En revanche, si le locataire ne paye pas dès le début, il n'y a pas eu de prestations réciproques et donc le juge pourrait prononcer la résolution rétroactive du bail.

Quand on parle de résiliation, selon la Cour de Cassation, la règle serait que la résolution produirait ses effets au jour de l'introduction de la demande. La Cour de Cassation admet que l'on peut y apporter des nuances : si pendant l'instance, le contrat continue à être exécuté, la résolution peut prendre date (produire des effets) après l'introduction de la demande.

Elle semble admettre que le juge puisse placer les effets de la résolution avant l'introduction de la demande (quand le locataire a cessé de payer, etc.)

c. VIS-À-VIS DES TIERS

Ex. Imaginons qu'un acheteur ait constitué une hypothèque sur l'immeuble acheté. La vente est résolue rétroactivement. La banque risque donc de perdre son hypothèque.

Ex. L'acheteur a revendu l'immeuble à A'. Rétroactivement, au moment de la revente et du fait de la résolution, il n'a pas pu vendre un droit qu'il n'avait pas, sous réserve des règles particulières de protection des tiers que le CC ou le législateur aurait pu prendre (ex. art 2279 CC en matière immobilière.)

³⁹ non susceptible de restitution en nature ?

d. DOMMAGES ET INTÉRÊTS

L'art 1184 prévoit que celui qui obtient la résolution judiciaire peut obtenir des dommages et intérêts (alinéa 2).

Ces dommages et intérêts doivent réparer le préjudice, pour le créancier, que la résolution du contrat n'a pas suffi à effacer (ex. résolution du bail pour l'avenir mais quid s'il ne le reloue pas tout de suite ?)

Les parties peuvent prévoir à l'avance les dommages et intérêts en cas d'inexécution. Ce genre de clause peut être réduite : c'est une clause pénale.

e. REMARQUE : RÉOLUTION AUTO RESPECTIVE DES PARTIES

Il peut arriver que la résolution soit prononcée aux torts respectifs des parties.

Ex. Le bailleur n'est pas venu faire les grosses réparations, comme il est tenu de les faire, et informé par le locataire. Il est en état d'inexécution fautive. Dès lors, en réaction, le locataire suspend le paiement des loyers mais au lieu de faire jouer la règle de la proportionnalité (retenir une partie du loyer), il suspend le paiement de tout le loyer. Il est jugé ultérieurement que le locataire n'a pas appliqué les conditions requises et que le locataire s'est rendu lui aussi responsable d'inexécution fautive. Le juge prononcera, en ce cas, la résolution du bail aux torts réciproques des parties.

Ex. La Cour de Cassation censure une décision qui avait décidé la résolution aux torts réciproques et qui avait renvoyé les dommages et intérêts dos à dos, parce que pour elle, chacune des parties doit réparer le préjudice qu'elle a causé à l'autre par son inexécution mais que dans ce cas, la fixation des dommages et intérêts doit se faire selon la gravité des fautes respectives (Cass. 9.5.86, 5.3.93)

Ex. A subit un préjudice de 100 000 F et B un préjudice de 50 000 F. Le tribunal estime que la faute de B est plus grave que celle de A (responsable aux $\frac{3}{4}$) et que la gravité de la faute de A est d' $\frac{1}{4}$. A devra payer 75 000 et devra indemniser B pour 12 500 F.

f. REMARQUE : APPLICATION DU CRITERE DE REPARATION DANS LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

Le critère de la réparation en fonction de la gravité des fautes respectives mis en évidence à propos de la résolution auto-réciproque doit logiquement s'appliquer aussi lorsque le débat se situe sur le terrain de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire que dans la voie de l'exécution en nature ou par équivalent, il peut y avoir des torts réciproques.

4. AVANTAGES ET INCONVENIENTS DU REGIME DE LA RESOLUTION EN DROIT COMMUN

Les avantages viennent du contrôle a priori du juge. C'est assez particulier aux systèmes belge et français.

Avantages

- Ce contrôle a priori est un avantage car il offre une certitude à celui qui intente l'action en résolution ; s'il l'obtient, il est libéré du contrat définitivement et « légitimement ».
- Ce contrôle permet au juge d'exercer son pouvoir modérateur sur la résolution.

Inconvénients

Ce contrôle a priori présente beaucoup d'inconvénients surtout dans la vie actuelle

- perte de temps et d'argent (frais d'huissiers, d'avocats, procédure longue mais pendant ce temps, le contrat existe toujours et donc la victime de l'inexécution qui demande la résolution est toujours dans les liens du contrats et ne peut s'en libérer elle-même – même si elle peut suspendre l'exécution via l'exception d'inexécution – et il est même possible que la 'victime' n'ait pas la résolution et du fait de la suspension de son inexécution se rendre responsable de cette même inexécution).
- La résolution ne se conçoit que dans le cadre d'un contrat synallagmatique, sauf si l'intention des parties révèle que divers contrats sont liés.

28.2.2 LES REMEDES AUX INCONVENIENTS DU REGIME LEGAL DE L'ACTION EN RESOLUTION

Il y a quand même des remèdes au caractère judiciaire préalable de la résolution.

1. REMÈDES D'ORIGINE LÉGALE

- a) **art 1657 CC⁴⁰** : résolution de plein droit. Comment expliquer cette dérogation ? Le vendeur a besoin de place pour renouveler ses stocks etc et que les acheteurs ne respectent pas leur obligation de venir chercher la chose vendue, il y risque d'y avoir encombrement. Cette résolution n'est pas automatique : elle est laissée à la discrétion du vendeur.
- b) **Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises** (ratification par la Belgique en 1980) : ex. **art 49** : contrat résolu par l'acheteur si le vendeur commet une erreur essentielle au contrat. , **art 64** : vendeur . Le juge peut donc déroger à 1184 CC dans un tel cas mais cela ne vaut que pour la vente internationale.

⁴⁰ En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement.

2. REMÈDES D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE.

a. RESOLUTION UNILATERALE EN CAS D'URGENCE.

La jurisprudence admet **qu'en cas d'urgence, le créancier d'obligations inexécutées peut déclarer la résolution du contrat de sa propre initiative** afin de pouvoir contracter ailleurs tout de suite sans perdre pour autant le droit à des dommages et intérêts complémentaires.

Ex. Contrat de franchise : le franchiseur a l'obligation de fournir le franchisé. A la veille des fêtes de fin d'année, la commande du franchisé est restée sans réponse. Celui-ci est au bord de la rupture des stocks et donc il risque de faire une énorme perte s'il ne s'approvisionne pas en vitesse. Il y a une obligation d'approvisionnement exclusif chez le franchiseur. Comme il y a urgence, il pourra déclarer le contrat résolu. Le créancier pourrait également choisir le remplacement judiciaire unilatéral)

L'urgence est la condition fondamentale : dans les ventes commerciales, l'urgence est présumée. Dans les autres types de contrats, il faudra que le créancier prouve qu'il était en état d'urgence.

Le créancier doit agir de bonne foi :

- a) il doit avoir mis son débiteur en demeure (puisque la Cour de Cassation a dit que pour toute sanction, il faut une mise en demeure),
- b) il faut que le créancier prévienne le débiteur qu'il met fin au contrat et éventuellement lui laisser éventuellement un délai de quelques heures pour s'exécuter
- c) le créancier peut aller contracter ailleurs mais de manière raisonnable.

Un gérant d'immeuble conclut avec une entreprise d'ascenseurs un contrat pour l'entretien régulier et la réparation quand besoin est des ascenseurs. Un problème. La firme répare. L'ascenseur tombe en panne. On répare. Ascenseur en panne. Le gérant un peu énervé, que si la firme ne lui envoie pas rapidement un autre préposé compétent, il s'adressera à une autre société. La première société ne répond pas. Il fait appel à une autre firme, qui demande un prix plus cher. Le gérant demande à ce que l'autre société supporte le coût supplémentaire. La société dit que c'est le gérant qui a fait preuve d'inexécution en rompant le contrat et en s'adressant à une autre firme. Le juge a estimé que la résolution unilatérale du contrat était justifiée au vu de l'urgence.

Rem : Le gérant a-t-il bien résolu le contrat unilatéralement ? ou s'est-il placé sur le terrain du remplacement unilatéral (dérogation à 1144 qui exige que le remplacement judiciaire soit autorisé par le juge) ? Dans les deux cas, on peut y déroger quand il y a urgence. En réalité, il faut voir l'intention des parties. Si le gérant voit cela comme un

simple incident, c'est un remplacement ou au contraire s'il voit cela comme un manque de confiance dans leurs relations, c'est une résolution.⁴¹

Uniquement en cas d'urgence ? Une évolution de la jurisprudence permettrait que la résolution unilatérale par le créancier serait possible quand les manquements sont tels qu'ils ébranlent la confiance du créancier dans le contrat et rendent de ce fait impossible le maintien de ces relations contractuelles ultérieurement.

b. REMARQUE : CONTRÔLE À POSTERIORI DU JUGE.

Le créancier n'est pas à l'abri d'un contrôle a posteriori du juge sur le bien-fondé de la mesure qu'il a prise. Ce contrôle a lieu quand

- le créancier demande des dommages et intérêts et que le défendeur conteste la justesse de la résolution unilatérale.
- Le débiteur conteste la résolution en justice et demande des dommages et intérêts aux torts de l'autre.

c. REM. LA RÉOLUTION ANTICIPATIVE

Lorsqu'il n'y a pas encore de manquement effectif du débiteur, par exemple, parce que ses obligations ne sont pas encore exigibles, qu'il a un délai pour s'exécuter mais que l'on peut déjà prévoir qu'il ne s'exécutera pas ou du moins qu'il y a des craintes sérieuses qu'il ne s'exécutera pas, le créancier peut-il soit demander la résolution judiciaire, soit mettre fin au contrat unilatéralement.

En principe, dans notre droit, non

De même que l'exception préventive n'a pas droit de citer dans notre droit, la résolution anticipative n'a pas non plus droit de citer : il faut qu'il y ait manquement effectif du débiteur à ses obligations. Si ce n'est pas le cas, il y a résolution fautive du créancier. Le juge regardera si le créancier en déclarant unilatéralement la résolution du contrat il y avait bien inexécution du débiteur et un manquement effectif suffisamment grave qui fait que si saisi préalablement, il aurait prononcé la résolution judiciaire.

La jurisprudence peut cependant évoluer : ce concept de « manquement prévisible » du débiteur ou « d'inexécution par anticipation » peuvent évoluer sous l'influence du concept de l'anticipatory breach (voy. art 72 convention de Vienne sur la vente internationale) mais dans un exemple déterminé. On verra par la suite s'il s'impose dans d'autres cas.

⁴¹ Voy. Patrick WERY, Le remplacement judiciaire, voir infra.

3. **REMEDES D'ORIGINE CONVENTIONNELLE : LES CLAUSES RESOLUTOIRES EXPRESSES**

L'art 1184 n'est pas d'ordre public. Par conséquent, les parties peuvent très bien par une clause décider que la résolution pourra être prononcée par l'une ou/et l'autre partie en cas d'inexécution du cocontractant. Ce sont des clauses par lesquelles les parties veulent déroger au caractère préalable de la résolution judiciaire dans notre droit. Ces clauses sont en principe valables. On les appelle soit clauses résolutoires expresses, soit pacte comissoire exprès.

Ces clauses dérogeant au droit commun sont de stricte interprétation. C'est pourquoi elles doivent être bien rédigées.

a. **QUELQUES CONSEILS DE RÉDACTION**

« En cas de non paiement par l'acheteur du solde du prix dans un délai d'un mois à compter de la livraison, et après mise en demeure restée infructueuse pendant 8 jours, le vendeur pourra déclarer la vente résolue ».

- il faut veiller à bien donner (et de manière claire) au créancier (ou à chacune des parties) et si possible expressément le droit de mettre fin au contrat unilatéralement et de sa propre initiative.
- La clause ne pourrait être mise en œuvre que s'il y a inexécution imputable au débiteur et que celle-ci soit suffisamment grave mais sur ce point là aussi, les parties peuvent exprimer leurs volontés : pour que le juge n'ait pas de contrôle a posteriori sur le fait de savoir si la gravité de l'inexécution était suffisante, les parties indiquent : *« quelle que soit la gravité de l'inexécution, le créancier peut résoudre unilatéralement le contrat »*, sous réserve bien entendu de l'abus de droit.
- La clause peut parfois écarter la mise en demeure (mais n'aura guère d'effet : il vaut mieux mettre en demeure)
- Les parties peuvent insérer une clause d'anticipatory breach : *« dès qu'il y aura des craintes sérieuses d'inexécution pour l'avenir, le créancier pourra résoudre unilatéralement le contrat »*.
- Par une clause d'indivisibilité, le jeu de cette clause peut être étendu à d'autres contrats conclus avec le débiteur.
- La clause résolutoire expresse, une fois mise en œuvre, le créancier pourra aller en justice pour demander des dommages et intérêts complémentaires qui vont réparer le préjudice qui subsiste malgré la résolution du contrat.
- La clause résolutoire expresse peut prévoir à l'avance le montant de ces dommages et intérêts : c'est une clause pénale et sera dès lors soumise au pouvoir de réduction des juges (voy. supra).

Rem. Clause résolutoire ≠ condition résolutoire de l'art 1183 CC⁴²

Cette condition résolutoire est une modalité de la condition suspensive : lorsque les parties considèrent que lors de la réalisation d'un événement futur et incertain, il y aura extinction (automatique) du contrat. « En cas de faillite du débiteur, le bail ou tel autre type de contrat sera résolu ». Si l'on considère qu'il s'agit d'une condition résolutoire, le bail va tomber automatiquement. Pas d'exécution forcée possible !

b. CONTRÔLE DU JUGE SUR LA CLAUSE

Le créancier met en œuvre la clause mais ne va pas échapper à un contrôle éventuel du juge (si litige) qui se fera aussi a posteriori. **Le contrôle du juge est ici un contrôle de conformité de l'application de la clause, basé sur 1134 CC** (le juge va vérifier que les modalités insérées par les parties dans la clause ont bien été respectées).

Ex. En cas de défaut du prix par l'acheteur dans le mois de la livraison : le juge va vérifier qu'un mois s'est bien passé.

Un contrôle d'opportunité de la mise en application de la clause, mais sur base de l'abus de droit. Le juge est en principe tenu à l'art 1134 CC mais toujours sous réserve de l'abus de droit.

c. RÉGIME JURIDIQUE DE CES CLAUSES

ces clauses sont-elles valables ? En principe oui mais de nouveau, elles sont interdites dans certains types de contrats.

a) Par la loi

- **le bail** (droit commun, bail à ferme : **art 1762bis⁴³**) : dans un bail, si le locataire est en défaut de paiement de loyer, et que le bailleur a prévu dans le bail qu'en cas de non paiement d'une mensualité de loyer, le contrat de bail sera résilié, ces clauses sont sans aucune valeur. Le créancier ne peut donc pas mettre en application ces clauses. Le bailleur peut seulement se rabattre sur la procédure normale de 1184 CC. Ce sera au juge de le décider.

Dans d'autres cas, la clause n'est pas interdite mais réglementée.

- **Loi sur le crédit à la consommation (loi du 12.06.91 – art 29)**
- **Loi sur les pratiques du commerce (art 32.9)⁴⁴**

⁴² La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

⁴³ La clause résolutoire expresse est réputée non écrite.

⁴⁴ Quant à son interprétation, voy. Les clauses en cas d'inexécution contractuelle, Colloque de Namur, 2001, La Charte

28.3 LA THEORIE DES RISQUES

Inexécution mais celle-ci n'est pas imputable au débiteur et qui peut donc invoquer une clause étrangère libératoire. Le débiteur est donc libéré de son obligation sans dommages et intérêts. La question qui se pose maintenant est de savoir ce que devient l'obligation de l'autre partie : l'autre partie est-elle obligée de s'exécuter alors qu'elle n'obtiendra pas la contrepartie de son engagement ? C'est la théorie des risques dans un contrat synallagmatique.

- a) Le Code Civil ne répond à cette question que lorsqu'il y a **obligation de « dare »** (rappel). C'est l'art 1138 al 2⁴⁵ (*res perit domino*), c'est-à-dire que si le vendeur est dans l'impossibilité de livrer la chose à la suite d'un cas fortuit (libéré sans dommages et intérêts) mais que l'acheteur était déjà devenu propriétaire de la chose, quid de son obligation ? *Res perit domino* : il doit donc payer le prix (art 1138 al 2).
- b) Quid dans les autres contrats où l'adage « *res perit domino* » ne s'applique pas ? Il n'y a pas de règle générale pour résoudre la théorie des risques. **L'art 1722 CC⁴⁶ s'applique cependant en matière de bail et par extension à tous les contrats de non dare.**
 - a. Si il y a destruction totale du bien par cas fortuit, les obligations de l'autre partie s'éteignent également et le contrat est dissous pour l'avenir.
 - b. Si dans un contrat synallagmatique, il y a inexécution partielle des obligations de l'une des parties, il y aura soit résiliation (si l'inexécution partielle équivaut à inexécution totale), soit c'est une véritable inexécution partielle et les obligations de l'autre partie seront diminuées proportionnellement. Soit ce sont les parties qui vont s'entendre, soit elles ne s'entendent pas sur ce nouvel équilibre à établir et ce sera donc le juge qui décidera finalement.
 - c. Une troisième hypothèse se présente lorsque les obligations de l'un sont impossibles à exécuter (à la suite d'un cas fortuit) mais temporairement (grève). Quid des obligations de l'autre ? Elles sont aussi suspendues pendant le même temps et sans dommages et intérêts.
- c) Les parties peuvent régler la théorie des risques par une clause de force majeure. L'art 1722 peut être modalisé voire écarté par les parties, sauf si le législateur l'interdit, ce qui est le cas dans certaines lois.

⁴⁵ *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

⁴⁶ *Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement.*

APPENDICE : LA CADUCITE

Dans les conditions de formation d'un contrat, il faut objet, cause, consentement, licéité. Il arrive que l'objet ou la cause de la formation disparaissent. Certains auteurs ont parlé pour répondre à cette question de disparition du contrat par caducité. La Cour de Cassation a consacré cette théorie.

28.3.1 CADUCITÉ PAR DISPARITION D'OBJET

Le contrat devient caduque : il est dissous. Le cas qui a été posé par la Cour de Cassation le 28.11.1990.

Bail à ferme. Le bail porte sur un corps de logis et des bâtiments annexes. Le bailleur ne fait pas le nécessaire pour les bâtiments agricoles. Le fermier ne sait pas les utiliser. Le locataire aurait pu demander l'exécution en nature mais la Cour de Cassation va dire que lorsqu'il y a perte de la chose louée (plus de jouissance possible), le bail est dissous par disparition de l'objet.

« La Cour de Cassation considère que si l'objet de l'obligation principale du bailleur disparaît, de quelque façon que ce soit, même si c'est à cause du bailleur, le bail prend fin. Le bailleur pourra se prévaloir, comme le locataire, de la dissolution du bail par disparition de l'objet, même si la disparition de l'objet résulte de sa propre faute. Il devra alors des dommages et intérêts. La Cour de Cassation s'est basée sur l'art 1741 CC.

La Cour de Cassation ne parle pas de caducité. Dans son arrêt du 12.12.91, la Cour de Cassation rappelle la règle, mais cette fois en matière de promesse de vente.

28.3.2 CADUCITE PAR DISPARITION DE LA CAUSE

Pour rappel : la cause est un élément de validité du contrat, le mobile déterminant qui a amené la partie à contracter. Si il y a fausse cause, il y aura nullité du contrat.

Le Code Civil n'a vu la cause que lors de la formation du contrat, sans se soucier que, par la suite, la cause pouvait disparaître. Toutes les obligations disparaissent.

La Cour de Cassation s'est prononcée en matière de :

- En matière de donation

Faits : une donation d'immeuble des parents à leur fille et beau-fils. Le mobile déterminant est la donation de l'immeuble pour que le couple vive ensemble. Mais le couple divorce. Les parents demandent l'annulation du contrat et pour caducité, en raison de la disparition de la cause. La Cour de Cassation l'a admis.

- En matière de testament
21.01.00

Faits : le fils a beaucoup de créanciers. Son père a un gros patrimoine et veut le "sauver" des créanciers. Il fait un testament en faveur des petits-enfants. Le fils est acquitté et donc plus de créances. Le fils demande l'annulation du contrat pour caducité. Rem. Le testateur doit être décédé pour pouvoir invoquer la disparition de la cause.

Remarque

Ce sont des actes juridiques à titre gratuit.

Ce mécanisme pourrait-il s'appliquer pour des actes juridiques à titre onéreux.

Ex. annulation d'un contrat de bail de kot parce que l'étudiant a cessé ses études prématurément. Le contrat peut-il être considéré comme caduque ?

Cass. 16.11.89 : La Cour de Cassation décide que sa théorie ne s'applique pas aux contrats onéreux : "*L'existence de la cause doit être appréciée au moment de la formation de l'acte ou du contrat dont elle constitue un élément de validité et sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte*".